

TE Vwgh Erkenntnis 2009/12/10 2009/04/0250

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.12.2009

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
50/01 Gewerbeordnung;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7;
BVergG 2006 §269 Abs1 Z5;
GewO 1994 §32 Abs1 Z1;
GewO 1994 §32;
GewO 1994 §99 Abs1;
GewO 1994 §99 Abs2;
GewO 1994 §99;
VwGG §42 Abs2 Z1;

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997

7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 99 heute

2. GewO 1994 § 99 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017

3. GewO 1994 § 99 gültig von 27.03.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015

4. GewO 1994 § 99 gültig von 01.01.2014 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

5. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

6. GewO 1994 § 99 gültig von 14.09.2012 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012

7. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

8. GewO 1994 § 99 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997

9. GewO 1994 § 99 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 99 heute

2. GewO 1994 § 99 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017

3. GewO 1994 § 99 gültig von 27.03.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015

4. GewO 1994 § 99 gültig von 01.01.2014 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

5. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

6. GewO 1994 § 99 gültig von 14.09.2012 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012

7. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

8. GewO 1994 § 99 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997

9. GewO 1994 § 99 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 99 heute

2. GewO 1994 § 99 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017

3. GewO 1994 § 99 gültig von 27.03.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015

4. GewO 1994 § 99 gültig von 01.01.2014 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

5. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013

6. GewO 1994 § 99 gültig von 14.09.2012 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012

7. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

8. GewO 1994 § 99 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997

9. GewO 1994 § 99 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. VwGG § 42 heute

2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008

5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990

6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde der T AG in K, vertreten durch Czernich Hofstädter Guggenberger & Partner, Rechtsanwälte in 6020 Innsbruck, Bozner Platz 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 29. Juli 2009, Zl. uvs-2009/28/1545-13, betreffend Nichtigkeitsklärung von Auftraggeberentscheidungen (mitbeteiligte Parteien: 1. Gemeinde Hippach in 6283 Hippach, Johann-Sponring-Straße 80, 2. R KG in R), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in den Spruchpunkten 1., 2. und 4. wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Das Land Tirol hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die erstmitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) hat Bauarbeiten zur Herstellung eines Hochbehälters (nach

der Aktenlage: zur Speicherung von Trinkwasser) im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben. Nach dem Prüfbericht der vergebenden Stelle war das Angebot der Beschwerdeführerin mit einer Angebotssumme von EUR 474.138,25 erstgereiht, das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei zweitgereiht. Mit Schreiben vom 11. Mai 2009 wurde der Beschwerdeführerin erstmalig mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde, weil sie in ihrem Angebot keinen Subunternehmer für die Fliesenlegearbeiten namhaft gemacht habe. Daraufhin gab die Beschwerdeführerin bekannt, dass sie die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Fliesenlegearbeiten (im Umfang von 2,8 % des Gesamtauftrages) schon auf Grund ihrer Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe gemäß § 32 Abs. 1 Z. 1 Gewerbeordnung 1994 ausführen könne, ohne einen Subunternehmer beschäftigen zu müssen. In der Folge nahm die Auftraggeberin ihre Ausscheidensentscheidung zurück. Im Akt findet sich eine E-Mail vom 7. Mai 2009, mit der die Wirtschaftskammer Tirol über Anfrage bekannt gab, dass die Beschwerdeführerin keine Gewerbeberechtigung für das Platten- und Fliesenlegergewerbe besitze. Die erstmitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) hat Bauarbeiten zur Herstellung eines Hochbehälters (nach der Aktenlage: zur Speicherung von Trinkwasser) im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben. Nach dem Prüfbericht der vergebenden Stelle war das Angebot der Beschwerdeführerin mit einer Angebotssumme von EUR 474.138,25 erstgereiht, das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei zweitgereiht. Mit Schreiben vom 11. Mai 2009 wurde der Beschwerdeführerin erstmalig mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde, weil sie in ihrem Angebot keinen Subunternehmer für die Fliesenlegearbeiten namhaft gemacht habe. Daraufhin gab die Beschwerdeführerin bekannt, dass sie die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Fliesenlegearbeiten (im Umfang von 2,8 % des Gesamtauftrages) schon auf Grund ihrer Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, Gewerbeordnung 1994 ausführen könne, ohne einen Subunternehmer beschäftigen zu müssen. In der Folge nahm die Auftraggeberin ihre Ausscheidensentscheidung zurück. Im Akt findet sich eine E-Mail vom 7. Mai 2009, mit der die Wirtschaftskammer Tirol über Anfrage bekannt gab, dass die Beschwerdeführerin keine Gewerbeberechtigung für das Platten- und Fliesenlegergewerbe besitze.

Mit Schreiben vom 3. Juni 2009 wurde das Angebot der Beschwerdeführerin wegen Vorliegens eines unbehebbar Mangels gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 (neuerlich) ausgeschieden und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der zweitmitbeteiligten Partei bekannt gegeben. Die Auftraggeberin führte zur Ausscheidung begründend aus, nach der bestandfesten Ausschreibung seien für Leistungen, "für die der Bieter keine Befugnis besitzt, ... verpflichtend befugte Subunternehmer namhaft zu machen". Die Beschwerdeführerin verfüge unstrittig über keine Gewerbeberechtigung für das Platten- und Fliesenlegergewerbe und habe sich "lediglich darauf bezogen, nach der Bestimmung des § 32 GewO zu einer Durchführung der hier gegenständlichen Fliesenlegerarbeiten befugt zu sein". Nach der "klaren Rechtslage" (Hinweis auf Entscheidungen des Bundesvergabeamtes) seien Fliesenlegerarbeiten aber keine Fertigstellungsarbeiten von Baumeisterarbeiten. Die Beschwerdeführerin hätte daher für die Fliesenlegerarbeiten einen befugten Subunternehmer namhaft machen müssen. Da sie dies verabsäumt habe, sei ihr Angebot mit einem unbehebbar Mangel behaftet. Mit Schreiben vom 3. Juni 2009 wurde das Angebot der Beschwerdeführerin wegen Vorliegens eines unbehebbar Mangels gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 (neuerlich) ausgeschieden und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der zweitmitbeteiligten Partei bekannt gegeben. Die Auftraggeberin führte zur Ausscheidung begründend aus, nach der bestandfesten Ausschreibung seien für Leistungen, "für die der Bieter keine Befugnis besitzt, ... verpflichtend befugte Subunternehmer namhaft zu machen". Die Beschwerdeführerin verfüge unstrittig über keine Gewerbeberechtigung für das Platten- und Fliesenlegergewerbe und habe sich "lediglich darauf bezogen, nach der Bestimmung des Paragraph 32, GewO zu einer Durchführung der hier gegenständlichen Fliesenlegerarbeiten befugt zu sein". Nach der "klaren Rechtslage" (Hinweis auf Entscheidungen des Bundesvergabeamtes) seien Fliesenlegerarbeiten aber keine Fertigstellungsarbeiten von Baumeisterarbeiten. Die Beschwerdeführerin hätte daher für die Fliesenlegerarbeiten einen befugten Subunternehmer namhaft machen müssen. Da sie dies verabsäumt habe, sei ihr Angebot mit einem unbehebbar Mangel behaftet.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2009 beantragte die Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde (soweit hier verfahrensrelevant) die Nichtigklärung sowohl der Ausscheidensentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin und den Ersatz der für diesen Antrag entrichteten Gebühren. In der Begründung führte sie aus, es sei zwar richtig, dass nach der Ausschreibung der Bieter in seinem Angebot jene Subunternehmen bekannt zu geben habe, an welche er im Wege von Subaufträgen wesentliche Teile des Auftrages zu vergeben beabsichtige. Da die Beschwerdeführerin beabsichtige, alle Leistungen des Leistungsverzeichnisses selbst zu erbringen und gemäß § 32

Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 berechtigt sei, im Rahmen des Baumeistergewerbes die gegenständlichen Fliesenlegearbeiten durchzuführen, habe die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot keinen Subunternehmer nennen müssen. Der Ausscheidungsgrund eines unbehebbar Mangels gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 liege somit nicht vor. Da die Beschwerdeführerin überdies das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt habe, sei auch die zu Gunsten der zweitmitbeteiligten Partei ergangene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Mit Schreiben vom 10. Juni 2009 beantragte die Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde (soweit hier verfahrensrelevant) die Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin und den Ersatz der für diesen Antrag entrichteten Gebühren. In der Begründung führte sie aus, es sei zwar richtig, dass nach der Ausschreibung der Bieter in seinem Angebot jene Subunternehmen bekannt zu geben habe, an welche er im Wege von Subaufträgen wesentliche Teile des Auftrages zu vergeben beabsichtige. Da die Beschwerdeführerin beabsichtige, alle Leistungen des Leistungsverzeichnisses selbst zu erbringen und gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 berechtigt sei, im Rahmen des Baumeistergewerbes die gegenständlichen Fliesenlegearbeiten durchzuführen, habe die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot keinen Subunternehmer nennen müssen. Der Ausscheidungsgrund eines unbehebbar Mangels gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 liege somit nicht vor. Da die Beschwerdeführerin überdies das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt habe, sei auch die zu Gunsten der zweitmitbeteiligten Partei ergangene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde, soweit hier wesentlich, den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung als unbegründet ab (Spruchpunkt 1.) und die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren als unzulässig zurück (Spruchpunkte 2. und 4.). In der Begründung gab die belangte Behörde zunächst das Vorbringen der Parteien - wörtlich (im Umfang von mehr als 40 Seiten) - wieder, fasste sodann die wesentlichen Verfahrensschritte nochmals als "entscheidungsrelevanten Sachverhalt" zusammen und zitierte Punkt B.7. des Angebotes (gemeint: der Ausschreibung), von dem hier (im Hinblick auf die folgenden rechtlichen Erwägungen der belangten Behörde und das Vorbringen der Beschwerde) nur folgender Teil wesentlich ist:

"...

Für Leistungen, für die der Bieter keine Befugnis besitzt, sind verpflichtend befugte Subunternehmer namhaft zu machen. Diese bekannt gegebenen Subunternehmer gelten als verbindlich. Änderungen betreffend solcher Subunternehmerleistungen bedürfen der schriftlichen Genehmigung des Auftraggebers."

Weiter stellte die belangte Behörde fest, dass es bei den gegenständlichen Fliesenlegearbeiten um besondere Anforderungen in einem Hochbehälter gehe, die Fliesen daher speziell verklebt werden müssten, um eine Bakterienbildung zu vermeiden und vermehrte Dehnfugen vorzusehen seien.

In ihrer rechtlichen Beurteilung ging die belangte Behörde davon aus, dass die zitierte Ausschreibung bestandfest geworden sei, sodass für Leistungen, für die der Bieter keine Befugnis besitze (nach Ansicht der belangten Behörde sei damit das Fehlen einer Berechtigung zur Ausführung des jeweiligen Arbeitsabschnittes gemeint) verpflichtend befugte Subunternehmer namhaft zu machen seien. Zum Einwand der Beschwerdeführerin, sie sei gemäß § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 auch für die gegenständlichen Fliesenlegearbeiten befugt, verwies die belangte Behörde auf den das Baumeistergewerbe betreffenden § 99 GewO 1994. Während in Abs. 1 dieser Bestimmung aufgezählt sei, zu welchen Tätigkeiten der Baumeister grundsätzlich berechtigt sei, umschreibe § 99 Abs. 2 GewO 1994 weitere Berechtigungen, wie etwa die Estrichherstellung, die er im Rahmen seiner Bauführung selbst ausführen dürfe. Gemäß § 99 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 müsse sich der Baumeister, soweit es um Arbeiten von nicht in diesem Absatz genannten Gewerben handle, bei der Ausführung dieser Arbeiten der hierzu befugten Gewerbetreibenden bedienen. Dies zeige, dass § 99 Abs. 2 GewO 1994 die Tätigkeiten, die der Baumeister im Rahmen der Bauführung zusätzlich ausführen dürfe, taxativ aufzähle. Daher dürfe der Baumeister Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten (§ 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994) nach Ansicht der belangten Behörde nur im Zusammenhang mit den in § 99 Abs. 2 GewO 1994 aufgezählten Tätigkeiten durchführen. Da in der letztgenannten Bestimmung Fliesenlegearbeiten nicht genannt seien, hätte sich die Beschwerdeführerin für diese Arbeiten eines Subunternehmers bedienen müssen und diesen, wie in der Ausschreibung verlangt, im Angebot namhaft machen müssen. Das Angebot der Beschwerdeführerin, das für Fliesenlegearbeiten unstrittig keinen Subunternehmer benenne, sei somit nach Ansicht der belangten Behörde zu Recht ausgeschieden worden und der Nachprüfungsantrag, soweit er die Ausscheidung betreffe, abzuweisen. Da die

Beschwerdeführerin auf Grund der Ausscheidung ihres Angebotes keine Legitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung gehabt habe, sei der Nachprüfungsantrag betreffend die Zuschlagsentscheidung als unzulässig zurückzuweisen. In ihrer rechtlichen Beurteilung ging die belangte Behörde davon aus, dass die zitierte Ausschreibung bestandfest geworden sei, sodass für Leistungen, für die der Bieter keine Befugnis besitze (nach Ansicht der belangten Behörde sei damit das Fehlen einer Berechtigung zur Ausführung des jeweiligen Arbeitsabschnittes gemeint) verpflichtend befugte Subunternehmer namhaft zu machen seien. Zum Einwand der Beschwerdeführerin, sie sei gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 auch für die gegenständlichen Fliesenlegearbeiten befugt, verwies die belangte Behörde auf den das Baumeistergewerbe betreffenden Paragraph 99, GewO 1994. Während in Absatz eins, dieser Bestimmung aufgezählt sei, zu welchen Tätigkeiten der Baumeister grundsätzlich berechtigt sei, umschreibe Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 weitere Berechtigungen, wie etwa die Estrichherstellung, die er im Rahmen seiner Bauführung selbst ausführen dürfe. Gemäß Paragraph 99, Absatz 2, dritter Satz GewO 1994 müsse sich der Baumeister, soweit es um Arbeiten von nicht in diesem Absatz genannten Gewerben handle, bei der Ausführung dieser Arbeiten der hiezu befugten Gewerbetreibenden bedienen. Dies zeige, dass Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 die Tätigkeiten, die der Baumeister im Rahmen der Bauführung zusätzlich ausführen dürfe, taxativ aufzähle. Daher dürfe der Baumeister Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten (Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994) nach Ansicht der belangten Behörde nur im Zusammenhang mit den in Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 aufgezählten Tätigkeiten durchführen. Da in der letztgenannten Bestimmung Fliesenlegearbeiten nicht genannt seien, hätte sich die Beschwerdeführerin für diese Arbeiten eines Subunternehmers bedienen müssen und diesen, wie in der Ausschreibung verlangt, im Angebot namhaft machen müssen. Das Angebot der Beschwerdeführerin, das für Fliesenlegearbeiten unstrittig keinen Subunternehmer benenne, sei somit nach Ansicht der belangten Behörde zu Recht ausgeschieden worden und der Nachprüfungsantrag, soweit er die Ausscheidung betreffe, abzuweisen. Da die Beschwerdeführerin auf Grund der Ausscheidung ihres Angebotes keine Legitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung gehabt habe, sei der Nachprüfungsantrag betreffend die Zuschlagsentscheidung als unzulässig zurückzuweisen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde. Die belangte Behörde hat den Verwaltungsakt vorgelegt und auf die Erstattung einer Gegenschrift verzichtet. Die mitbeteiligten Parteien haben jeweils eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich in ihrem Recht auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung sowie auf Ersatz der von ihr für den Nachprüfungsantrag entrichteten Gebühren verletzt (die Entscheidung betreffend die Aufhebung der einstweiligen Verfügung unter Spruchpunkt 3. ist daher von der Beschwerde nicht erfasst).

Gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber (bzw. gemäß § 269 Abs. 1 Z. 5 leg. cit. der Sektorenauftraggeber) auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die (u.a.) die Mindestanforderungen nicht erfüllen sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbbar sind. Das Fehlen der Befugnis stellt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes einen unbehebbarer Mangel dar (vgl. das Erkenntnis vom 11. November 2009, Zl. 2009/04/0203, und das dort zitierte Erkenntnis vom 3. September 2008, Zl. 2007/04/0017, mwN). Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 hat der Auftraggeber (bzw. gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, leg. cit. der Sektorenauftraggeber) auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die (u.a.) die Mindestanforderungen nicht erfüllen sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbbar sind. Das Fehlen der Befugnis stellt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes einen unbehebbarer Mangel dar vergleiche , das Erkenntnis vom 11. November 2009, Zl. 2009/04/0203, und das dort zitierte Erkenntnis vom 3. September 2008, Zl. 2007/04/0017, mwN).

Im vorliegenden Fall ist daher entscheidend, ob es der Beschwerdeführerin an der Befugnis für die in Rede stehenden Fliesenlegearbeiten fehlte und ihr Angebot daher mit einem unbehebbarer Mangel behaftet war. Das Fehlen dieser Befugnis wird in der Beschwerde bestritten. Die Beschwerdeführerin vertritt wie bereits im Nachprüfungsverfahren auch in der Beschwerde den Standpunkt, sie sei als Baumeister zufolge § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 selbst zur Ausführung der gegenständlichen Fliesenlegerarbeiten befugt und habe daher einen Subunternehmer für die Fliesenlegearbeiten nicht benennen müssen. So komme den Gewerbetreibenden nach der zuletzt genannten

Bestimmung u.a. die Berechtigung zu, Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Dies treffe auf das gegenständlich ausgeschriebene Aufbringen von Wand- und Bodenfliesen in einem Raum zu, weil dadurch das ausschreibungsgegenständliche Bauvorhaben nicht wesentlich verändert, sondern lediglich sinnvoll ergänzt werde. Leistungsinhalt bleibe ein Bauwerk. Dass es sich bei den Fliesenlegearbeiten um Leistungen in geringem Umfang handle, zeige der Umstand, dass diese Arbeiten lediglich 2,8 % der Angebotssumme ausmachten. Wenn die belangte Behörde demgegenüber ausschließlich auf die in § 99 GewO 1994 genannten Rechte abstelle, so sei dies rechtswidrig, weil auch dem Baumeister die Nebenrechte des § 32 GewO 1994 im vollen Umfang zustünden. § 99 Abs. 2 GewO 1994 stelle lediglich eine Erweiterung dieser Rechte dar. Die Beschwerdeführerin sei daher gegenständlich nicht verpflichtet gewesen, für die in Rede stehenden Fliesenlegearbeiten einen Subunternehmer namhaft zu machen, sodass weder der genannte Mangel des Angebotes noch der herangezogene Ausscheidungsgrund vorliege. Im vorliegenden Fall ist daher entscheidend, ob es der Beschwerdeführerin an der Befugnis für die in Rede stehenden Fliesenlegearbeiten fehlte und ihr Angebot daher mit einem unbehebbarer Mangel behaftet war. Das Fehlen dieser Befugnis wird in der Beschwerde bestritten. Die Beschwerdeführerin vertritt wie bereits im Nachprüfungsverfahren auch in der Beschwerde den Standpunkt, sie sei als Baumeister zufolge Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 selbst zur Ausführung der gegenständlichen Fliesenlegerarbeiten befugt und habe daher einen Subunternehmer für die Fliesenlegearbeiten nicht benennen müssen. So komme den Gewerbetreibenden nach der zuletzt genannten Bestimmung u.a. die Berechtigung zu, Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Dies treffe auf das gegenständlich ausgeschriebene Aufbringen von Wand- und Bodenfliesen in einem Raum zu, weil dadurch das ausschreibungsgegenständliche Bauvorhaben nicht wesentlich verändert, sondern lediglich sinnvoll ergänzt werde. Leistungsinhalt bleibe ein Bauwerk. Dass es sich bei den Fliesenlegearbeiten um Leistungen in geringem Umfang handle, zeige der Umstand, dass diese Arbeiten lediglich 2,8 % der Angebotssumme ausmachten. Wenn die belangte Behörde demgegenüber ausschließlich auf die in Paragraph 99, GewO 1994 genannten Rechte abstelle, so sei dies rechtswidrig, weil auch dem Baumeister die Nebenrechte des Paragraph 32, GewO 1994 im vollen Umfang zustünden. Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 stelle lediglich eine Erweiterung dieser Rechte dar. Die Beschwerdeführerin sei daher gegenständlich nicht verpflichtet gewesen, für die in Rede stehenden Fliesenlegearbeiten einen Subunternehmer namhaft zu machen, sodass weder der genannte Mangel des Angebotes noch der herangezogene Ausscheidungsgrund vorliege.

Die hier maßgebenden Bestimmungen der GewO 1994 lauten:

"I. HAUPTSTÜCK

Allgemeine Bestimmungen

...

Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden

§ 32. (1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu Paragraph 32, (1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

1. alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen;

2. ...

II. HAUPTSTÜCK

Bestimmungen für einzelne Gewerbe

...

Baumeister

§ 99. (1) Der Baumeister (§ 94 Z 5) ist berechtigt, Paragraph 99, (1) Der Baumeister (Paragraph 94, Ziffer 5,) ist berechtigt,

1. Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu planen und zu berechnen,

2. Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu leiten;

3 .Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten nach Maßgabe des Abs. 2 auch auszuführen und Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten abzuberechnen, 3 .Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten nach Maßgabe des Absatz 2, auch auszuführen und Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten abzuberechnen,

4. Gerüste aufzustellen, für die statische Kenntnisse erforderlich sind,

5. zur Projektentwicklung, -leitung und -steuerung, zum Projektmanagement sowie zur Übernahme der Bauführung,

6. im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung zur Vertretung seines Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts.

1. (2)Absatz 2,Der Baumeister ist weiters berechtigt, auch die Arbeiten anderer Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen, zu planen und zu berechnen und zu leiten. Er ist auch berechtigt, diese Arbeiten im Rahmen seiner Bauführung selbst auszuführen, soweit es sich um Tätigkeiten der Betonwarenerzeuger, Kunststeinerzeuger, Terrazzomacher, Schwarzdecker, Estrichhersteller, Steinholzleger, Gärtner, Stukkateure und Trockenausbauer, Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmen und der Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser handelt. Die Herstellung von Estrich und Trockenausbauerarbeiten darf der Baumeister unabhängig von einer Bauführung übernehmen und ausführen. Soweit es sich um Arbeiten von nicht in diesem Absatz genannten Gewerben handelt, hat er sich zur Ausführung dieser Arbeiten der hierzu befugten Gewerbetreibenden zu bedienen. Weiters ist er unbeschadet der Rechte der Brunnenmeister zur Durchführung von Tiefbohrungen aller Art berechtigt.

2. (3)Absatz 3,..."

Im Beschwerdefall ist unstrittig, dass die Beschwerdeführerin die Berechtigung für das Baumeistergewerbe besitzt. Strittig ist, ob der Beschwerdeführerin im Rahmen der gegenständlichen Bauführung nach der GewO 1994 die Befugnis zukam, die ausgeschriebenen Fliesenlegearbeiten selbst (und daher ohne Beauftragung eines Subunternehmers) auszuführen.

Die belangte Behörde hat die Befugnis der Beschwerdeführerin zur Ausführung der Fliesenlegearbeiten im Rahmen der gegenständlichen Bauführung deshalb verneint, weil sie zusammengefasst die Ansicht vertritt, dass der Baumeister zu Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten (bzw. sinnvollen Ergänzungsleistungen) auf dem Gebiet anderer Gewerbe im Sinne des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 "nur im Zusammenhang mit den in § 99 Abs. 2 GewO aufgezählten Tätigkeiten" befugt sei. Da in der letztgenannten Bestimmung Fliesenlegearbeiten nicht aufgezählt seien, komme dem Baumeister eine diesbezügliche Befugnis nicht zu und er müsse sich daher für Fliesenlegearbeiten zufolge § 99 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 eines hierzu befugten Gewerbetreibenden (Subunternehmer) bedienen. Die belangte Behörde hat die Befugnis der Beschwerdeführerin zur Ausführung der Fliesenlegearbeiten im Rahmen der gegenständlichen Bauführung deshalb verneint, weil sie zusammengefasst die Ansicht vertritt, dass der Baumeister zu Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten (bzw. sinnvollen Ergänzungsleistungen) auf dem Gebiet anderer Gewerbe im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 "nur im Zusammenhang mit den in Paragraph 99, Absatz 2, GewO aufgezählten Tätigkeiten" befugt sei. Da in der letztgenannten Bestimmung Fliesenlegearbeiten nicht aufgezählt seien, komme dem Baumeister eine diesbezügliche Befugnis nicht zu und er müsse sich daher für Fliesenlegearbeiten zufolge Paragraph 99, Absatz 2, dritter Satz GewO 1994 eines hierzu befugten Gewerbetreibenden (Subunternehmer) bedienen.

Damit verkennt die belangte Behörde die Bedeutung des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994. Damit verkennt die belangte Behörde die Bedeutung des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994:

Zunächst ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 32 GewO 1994 (im ersten Hauptstück "Allgemeine Bestimmungen"), dass diese Bestimmung für alle Gewerbetreibenden gilt. Vor allem aus der Überschrift ("Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden") ist ersichtlich, dass damit jene gesetzlich unmittelbar eingeräumten Handlungsbefugnisse gemeint sind, die Gewerbetreibenden - über den Umfang des jeweiligen Gewerbes hinaus - sonst noch zukommen. In § 32 werden die Nebenrechte der Gewerbetreibenden einheitlich zusammengefasst und damit übersichtlich gestaltet (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Aufl., Rz 1 und 2 zu § 32 GewO 1994). Wie sich insbesondere aus den Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung (vgl. auch dazu die zitierte Literaturstelle) ergibt, kommen diese "sonstigen Rechte" unterschiedslos allen Gewerbetreibenden zu, gleichgültig, ob sie Erzeuger, Händler oder Dienstleister sind, gleichgültig auch, ob ein

freies oder reglementiertes Gewerbe ausgeübt wird. Zunächst ergibt sich aus der systematischen Stellung des Paragraph 32, GewO 1994 (im ersten Hauptstück "Allgemeine Bestimmungen"), dass diese Bestimmung für alle Gewerbetreibenden gilt. Vor allem aus der Überschrift ("Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden") ist ersichtlich, dass damit jene gesetzlich unmittelbar eingeräumten Handlungsbefugnisse gemeint sind, die Gewerbetreibenden - über den Umfang des jeweiligen Gewerbes hinaus - sonst noch zukommen. In Paragraph 32, werden die Nebenrechte der Gewerbetreibenden einheitlich zusammengefasst und damit übersichtlich gestaltet vergleiche , Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Aufl., Rz 1 und 2 zu Paragraph 32, GewO 1994). Wie sich insbesondere aus den Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung vergleiche , auch dazu die zitierte Literaturstelle) ergibt, kommen diese "sonstigen Rechte" unterschiedslos allen Gewerbetreibenden zu, gleichgültig, ob sie Erzeuger, Händler oder Dienstleister sind, gleichgültig auch, ob ein freies oder reglementiertes Gewerbe ausgeübt wird.

Dies steht mit § 99 GewO 1994 nicht im Widerspruch, weil diese Bestimmung ausschließlich das Gewerbe der Baumeister regelt und jene Tätigkeiten aufzählt, zu denen der Baumeister einerseits typischerweise (Abs. 1) und andererseits (Abs. 2) "weitere" (somit zusätzlich zu den nach anderen Vorschriften - wie etwa § 32 GewO 1994 - bestehenden Befugnissen) berechtigt ist. Dies steht mit Paragraph 99, GewO 1994 nicht im Widerspruch, weil diese Bestimmung ausschließlich das Gewerbe der Baumeister regelt und jene Tätigkeiten aufzählt, zu denen der Baumeister einerseits typischerweise (Absatz eins,) und andererseits (Absatz 2,) "weitere" (somit zusätzlich zu den nach anderen Vorschriften - wie etwa Paragraph 32, GewO 1994 - bestehenden Befugnissen) berechtigt ist.

Während also § 32 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. allen Gewerbetreibenden und damit auch dem Baumeister (u.a.) erlaubt, Leistungen anderer Gewerbe, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, "in geringem Umfang" zu erbringen, zählt § 99 Abs. 1 GewO 1994 die typischen Befugnisse der Baumeister auf und ergänzt diese in Abs. 2 um näher genannte Arbeiten, die der Baumeister "weitere" - und zwar nicht bloß in geringem Umfang - erbringen darf. Nur bei Leistungen, die darüber hinaus gehen, hat sich der Baumeister gemäß § 99 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 eines hierzu befugten Gewerbetreibenden zu bedienen. Während also Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, leg. cit. allen Gewerbetreibenden und damit auch dem Baumeister (u.a.) erlaubt, Leistungen anderer Gewerbe, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, "in geringem Umfang" zu erbringen, zählt Paragraph 99, Absatz eins, GewO 1994 die typischen Befugnisse der Baumeister auf und ergänzt diese in Absatz 2, um näher genannte Arbeiten, die der Baumeister "weitere" - und zwar nicht bloß in geringem Umfang - erbringen darf. Nur bei Leistungen, die darüber hinaus gehen, hat sich der Baumeister gemäß Paragraph 99, Absatz 2, dritter Satz GewO 1994 eines hierzu befugten Gewerbetreibenden zu bedienen.

Da im vorliegenden Fall nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass es sich bei den in Rede stehenden Fliesenlegearbeiten (die nach dem Beschwerdevorbringen lediglich 2,8 % der Angebotssumme ausmachten) um Leistungen im Sinne des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 handelt, die belangte Behörde dieser Bestimmung aber unzutreffend keine Bedeutung beigemessen und daher zu deren Tatbestandsvoraussetzungen keine Feststellungen getroffen hat, ist der angefochtene Bescheid mit einem sekundären Verfahrensmangel behaftet. Da im vorliegenden Fall nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass es sich bei den in Rede stehenden Fliesenlegearbeiten (die nach dem Beschwerdevorbringen lediglich 2,8 % der Angebotssumme ausmachten) um Leistungen im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 handelt, die belangte Behörde dieser Bestimmung aber unzutreffend keine Bedeutung beigemessen und daher zu deren Tatbestandsvoraussetzungen keine Feststellungen getroffen hat, ist der angefochtene Bescheid mit einem sekundären Verfahrensmangel behaftet.

Der angefochtene Bescheid war daher in den bekämpften Teilen gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben. Der angefochtene Bescheid war daher in den bekämpften Teilen gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 10. Dezember 2009

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VwGH:2009:2009040250.X00

Im RIS seit

20.01.2010

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2013

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at