

# TE Vwgh Erkenntnis 2010/7/1 2007/04/0136

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.07.2010

## Index

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

## Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2;  
GewO 1994 §32 Abs1 Z1;  
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. 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. 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. Crnja, über die Beschwerde der B Ges.m.b.H. in Y, vertreten durch Dr. Josef Wolfgang Deitzer, Rechtsanwalt in 2320 Schwechat, Wiener Straße 36-38/1/24, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 10. Mai 2007, Zl. VKS - 2479/07, betreffend Vergabenachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Stadt Wien (Magistratsabteilung 28 - Straßenverwaltung und Straßenbau) in 1170 Wien, Lienfeldergerasse 96), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Wien hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## **Begründung**

### **1. Vergabeverfahren:**

Den insoweit unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides zufolge führte die mitbeteiligte Partei als öffentliche Auftraggeberin vorliegend Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen durch. Konkret handelte es sich um die Vergabe von Straßenbauarbeiten in Wien 23, in deren Rahmen auch die in der Ausschreibung (Obergruppe 3) beschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten ausgeführt werden sollten. Die Veröffentlichung erfolgte im Amtsblatt der Stadt Wien, der Zuschlag sollte nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erteilt werden. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten (in der Beilage "Technische Beschreibung", Seite 8, unter V. Angebotsbestimmungen) folgende für den Beschwerdefall maßgebliche Festlegung: Den insoweit unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides zufolge führte die mitbeteiligte Partei als öffentliche Auftraggeberin vorliegend Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen durch. Konkret handelte es sich um die Vergabe von Straßenbauarbeiten in Wien 23, in deren Rahmen auch die in der Ausschreibung (Obergruppe 3) beschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten ausgeführt werden sollten. Die Veröffentlichung erfolgte im Amtsblatt der Stadt Wien, der Zuschlag sollte nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erteilt werden. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten (in der Beilage "Technische Beschreibung", Seite 8, unter römisch fünf. Angebotsbestimmungen) folgende für den Beschwerdefall maßgebliche Festlegung:

### **"1. Befugnisse**

Zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen sind folgende Befugnisse zwingend erforderlich:

Baumeister (Tiefbau), Pflasterer, Bodenmarkierer."

Der Ausschreibung war weiters eine aus 37 Seiten samt zahlreichen Anlagen bestehende Beilage beigelegt, welche die Bedingungen und Bestimmungen für die Durchführung der Bodenmarkierungen im Bereich des Bundeslandes Wien, Projekt 23, betrafen.

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrem Angebot die ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten mit einem Preis von EUR 18.134,55 (ohne USt.) ausgewiesen. Zu den zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnissen führte die Beschwerdeführerin an: "Baumeister, Pflasterer". Die Frage "Bieter selbst befugt?" wurde bei Baumeister bejaht, bei Pflasterer verneint. Einen Subunternehmer für die Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten nannte die Beschwerdeführerin nicht, erst nach Aufforderung durch die mitbeteiligte Partei wurde durch die Beschwerdeführerin ein Subunternehmer namhaft gemacht.

Mit Schreiben vom 28. März 2007 wurde das Angebot der Beschwerdeführerin durch die mitbeteiligte Partei gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 iVm § 19 Abs. 1 BVergG 2006 ausgeschieden. Mit Schreiben vom 28. März 2007 wurde das Angebot der Beschwerdeführerin durch die mitbeteiligte Partei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 ausgeschieden.

## 2. Angefochtener Bescheid:

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidungsentscheidung der mitbeteiligten Partei (vom 28. März 2007) abgewiesen (Spruchpunkt 1.), eine näher bezeichnete einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufgehoben (Spruchpunkt 2.) und die Beschwerdeführerin zur Tragung der von ihr entrichteten Pauschalgebühren verpflichtet (Spruchpunkt 3.). Als Rechtsgrundlagen führte die belangte Behörde (undifferenziert) die §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 19 Abs. 2, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 5, 25 Abs. 1, 39 WVRG 2007 iVm den §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa und Z 48, 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 Z 1, 69 Z 1, 83, 106 Abs. 8, 108 Abs. 1 Z 2, 129 Abs. 1 Z 2, 345 BVergG 2006 und die §§ 32 Abs. 1 und 99 GewO 1994 an. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidungsentscheidung der mitbeteiligten Partei (vom 28. März 2007) abgewiesen (Spruchpunkt 1.), eine näher bezeichnete einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufgehoben (Spruchpunkt 2.) und die Beschwerdeführerin zur Tragung der von ihr entrichteten Pauschalgebühren verpflichtet (Spruchpunkt 3.). Als Rechtsgrundlagen führte die belangte Behörde (undifferenziert) die Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 19, Absatz 2, 20, Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 5, 25, Absatz eins, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit den Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a und Ziffer 48, 3, Absatz eins, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 69, Ziffer eins, 83, 106, Absatz 8, 108, Absatz eins, Ziffer 2, 129, Absatz eins, Ziffer 2, 345, BVergG 2006 und die Paragraphen 32, Absatz eins und 99 GewO 1994 an.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, entscheidende Frage sei, ob das Angebot der Beschwerdeführerin mangels Befugnis zur Erbringung der gegenständlichen Bodenmarkierungsarbeiten zu Recht ausgeschlossen worden sei.

Bodenmarkierungsarbeiten würden im § 99 Abs. 1 und 2 GewO 1994 nicht unter jenen Gewerken angeführt, welche der Baumeister auch ausführen dürfe. Der Baumeister könne diese zwar übernehmen, planen, berechnen und leiten, er habe sich jedoch zur Ausführung eines befugten Gewerbetreibenden zu bedienen. Die mitbeteiligte Partei habe diesbezüglich in der Ausschreibung festgelegt, dass ein Bieter Leistungen anderer Unternehmen anzugeben habe, was seitens der Beschwerdeführerin nur betreffend die Pflasterarbeiten in ihrem Angebot erfolgt sei. Bodenmarkierungsarbeiten würden im Paragraph 99, Absatz eins und 2 GewO 1994 nicht unter jenen Gewerken angeführt, welche der Baumeister auch ausführen dürfe. Der Baumeister könne diese zwar übernehmen, planen, berechnen und leiten, er habe sich jedoch zur Ausführung eines befugten Gewerbetreibenden zu bedienen. Die mitbeteiligte Partei habe diesbezüglich in der Ausschreibung festgelegt, dass ein Bieter Leistungen anderer Unternehmen anzugeben habe, was seitens der Beschwerdeführerin nur betreffend die Pflasterarbeiten in ihrem Angebot erfolgt sei.

Nach § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 habe jedes Angebot insbesondere die Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sei, zu enthalten. In diesem Sinne habe die mitbeteiligte Partei in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen, dass zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen unter anderem auch die Befugnis des Bodenmarkierers erforderlich sei (Punkt V 1. der Technischen Beschreibung). Nach Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 habe jedes Angebot insbesondere die Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sei, zu enthalten. In diesem Sinne habe die mitbeteiligte Partei in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen, dass zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen unter anderem auch die Befugnis des Bodenmarkierers erforderlich sei (Punkt römisch fünf 1. der Technischen Beschreibung).

Da gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 die Befugnis im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse, sei die nachträglich erfolgte Nennung eines befugten Subunternehmers zur Durchführung der ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten verspätet und stelle die nachträgliche Nennung eines Subunternehmers im Ergebnis eine nach § 106 Abs. 8 BVergG 2006 unzulässige Angebotsänderung dar. Da gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 die Befugnis im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse, sei die nachträglich erfolgte Nennung eines befugten Subunternehmers zur Durchführung der ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten verspätet und stelle die nachträgliche Nennung eines Subunternehmers im Ergebnis eine nach Paragraph 106, Absatz 8, BVergG 2006 unzulässige Angebotsänderung dar.

Auch könne dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, bei den ausgeschriebenen

Bodenmarkierungsarbeiten handle es sich um geringfügige Nebenleistungen im Sinne des § 32 Abs. 1 GewO 1994. § 32 Abs. 1 GewO 1994 nehme ausdrücklich Bezug auf geringe Nebenleistungen, die gegenständlich nicht vorlägen. Dies ergebe sich bereits daraus, dass in der Ausschreibung diesbezüglich eine eigene Obergruppe (OG 03) gebildet worden sei und dazu in den Ausschreibungsunterlagen umfangreiche Ausführungsbestimmungen enthalten seien (Einsatz bestimmter Geräte und Maschinen, speziell geschulter Arbeiter, Einhaltung von Sicherheitsvorschriften etc.). Letztlich habe die mitbeteiligte Partei diesbezüglich auch einen Befugnisnachweis verlangt. Auch könne dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, bei den ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten handle es sich um geringfügige Nebenleistungen im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994. Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994 nehme ausdrücklich Bezug auf geringe Nebenleistungen, die gegenständlich nicht vorlägen. Dies ergebe sich bereits daraus, dass in der Ausschreibung diesbezüglich eine eigene Obergruppe (OG 03) gebildet worden sei und dazu in den Ausschreibungsunterlagen umfangreiche Ausführungsbestimmungen enthalten seien (Einsatz bestimmter Geräte und Maschinen, speziell geschulter Arbeiter, Einhaltung von Sicherheitsvorschriften etc.). Letztlich habe die mitbeteiligte Partei diesbezüglich auch einen Befugnisnachweis verlangt.

Deshalb sei die Ausscheidung der Beschwerdeführerin in vergaberechtskonformer Weise erfolgt.

### 3. Beschwerde:

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der im Wesentlichen vorgebracht wird, die Beschwerdeführerin habe schon nach der Bestimmung des § 99 GewO 1994 über eine grundsätzliche Befugnis für Bodenmarkierungsarbeiten verfügt. Der Umstand, dass sie über Aufforderung der mitbeteiligten Partei im Nachhinein einen Subunternehmer namhaft gemacht habe, dürfe nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Beschwerdeführerin sehr wohl berechtigt gewesen sei, die ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten im Rahmen der Bauführung zu übernehmen. Weiters handle es sich bei diesen Bodenmarkierungsarbeiten um Leistungen in geringem Umfang nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994. Die Bodenmarkierungsarbeiten seien im Leistungsverzeichnis der Beschwerdeführerin mit EUR 21.761,46 inkl. 20 % USt. veranschlagt worden, was rund 1,2 % der Auftragssumme entspreche. Ausgehend von diesem Leistungsumfang seien die Bodenmarkierungsarbeiten sehr wohl als geringfügige Nebenleistungen im Sinne des § 32 GewO 1994 zu verstehen. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der im Wesentlichen vorgebracht wird, die Beschwerdeführerin habe schon nach der Bestimmung des Paragraph 99, GewO 1994 über eine grundsätzliche Befugnis für Bodenmarkierungsarbeiten verfügt. Der Umstand, dass sie über Aufforderung der mitbeteiligten Partei im Nachhinein einen Subunternehmer namhaft gemacht habe, dürfe nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Beschwerdeführerin sehr wohl berechtigt gewesen sei, die ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten im Rahmen der Bauführung zu übernehmen. Weiters handle es sich bei diesen Bodenmarkierungsarbeiten um Leistungen in geringem Umfang nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994. Die Bodenmarkierungsarbeiten seien im Leistungsverzeichnis der Beschwerdeführerin mit EUR 21.761,46 inkl. 20 % USt. veranschlagt worden, was rund 1,2 % der Auftragssumme entspreche. Ausgehend von diesem Leistungsumfang seien die Bodenmarkierungsarbeiten sehr wohl als geringfügige Nebenleistungen im Sinne des Paragraph 32, GewO 1994 zu verstehen.

### 4. Gegenschriften:

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Die mitbeteiligte Partei erstattete ebenso eine Gegenschrift, in der sie unter anderem auf die Festlegung (in Punkt V. der Angebotsbestimmungen, 1. Befugnisse) der Ausschreibung verweist, wonach zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung, welche unstrittig auch Bodenmarkierungsarbeiten umfasste, folgende Befugnisse als zwingend erforderlich festgelegt worden seien: Die mitbeteiligte Partei erstattete ebenso eine Gegenschrift, in der sie unter anderem auf die Festlegung (in Punkt römisch fünf. der Angebotsbestimmungen, 1. Befugnisse) der Ausschreibung verweist, wonach zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung, welche unstrittig auch Bodenmarkierungsarbeiten umfasste, folgende Befugnisse als zwingend erforderlich festgelegt worden seien:

Baumeister (Tiefbau), Pflasterer, Bodenmarkierer. Auch enthielten die Ausschreibungsunterlagen eine ausführliche Anlage M zur Technischen Beschreibung, welche ausschließlich die besonderen Vertragsbestimmungen und speziellen technischen Vorgaben betreffend die Bodenmarkierungsarbeiten regle. Daher sei festzuhalten, dass sowohl die Bedeutung, die seitens der mitbeteiligten Partei als öffentliche Auftraggeberin den Bodenmarkierungsarbeiten als

eigenständiges Gewerk beigemessen worden sei, als auch die festgelegten Anforderungen an die Bieter bezüglich dieses Leistungsteiles aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervorgegangen seien. Da eine Anfechtung der Ausschreibung nicht vorgenommen worden sei, seien diese Festlegungen für Auftraggeber und Bieter verbindlich. Die Tatsache, dass der Preis das einzige Zuschlagskriterium gewesen sei, rechtfertige nicht die von der Beschwerdeführerin vertretene Ansicht, die "Geringfügigkeit der Leistung" sei nur nach dem Preisanteil zu beurteilen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Im vorliegenden Beschwerdefall geht es alleine um die Frage, ob die Beschwerdeführerin durch die mitbeteiligte Partei als öffentliche Auftraggeberin gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 zu Recht wegen fehlender Befugnis ausgeschlossen wurde. 1. Im vorliegenden Beschwerdefall geht es alleine um die Frage, ob die Beschwerdeführerin durch die mitbeteiligte Partei als öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu Recht wegen fehlender Befugnis ausgeschlossen wurde.

2. Im Hinblick auf das Fehlen einer Befugnis und die damit zusammenhängenden gewerberechtlichen Fragen der Befugnis des Baumeisters nach § 99 GewO 1994 bzw. den Nebenrechten von Gewerbetreibenden nach § 32 Abs. 1 GewO 1994 gleicht der vorliegende Beschwerdefall jenem, der bereits mit hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2009, Zl. 2009/04/0250, entschieden worden ist. Auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses wird daher gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen. 2. Im Hinblick auf das Fehlen einer Befugnis und die damit zusammenhängenden gewerberechtlichen Fragen der Befugnis des Baumeisters nach Paragraph 99, GewO 1994 bzw. den Nebenrechten von Gewerbetreibenden nach Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994 gleicht der vorliegende Beschwerdefall jenem, der bereits mit hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2009, Zl. 2009/04/0250, entschieden worden ist. Auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses wird daher gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG verwiesen.

Mit den Leistungen anderer Gewerbe "im geringem Umfang" nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 hat sich der Verwaltungsgerichtshof neben dem zitierten Erkenntnis vom 10. Dezember 2009 in einem weiteren Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2006/04/0148, beschäftigt. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof darauf hingewiesen, dass § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 ausdrücklich Mit den Leistungen anderer Gewerbe "im geringem Umfang" nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 hat sich der Verwaltungsgerichtshof neben dem zitierten Erkenntnis vom 10. Dezember 2009 in einem weiteren Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2006/04/0148, beschäftigt. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof darauf hingewiesen, dass Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 ausdrücklich

(quantitativ) von "Leistungen anderer Gewerbe ... in geringem

Umfange" spricht und nicht (qualitativ) auf die Wesentlichkeit der Leistungen abstellt. Der Verwaltungsgerichtshof sah daher die Auffassung der (dort) belangten Behörde, es reiche bereits aus, dass es sich bei einer Leistung um einen "wesentlichen Leistungsteil zur Funktion der Anlage" handle und daher könne der preisliche Aspekt und damit die Frage des prozentuellen Anteils am Gesamtentgelt bzw. an der Angebotssumme außer Betracht bleiben, als nicht durch § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 gedeckt. Umfange" spricht und nicht (qualitativ) auf die Wesentlichkeit der Leistungen abstellt. Der Verwaltungsgerichtshof sah daher die Auffassung der (dort) belangten Behörde, es reiche bereits aus, dass es sich bei einer Leistung um einen "wesentlichen Leistungsteil zur Funktion der Anlage" handle und daher könne der preisliche Aspekt und damit die Frage des prozentuellen Anteils am Gesamtentgelt bzw. an der Angebotssumme außer Betracht bleiben, als nicht durch Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 gedeckt.

3. Gleiches gilt für den vorliegenden Beschwerdefall:

3.1. Ausgehend vom Beschwerdevorbringen machen die im Beschwerdefall strittigen Leistungen (Bodenmarkierungsarbeiten) gerade 1,2 % der Auftragssumme aus. Wie sich aus der zitierten Rechtsprechung ergibt, ist es für die Beurteilung, ob es sich nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 um eine Leistung "in geringem Umfange" handle, nicht relevant, welche Bedeutung der öffentliche Auftraggeber dieser Leistung im Rahmen seiner Ausschreibung zugemessen hat. Es kommt nämlich nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 - wie oben ausgeführt - nicht qualitativ auf die Wesentlichkeit der Leistung, sondern quantitativ auf den Umfang dieser Leistung an (vgl. zur quantitativen Sicht auch die bei Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung<sup>2</sup> (2003), 302f, Rz. 6 zu § 32 wiedergegebenen Materialien). 3.1. Ausgehend vom Beschwerdevorbringen machen die im Beschwerdefall strittigen Leistungen (Bodenmarkierungsarbeiten) gerade 1,2 % der Auftragssumme aus. Wie sich aus der zitierten Rechtsprechung ergibt, ist es für die Beurteilung, ob es sich nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 um eine Leistung "in

geringem Umfang" handle, nicht relevant, welche Bedeutung der öffentliche Auftraggeber dieser Leistung im Rahmen seiner Ausschreibung zugemessen hat. Es kommt nämlich nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 - wie oben ausgeführt - nicht qualitativ auf die Wesentlichkeit der Leistung, sondern quantitativ auf den Umfang dieser Leistung an vergleiche , zur quantitativen Sicht auch die bei Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung<sup>2</sup> (2003), 302f, Rz. 6 zu Paragraph 32, wiedergegebenen Materialien).

3.2. Dem stehen auch die im vorliegenden Fall bestandsfesten Festlegungen in der Ausschreibung nicht entgegen. Sowohl die belangte Behörde als auch die mitbeteiligte Partei beziehen sich auf die (oben wieder gegebene) Festlegung in der "Technischen Beschreibung" (V der Angebotsbestimmungen), wonach zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen die Befugnisse Baumeister (Tiefbau), Pflasterer, Bodenmarkierer zwingend erforderlich sind. Diese Festlegung ist aber nicht dahin zu verstehen, dass sie eine von § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 abweichende Regelung treffen will, sondern ist (im Zweifel) gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit dieser Bestimmung der GewO 1994 zu lesen. 3.2. Dem stehen auch die im vorliegenden Fall bestandsfesten Festlegungen in der Ausschreibung nicht entgegen. Sowohl die belangte Behörde als auch die mitbeteiligte Partei beziehen sich auf die (oben wieder gegebene) Festlegung in der "Technischen Beschreibung" (römisch fünf der Angebotsbestimmungen), wonach zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen die Befugnisse Baumeister (Tiefbau), Pflasterer, Bodenmarkierer zwingend erforderlich sind. Diese Festlegung ist aber nicht dahin zu verstehen, dass sie eine von Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 abweichende Regelung treffen will, sondern ist (im Zweifel) gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit dieser Bestimmung der GewO 1994 zu lesen.

3.3. Da im Beschwerdefall ebenso (wie im zitierten Vorerkenntnis vom 24. Februar 2010) auf der Hand liegt, dass die strittigen Leistungen die "eigenen Leistungen" der Beschwerdeführerin im Sinn des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 "wirtschaftlich sinnvoll ergänzen", hätte die belangte Behörde zu den oben angeführten maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994, insbesondere zur Frage, ob Leistungen in geringem Umfang vorlagen, Feststellungen zu treffen gehabt. 3.3. Da im Beschwerdefall ebenso (wie im zitierten Vorerkenntnis vom 24. Februar 2010) auf der Hand liegt, dass die strittigen Leistungen die "eigenen Leistungen" der Beschwerdeführerin im Sinn des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 "wirtschaftlich sinnvoll ergänzen", hätte die belangte Behörde zu den oben angeführten maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994, insbesondere zur Frage, ob Leistungen in geringem Umfang vorlagen, Feststellungen zu treffen gehabt.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher mit einem sekundären Verfahrensmangel belastet.

4. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. 4. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Das Mehrbegehren war 5. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , römisch zwei Nr. 455. Das Mehrbegehren war

abzuweisen, weil Umsatzsteuer bereits in dem in der genannten Verordnung pauschalierten Schriftsatzaufwand enthalten ist. Wien, am 1. Juli 2010

### **Schlagworte**

Besondere Rechtsgebiete

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2010:2007040136.X00

### **Im RIS seit**

15.08.2010

### **Zuletzt aktualisiert am**

08.12.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)