Pubblicato il 25/10/2022

N. 00259/2022
N. 00104/2022 REG.REK.

R E P U B L I K I T A L I E N

IM NAMEN DES ITALIENISCHEN VOLKES

Das Verwaltungsgericht

Autonome Sektion für die Provinz Bozen

verkündet vorliegendes

URTEIL

im Rekurs Nr. 104 des allgemeinen Registers des Jahres 2022, eingebracht von Alpenbau G.m.b.H., in Person des gesetzlichen Vertreters p.t., vertreten und verteidigt von den Rechtsanwälten Andreas Widmann und Thomas Tiefenbrunner, digitales Domizil ist die in den Justizregistern eingetragene zertifizierte E-Mail-Adresse und Wahldomizil ihre Kanzlei in Bozen, Dr. Streitergasse, Nr. 12;

gegen

Gemeinde Ahrntal, in Person des Bürgermeisters p.t., vertreten und verteidigt von der Staatsadvokatur Trient, digitales Domizil ist die in den Justizregistern eingetragene zertifizierte E-Mail-Adresse und gesetzliches Domizil bei der zuständigen Bezirksadvokatur in Trient, largo Porta Nuova, 9;

und gegen

Brunner & Leiter GmbH, in Person des gesetzlichen Vertreters p.t., vertreten und verteidigt von den Rechtsanwälten Klaus Tarfusser und Michael Forer, digitales Domizil ist die in den Justizregistern eingetragene zertifizierte E-

Mail-Adresse und Wahldomizil die Kanzlei von RA Tarfusser in Bozen, Duca D'Aostastraße, Nr. 51;

für die Aufhebung

nach Aussetzung der Vollstreckbarkeit

- des Beschlusses des Gemeindeausschusses der Gemeinde Ahrntal Nr. 216 vom 04.05.2022 mit dem der Zuschlag im Ausschreibungsverfahren betreffend den Neubau des Fußballplatzes in St. Jakob, CUP H67B17000060003, CIG 916737552B, an die Brunner & Leiter GmbH erteilt wurde;
- und aller damit zusammenhängenden Maßnahmen;

Nach Einsicht in den Rekurs und dessen Anlagen;
Nach Einsicht in die Einlassungsschriftsätze der Gemeinde Ahrntal und der Brunner & Leiter GmbH;
Nach Prüfung aller Prozessunterlagen;
Nach Anhörung bei der öffentlichen Verhandlung vom 12. Oktober 2022 der Berichterstatterin Gerichtsrätin Edith Engl und der Verteidiger der Parteien, laut Verhandlungsprotokoll;

SACH- UND RECHTSERWÄGUNGEN

1. Angefochten ist der Beschluss des Gemeindeausschusses von Ahrntal Nr. 2016 vom 4.5.2022, mit dem der Zuschlag für den Neubau des Fußballplatzes in St. Johann an das Bauunternehmen Brunner & Leiter GmbH erteilt wurde.
2. Die rekursstellende Alpenbau GmbH (in der Folge auch nur Alpenbau) führt im Rekurs Folgendes aus:
3. Am 07.04.2022 hat die Gemeinde Ahrntal die Ausschreibungsunterlagen für die Vergabe der Arbeiten für den Bau des Fußballplatzes, CUP H67B17000060003, CIG 916737552B, veröffentlicht. Es handelte sich um ein elektronisches Ausschreibungsverfahren bei dem das Zuschlagskriterium jenes des wirtschaftlich günstigeren Angebots auf der Grundlage ausschließlich des Preises ist. Der Gesamtbetrag der Arbeiten wurde mit Euro

1.273.562,37 zuzgl. Mehrwertsteuer und Sicherheitskosten festgesetzt. An der Ausschreibung hat sich neben der Rekurswerberin Alpenbau GmbH auch die Gegenbetroffene und Zuschlagsempfängerin Brunner & Leiter GmbH (in der Folge auch nur Brunner & Leitner) beteiligt. Nach Öffnung der wirtschaftlichen Angebote hat sich folgende Rangordnung ergeben:

1. Brunner & Leiter GmbH mit einem Abschlag von 9,50 % auf den Ausschreibungsbetrag;

2. Alpenbau GmbH mit einem Abschlag von 4,20 % auf den Ausschreibungsbetrag.

4. Mit Beschlusses des Gemeindeausschusses von Ahrntal Nr. 216 vom 04.05.2022 wurde der Zuschlag für den Neubau der Sportanlage an die Brunner & Leiter erteilt.

5. Der Rekurs stützt sich auf folgenden Anfechtungsgrund:

Unzulässige vollständige Weitervergabe der durchzuführenden Arbeiten unter Verletzung von Art. 105 GvD 50/2016 und des Verbots der vollständigen Weitervergabe gemäß Art. 1, Absatz 2.3 der Ausschreibungsbedingungen vom 03.02.2022.

6. Die Rekursstellerin beantragte im Dringlichkeitswege die Aussetzung der angefochtenen Maßnahmen und in der Hauptsache die Aufhebung des Beschlusses mit dem der Zuschlag an die Brunner & Leiter GmbH erfolgt ist. Zudem beantragte sie die Feststellung, dass folglich die Rekursstellerin Anrecht auf den Erhalt des Zuschlages der Ausschreibung hat.

Hilfsweise, falls der Vertrag mit der Erstgereiten Brunner & Leiter GmbH zwischenzeitlich geschlossen wurde, dass die Unwirksamkeit erklärt und verfügt wird und dass die Rekursstellerin in den Vertrag eingesetzt wird. Untergeordnet beantragte sie die Rekursgegnerin zum Ersatz des Schadens durch Leistung des Gegenwertes zu verurteilen und zwar des direkten Schadens, des entgangenen Gewinns sowie des Schadens für die entgangene Chance zur Ausführung eines öffentlichen Bauauftrages (sog. *danno curriculare*), welche allesamt im Laufe des Verfahrens genauer beziffert werden. Schließlich beantrage sie, dass alle Verfahrenskosten rückerstattet werden.

7. Die beklagte Gemeinde Ahrntal und die Gegenbetroffene ließen sich in das Verfahren ein und beantragten die kostenpflichtige Abweisung des Rekurses wegen Unbegründetheit.

8. Dieses Gericht hat mit Beschluss vom Nr. 51/2022 die Aussetzung der angefochtenen Maßnahme verfügt, mit dem Hinweis, dass *„die Begründetheit des Rekurses nicht ganz ausgeschlossen werden kann“*.

9. In Hinblick auf die Hauptverhandlung hinterlegten die Parteien weitere Schriftsätze und Repliken.

10. Bei der Sachverhandlung vom 12.10.2022 wurde der Rekurs zur Entscheidung einbehalten.

11. Der Rekurs ist - entgegen der anderslautenden summarischen Entscheidung im Aussetzungsverfahren - nicht begründet.

12. Im ersten und einzigen Anfechtungsgrund führt die Rekursstellerin aus, dass die Gegenbetroffen im Angebot, in der Anlage 1 *„Erklärungen“* im Teil III *„Etwaige Erklärungen zur Weitervergabe“* angegeben hätte, als Einzelunternehmen an der Ausschreibung teilzunehmen und zu beabsichtigen, im Sinne von Art. 105 des GvD Nr. 50/2016 und der Ausschreibungsunterlagen, sofern sie den Zuschlag für die ausgeschriebenen Arbeiten erhalten sollte, an fachlich geeignete Unternehmen mit der gesetzlich geforderten Qualifizierung, die Weitervergabe der Schlosserarbeiten, der Arbeiten für die Elektroanlagen, der Erdbewegung- und Abbrucharbeiten, der Beton- und Stahlarbeiten, der Belagsarbeiten und der Straßenregelbauarbeiten, Straßenzubehör, Straßenbeschilderung und Bodenmarkierung vornehmen zu wollen, wie aus der entsprechenden Tabelle des Angebots ersichtlich sei.

13. Die Gegenbetroffene hätte demnach bei der Angabe, ob Arbeiten in einer Kategorie vollständig oder teilweise weitergegeben werden erklärt, für alle SOA *„Kategorien“* und *„Arbeiten“,* die Gegenstand der Ausschreibung für den Neubau des Fußballplatzes sind, angegeben, diese „gänzlich bzw. zu 100%“ weiterzuvergeben. Somit ginge aus der Erklärung der Brunner & Leiter klar

hervor, dass sie die Gesamtheit der ausgeschriebenen Arbeiten an Dritte untervergeben würde, was sowohl gemäß Art. 105, Abs. 1 des Vergabekodex als auch gemäß Art. 1 Abs. 2.3 der Ausschreibungsbedingungen, unzulässig sei. Da die Erklärungen des Ausschreibungsteilnehmers Teil des Angebots sind und somit auch Bestand des zwischen Vergabestelle und Zuschlagsempfänger zu schließenden Vertrages wäre der Vertrag bereits von Anbeginn mit einer Nichtigkeit behaftet, da Art. 105 GvD 50/2016 in Abs. 1 vorsieht, dass die Vergabe der Gesamtheit der Arbeiten an Dritte die Nichtigkeit des Vertrages bedingt.

14. Aus den genannten Gründen sei die Teilnehmerin Brunner & Leiter GmbH vom Verfahren auszuschließen und der Zuschlag der nächstgereiten Alpenbau GmbH zu erteilen.

15. Die von der Rekursstellerin vorgebrachen Argumente überzeugen nicht, während das Kollegium der Ansicht ist, die gegenteiligen Argumente der Gegenbetroffenen, vollständig teilen zu können.

16. Die Verteidigung der Brunner & Leiter verweist darauf, dass die Arbeitsleistungen für 03 - Schlosserarbeiten, 15 - Elektroanlagen, 54 – Erdbewegungs- und Abbrucharbeiten, 58 - Beton- und Stahlbeton, 85 Belagsarbeiten, 86 - Straßenregelbauwerke, Straßenzubehör, Straßenbeschilderung und Bodenmarkierung, die sie im Angebot für eine eventuelle Weitervergabe angeführt hat, nicht die gesamten Arbeiten und Leistungen, die Gegenstand des Vergabevertrages sind und die laut Vergabedingungen nicht gänzlich an Dritte übertragen werden dürfen, ausmachen würden, sondern nur einen Teil davon. Entsprechend führt sie weiter aus, dass für folgende Arbeiten und Leistungen im Angebot keine Weitervergabe angegeben wurde: 02 - Baumeisterarbeiten, 53 - Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten, 59 - Mauerwerk aus Natur und Kunststein, 70 - Abdichtungen, Oberflächenschutz, 75 - Rohrleitungen, Lieferungen und Einbau, 77 - Vorgefertigte Schächte, 78 - Schachtabdeckungen, Einläufe, Roste, Rigolen, Schachtzubehör, 80 -

Wasserleitungszubehör, 96 - Begrünungs- und Gärtnerarbeiten sowie 98 - Sportbauten.

Zudem hätte sie sich auch ausdrücklich verpflichtet (Anlage A1 Teil III), das Verbot der Vergabe des Gesamtbetrages an Dritte zu beachten.

17. Es ist vorauszuschicken, dass bekanntlich mit Art. 49 des Gesetzesdekretes Nr. 77/2021, zum Gesetz erhoben mit Gesetz 29. Juli 2021, Nr. 108, die quantitativen Grenzen für die Weitervergabe, die in Art. 105 Abs. 2 des Vergabekodex vorgesehen waren, in Anpassung an die europäischen Richtlinien, mit Wirkung zum 1.11.2021 abgeschafft wurden. Gleichzeitig schließt die Neuformulierung des Art. 105 Abs. 1 des GvD Nr. 50/2016 eine vollständige Weitervergabe der Arbeiten und Leistungen des Vergabevertrages an Dritte aus und bestimmt Folgendes: „*1. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera. É ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo".*

18. Mit Bezug auf die Weitervergabe der Arbeiten sieht Art. 1 Absatz 2.3 der Ausschreibungsbedingungen vor, dass alle Bauleistungen sowohl der überwiegenden Kategorie OS 1 als auch der anderen Kategorien (OS 30, OS 24 und OG 1) bis zu 100% an Unternehmen, mit der entsprechenden Qualifikation weitervergeben werden können. Die gesamte Ausführung der Leistungen oder Bauleistungen, die Gegenstand des Vergabevertrages sind, darf jedoch nicht an Dritte übertragen werden.

In den Erklärungen in Anlage 1 - Teil III waren die Arbeitsleistungen anzugeben, die die Teilnehmer beabsichtigten weiterzuvergeben. In derselben Erklärung mussten sich die Teilnehmer verpflichten, das Verbot der Vergabe des Gesamtbetrages des Auftrags an Dritte zu beachten.

In Art. 2 Abs. 2.1 - Verwaltungsunterlagen (Seite 19) der Ausschreibungsbedingungen ist präzisiert, dass der Zuschlagsempfänger bei fehlender oder fehlerhafter Erklärungen in Bezug auf den Unterauftrag keine Unteraufträge vergeben darf und folglich die Leistungen eigenständig ausführen muss.

19. Aus dem Angebot der Erstgereiten Brunner & Leiter GmbH (Dok. 2 der Rekursstellerin) geht hervor, dass das Unternehmen – wie bereits gesagt - angegeben hat, die Schlosserarbeiten, die Arbeiten für die Elektroanlagen, die Erdbewegungsarbeiten, die Abbrucharbeiten, die Beton- und Stahlbetonarbeiten, die Belagsarbeiten und die Straßenregelbauwerke, Straßenzubehör, Straßenbeschilderung und Bodenmarkierung eventuell *„gänzlich"* weiterzuvergeben.

20. Im Kosten- und im Leistungsverzeichnis, die Bestandteil der Besonderen Vertragsbedingungen sind (Dok. 4-6 Gegenbetroffenen), sind die Arbeiten und Leistungen, unterteilt in Gruppen und mit Angabe der entsprechenden SOA-Kategorien angegeben, die für den ausgeschriebenen Neubau der Sportanlage in St. Johann zu erbringen sind.

21. Wie aus einem Vergleich der in den Verzeichnissen angeführten Arbeiten und Leistungen mit jenen, welche die Brunner & Leiter im Angebot angegeben hat an fachlich geeignete Unternehmen mit der entsprechenden Qualifizierung weiter vergeben zu beabsichtigen, leicht ersichtlich ist, umfassen die angegebene *„weiterzuvergebenden"* Arbeiten nicht die Gesamtheit der auszuführenden Arbeiten. Alle die von der Gegenbetroffenen angegebenen 10 Arbeitsgruppen, von denen die Brunner & Leiter vorgebracht hat, sie nicht weitervergeben zu wollen, scheinen auch im Kosten – und Leistungsverzeichnis unter den für den Neubau der Sportanlage zu erbringenden Arbeiten und Leistungen auf und belegen somit, dass die sechs Arbeitsgruppen, für die im Angebot der Brunner & Leiter eine Weitervergabe vorgesehen ist, nicht die Gesamtheit der auszuführenden Arbeiten umfasst.

22. Die Behauptung der Rekursstellerin, dass die Gegenbetroffenen in Verletzung der Bestimmungen des Art. 105 des Vergabekodex und des Art. 1 Absatz 1.2 der Ausschreibungsbedingungen im Angebot eine vollständige Weitervergabe der durchzuführenden Arbeiten angegeben hätte, ist somit sachlich nicht richtig und kann den gegenständlichen Rekurs nicht stützen.

23. Der Rekurs ist unbegründet und ist daher abzuweisen ebenso wie alle damit gestellten Anträge.

24. Die Spesen gehen zu Lasten der unterlegenen Partei.

A.D.G.

Weist das Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen in endgültiger Entscheidung den eingangs genannten Rekurs ab.

Verurteilt die Rekursstellerin zum Kostenersatz zu Gunsten der Gemeinde Ahrntal und der Gegenbetroffenen in Höhe von je 3.500,00 (dreitausendfünfhundert/00) Euro, zuzüglich MwSt., Fürsorgebeitrag und Zusatzzahlungen laut Gesetz.

Dieses Urteil ist von der Verwaltungsbehörde zu befolgen.

So entschieden in Bozen in nichtöffentlicher Sitzung am 12. Oktober 2022 mit der Beteiligung der Richter:

Michele Menestrina, Präsident

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Gerichtsrat

Edith Engl, Gerichtsrat, Verfasserin

Alda Dellantonio, Gerichtsrat

DIE VERFASSERIN	DER PRÄSIDENT
Edith Engl	**Michele Menestrina**

DER GENERALSEKRETÄR