



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/077/5551/2017-4
B. GmbH

Wien, 16 .5.2017

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der B. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 14.4.2017 betreffend das Vergabeverfahren "HKLS-Arbeiten für die Wohnanlage Wien, E.-gasse" (GZ WW-FBAW/253/2017), der Stadt Wien, Wiener Wohnen

durch mündliche Verkündung am 11.5.2017 zu Recht e r k a n n t :

- I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 14.04.2017 wird stattgegeben und die Ausscheidensentscheidung wird für nichtig erklärt.
- II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.060,00 binnen 14 Tagen zu ersetzen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Einleitende Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG und des § 1 Abs. 1 Z 1 WVRG und führt als solches ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages nach dem Bestbieterprinzip. Ausschreibungsgegenstand sind HKLS-Arbeiten an einer Wohnhausanlage.

Angefochtene Entscheidung:

Die Antragsgegnerin übermittelte der Antragstellerin am 14.4.2017 per Telefax die Ausscheidensentscheidung vom 14.4.2017. In dieser teilte sie der Antragstellerin im Wesentlichen mit, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG mangels Befugnis ausgeschieden werde. Die Ausschreibung enthalte in der Leistungsgruppe 82 Leistungen der Wärme- und Kälte- und in der Leistungsgruppe 83 Leistungen des Feuerschutzes, der Schalldämmung und des Brandschutzes. Die Tätigkeiten dieser beiden Leistungsgruppen seien grundsätzlich dem Gewerbe der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung vorbehalten. Nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO stehe Gewerbetreibenden das Recht zu, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die im gegenständlichen Verfahren zu erbringenden Leistungen des Gewerbes der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung gingen über dieses Ausmaß hinaus. Die Befugnisse der Antragstellerin für Heizungstechnik verbunden mit Lüftungstechnik, sowie für Gas- und Wasserleitungsinstallateure, auf die sich die Antragstellerin stütze, würden befugnismäßig nicht ausreichen.

Nachprüfungsantrag:

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin. Dieser Antrag wurde dem Verwaltungsgericht am 20.4.2017 per Telefax und E-Mail übermittelt und ist jeweils innerhalb der Amtsstunden eingelangt. Außerdem wurde der Antrag am 20.4.2017 zur Post gegeben.

Die Antragstellerin legte in ihrem Nachprüfungsantrag zunächst den bisherigen Gang des Vergabeverfahrens und den ihr durch das Ausscheiden ihres Angebotes drohenden (bzw. eingetretenen) Schaden dar.

Sodann führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, bei den im Leistungsverzeichnis angeführten Leistungen der Leistungsgruppen 82 und 83 gehe es nur darum, dass auf den von der Antragstellerin zu verlegenden Heizungs- und Wasserleitungen eine bestimmte Wärme- bzw. Kälte­dämmung bzw. auf den von ihr zu verlegenden Abflussrohren eine bestimmte Brandschutzmanschette anzubringen sei.

Die Antragstellerin sei auf Grund ihrer Gewerbeberechtigungen zur Gas- und Sanitärtechnik (§ 94 Z 25 GewO) und Heizungstechnik/Lüftungstechnik (§ 94 Z 31 GewO) berechtigt, diese Leistungen unabhängig davon zu erbringen, ob sie einen „geringen Umfang“ übersteigen. Bei diesen Tätigkeiten würde es sich um eigentümliche Arbeitsvorgänge der Klempner bzw. Installateure im Sinne des § 29 GewO handeln, weil derartige Arbeiten von diesen Gewerben schon immer erbracht worden seien.

Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass es sich bei diesen Tätigkeiten nicht um eigentümliche Arbeitsvorgänge der Klempner bzw. Installateure im Sinne des § 29 GewO handeln würde, sei die Antragstellerin nach dem ersten Tatbestand des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO auch zur Erbringung dieser Leistungen befugt, weil es sich dabei um nichts anderes als Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten handeln würde, um die von der Antragstellerin zu erbringenden Installateurleistungen absatzfähig zu machen.

Die von der Antragsgegnerin vertretene Rechtsansicht würde zu dem unsinnigen Ergebnis führen, dass von den Klempnern bzw. Installateuren immer schon erbrachte Arbeiten, die für das Gewerbe der Klempner bzw. Installateure eigentümlich seien, von ihnen plötzlich nicht mehr erbracht werden dürften. Die Richtigkeit der Rechtsauffassung der Antragstellerin sei von der Bundesinnung der Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker mit dem dem Nachprüfungsantrag als Beilage angeschlossenen Schreiben vom 20.4.2017 bestätigt worden.

Ein Antrag auf einstweilige Verfügung werde nicht gestellt, weil das Verwaltungsgericht Wien in ständiger Spruchpraxis davon ausgehe, dass bei Vorliegen lediglich einer Ausscheidensentscheidung die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht in Betracht komme, weil der Antragstellerin ein Schaden durch Zuschlagserteilung nicht unmittelbar drohe, wenn die Zuschlagsentscheidung noch nicht vorhanden sei.

Replik der Antragsgegnerin:

Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 27.4.2017 den Vergabeakt vorgelegt und im Wesentlichen Folgendes repliziert:

Die Antragstellerin verfüge über die Befugnisse für 1. Handelsgewerbe, 2. Heizungstechnik verbunden mit Lüftungstechnik, 3. Gas- und Wasserleitungsinstallateure und 4. Schlosser. Sie sei mit Schreiben vom 20.3.2017 aufgefordert worden, zu erklären, mit welcher Befugnis sie die Leistungen der im Leistungsverzeichnis angegebenen LG 82 Wärme- und Kälte- und Schalldämmung und LG 83 Feuerschutz und Brandschutz erbringen wolle. Die Antragstellerin habe sich in ihrem Antwortschreiben auf die obgenannten Befugnisse für Heizungstechnik verbunden mit Lüftungstechnik sowie Gas- und Wasserleitungsinstallateure gestützt.

Daraufhin habe die Antragsgegnerin den Sachverhalt an die für Gewerberecht zuständige Fachabteilung herangetragen. Diese habe die im Schriftsatz auszugsweise wörtlich wiedergegebene Antwort übermittelt. In dieser Antwort ist ausgeführt, dass die Tätigkeiten der Wärme- und Kälte- und Schalldämmung sowie des Feuerschutzes und der Schalldämmung grundsätzlich dem Gewerbe der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung vorbehalten sind. Von den Berechtigungen der Antragstellerin seien diese Tätigkeiten nicht umfasst. Anschließend sind Rechtsausführungen zur Frage wiedergegeben, in welchem Umfang sowie unter welchen Bedingungen die Antragstellerin Tätigkeiten des Gewerbes der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung auf das sonstige Recht des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, stützen könnte. In der gegenständlichen Ausschreibung würde der prozentuelle Anteil der Wärme- und Kälte- und Schalldämmung (LG 82) und des Feuerschutzes und der Schalldämmung bei

zusammen 12,62 % liegen und daher das Ausmaß der Geringfügigkeit überschreiten. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschneiden gewesen.

Mündliche Verhandlung:

Am 11.5.2017 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Aus dem Senat wird dargelegt, dass zunächst der Frage nachgegangen werden soll, welche Arbeiten konkret in den Positionen 82 und 83 des Leistungsverzeichnisses angesprochen werden sollen und warum diese als Leistungen des Gewerbes der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung zu beurteilen oder nicht zu beurteilen seien.

Die AGV führt auf Befragen aus dem Senat aus, dass sie diese Positionen aus der LB HT 010 (Leistungsbeschreibung Haustechnik 010) übernommen habe, wo diese Positionen als Standardpositionen vorgesehen seien.

Bei der Leistungsgruppe 82 gehe es um die Wärmedämmung von zu verlegenden Rohren, und zwar konkret um eine Ummantelung der Rohre mit einer wärmedämmenden Mineralwollmatte. Dem Gewerbe der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung wurden diese Leistungen von uns deswegen zugeordnet, weil es um Wärmeschutz bzw. Wärmedämmung und bei Leistungsgruppe 83 um den Brandschutz gehe. Bei Leistungsgruppe 83 gehe es um die Ummantelung von Abflussrohren mit Brandschutzmanschetten. Die Verlegung dieser Rohre ist an einer anderen Stelle des Leistungsverzeichnisses geregelt.

Der ASTV führt auf Befragen aus dem Senat Folgendes aus:

Die obigen Ausführungen der AG würden grundsätzlich zutreffen. Die AGV habe die Verlegung der Leitungen in den vorderen Positionen und die Dämmung und Isolierung in den hinteren Positionen jeweils gesondert festgelegt, weil sie insoweit der Standardleistungsbeschreibung gefolgt ist.

Bei den Dämmmaterialien handle es sich um vorgefertigte Produkte, die man sich etwa wie einen Gartenschlauch vorstellen könne. Das nicht isolierte Rohr müsse lediglich in diesen Schlauch hineingeschoben werden, was mit einfachen Handgriffen möglich sei und nicht eigens erlernt werden müsse. Allerdings würden die Rohre in der Regel bereits mit dieser Ummantelung vorgefertigt bezogen werden und sei es lediglich eine Möglichkeit, dass der Installateur dieses Hineinschieben auf der Baustelle selbst durchführe. Von den verwendeten Arbeitsmaterialien und Geräten seien die bloßen Hände für diese Tätigkeit, sofern sie überhaupt durchgeführt werden sollte, vollkommen ausreichend und könne das Hineinschieben grundsätzlich von jedermann bewerkstelligt werden.

Das Anbringen der Brandschutzmanschette sei eine vergleichbare Tätigkeit. Man könne sich das etwa wie eine Halskrause mit Klettverschluss vorstellen, nur länglich. Das Rohr werde ebenfalls hineingeschoben und der Klettverschluss geschlossen. Die Brandschutzmanschetten werden regelmäßig bereits so bestellt, dass sie in ihren Dimensionen zu den Abflussrohren passen. Die Anbringung erfolgt auf der Baustelle. Auch diese Tätigkeit könne mit bloßen Händen erfolgen, ohne dass dafür eine besondere Technik erlernt werden müsste. Auf der Baustelle könne diese Tätigkeit von jedem Hilfsarbeiter ausgeführt werden.

Die AST bringt weiters vor, dass Installateure bereits in ihrem Lehrberuf lernen würden, welche Dämmungen und Isolierungen erforderlich seien. Dies sei in der entsprechenden Lehrberufsordnung festgelegt, und zwar bei allen Gewerken, nämlich Heizung, Klima, Lüftung und Sanitär. In der Meisterprüfung seien diese Inhalte noch einmal in vertieftem Umfang vorgesehen. Es sei damit Teil der Befähigung des Installateurs, Dämmung und Isolierung durchzuführen. Diese Kenntnisse seien jedoch für die Ausführung des Auftrages deswegen nicht erforderlich, weil im Leistungsverzeichnis bereits im Detail vorgegeben sei, welche Dämmungen und Isolierungen durchzuführen sind. Es bleibe daher nur die einfache Tätigkeit des Anbringens der Dämmung, sofern das überhaupt gemacht werden müsse, sowie die einfache Tätigkeit des Anbringens der Brandschutzmanschetten.

Zum Beweis ihres Vorbringens legt die AST folgende Beilagen vor: ./1 (Bestätigung der Landesinnung), ./2 (Gas- und Sanitärtechnik-Befähigungsprüfungsordnung), ./3 (Heizungstechnik-Meisterprüfungsordnung), ./4 (Lüftungstechnik-Meisterprüfungsordnung) und ./5 (Produktdatenblatt Geberit). Bei der Beilage ./5 handle es sich um ein zufälliges Beispiel. Entsprechend beschichtete Rohre könnten in der jeweils gewünschten bzw. erforderlichen Ausführung bestellt und bezogen werden.

Diese Unterlagen werden der AG zur Einsicht weitergereicht und von dieser nach erfolgter Durchsicht dem Senat zurückgereicht.

Die AGV hält dem Folgendes entgegen:

Aufgrund des Leistungsgegenstandes und des Umstandes, dass die AST nicht über eine Befugnis für das Handwerk der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung verfüge, seien bei der AG Zweifel aufgetreten, ob die AST zur Erbringung diese Leistungen der Dämmung befugt ist. Die AG habe die AST um entsprechende Aufklärung ersucht. Die AST habe nicht angegeben, dass sie die Rohre bereits im gedämmten Zustand beziehen würde, sondern habe lediglich geantwortet, dass diese Dämmleistungen aufgrund ihrer vorhandenen Befugnisse, insbesondere für Gas- und Sanitärtechnik, ausgeführt werden sollen. Die AG habe daraufhin bei der MA 63 angefragt, ob die AST aufgrund dieser Befugnisse ausreichend befugt sei, laut angeschlossenem Leistungsverzeichnis Leistungen der Dämmung und des Brandschutzes im Ausmaß von 12,69 % des Gesamtpreises des Bieters zu erbringen. Die MA 63 habe die Rechtsansicht der AG dahingehend bestätigt, dass die Befugnis dafür nicht ausreichen würde.

Die AST hält dem entgegen, dass die erteilte Auskunft richtig und vollständig sei. Das Aufklärungsersuchen habe eine Auflistung der Befugnisse der AST enthalten und gefragt, mit welchen Befugnissen die Dämmleistungen erbracht werden sollten. Die AST habe wahrheitsgemäß

und vollständig geantwortet, dass die Dämmleistungen mit den Befugnissen für Heizungsbau und für Gas- und Sanitärtechnik erfolgen soll. Ob diese Befugnisse ausreichen würden, sei eine Rechtsfrage, die aus Sicht der AST zu bejahen sei.

Auf Frage aus dem Senat legt die AGV dar, dass im Leistungsverzeichnis davon ausgegangen worden sei, dass die Ummantelung der Rohre mit der Wärmedämmung bzw. mit der Brandschutzmanschette vor Ort auf der Baustelle erfolge. Deswegen sei die Auspreisung auch so vorgesehen gewesen.

Die AST bestreitet dies. Ihrer Ansicht nach lasse das Leistungsverzeichnis offen, ob die Rohre bereits mit Ummantelung bezogen oder auf der Baustelle erst ummantelt werden.

Die AGV bestreitet dies und verweist auf das Leistungsverzeichnis.“

Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages betreffend die in den Ausschreibungsunterlagen näher bezeichnete Wohnhausanlage. Im Zuge einer THEWOSAN-Sanierung (thermisch-energetische Wohnhaussanierung) der gesamten Wohnhausanlage sollen unter anderem Tätigkeiten der Gas- und Sanitärtechnik und der Heizungstechnik ausgeführt werden, in deren Zusammenhang auch Arbeiten vorgesehen sind, die im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung als Arbeiten der Wärme- und Kälte­dämmung sowie als Arbeiten des Feuerschutzes und der Schalldämmung bezeichnet werden.

Im Leistungsverzeichnis sind die zu erbringenden Leistungen in Leistungsgruppen und Positionen gegliedert und konstruktiv beschrieben. In den vorderen Leistungsgruppen sind verschiedene Rohrverlegungsarbeiten aufgegliedert. Die Leistungsgruppe 82 enthält die Wärme- und Kälte­dämmung. Die Leistungsgruppe 83 enthält die Branddämmung. Die Antragsgegnerin hat die Leistungsgruppen 82 und 83 mit ihrer Bezeichnung aus der standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik 010 übernommen.

Die Arbeiten der Leistungsgruppe 82 fallen bei der Ausführung des Auftrages nicht zwangsläufig an. Ob diese Arbeiten anfallen, hängt davon ab, ob der Heizungstechniker bzw. der Gas- und Sanitärtechniker bereits isolierte Rohre bezieht und verwendet oder ob er die Rohre in noch nicht isoliertem Zustand

bezieht und die Isolierung auf der Baustelle selbst durchführt. Die Tätigkeit des Isolierens besteht, wenn sie anfällt, darin, dass die vorgefertigten Rohre in eine vorgefertigte Ummantelung, die einem Schlauch vergleichbar ist, gesteckt wird, womit die Rohre bereits fertig isoliert sind. Für dieses Hineinstecken der Rohre in die Ummantelung sind weder Werkzeuge noch zu erlernende Fertigkeiten erforderlich, sodass diese Tätigkeit grundsätzlich von jedem ungelerten Arbeiter ausgeführt werden kann. Der Zusammenhang mit der Installation dieser Rohre besteht darin, dass die Wärmedämmung eine dem Installationsvorgang vorangehende Arbeit ist, die entweder bereits durch den Zulieferer der Rohre oder aber vor Ort auf der Baustelle durch Hilfskräfte des ausführenden Gewerbetreibenden erfolgt, um danach die Rohre in isoliertem Zustand verlegen zu können. Die Maßnahmen der Wärmedämmung betreffen ausschließlich zu installierende Rohre, wobei die Wärmedämmung – als Hineinschieben der noch nicht verlegten Rohre in ihre schlauchartige Ummantelung – vor der Verlegung der jeweiligen Rohre erfolgt.

Die Arbeiten der Leistungsgruppe 83 fallen in der Regel dann, wenn die Rohre brandgedämmt werden sollen, an. In diesem Fall werden aufeinander abgestimmte Rohre und Brandschutzmanschetten vorgefertigt bezogen. Die Brandschutzmanschetten sind mit einem Verschluss versehen, vergleichbar etwa einem Klettverschluss, und werden auf der Baustelle an die Rohre angelegt. Auch für diese Tätigkeit sind keinerlei Werkzeuge und keinerlei zu erlernende Fertigkeiten erforderlich, sodass auch diese Tätigkeit grundsätzlich von jedem ungelerten Arbeiter ausgeführt werden kann. Die Arbeiten dieser Leistungsgruppe betreffen ausschließlich Abflussrohre und stehen ebenfalls in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Installation dieser Rohre. Dieser Zusammenhang besteht darin, dass die Rohre, die installiert werden, im Zuge der Installation mit Brandschutzmanschetten versehen werden.

Auf Grund der detaillierten Vorgaben im Leistungsverzeichnis fällt eine Beurteilung, welche Wärmedämmung und welche Branddämmung jeweils für eine fachgerechte Ausführung erforderlich ist, nicht an. Für eine solche Beurteilung sind erlernte Fähigkeiten und Kenntnisse erforderlich. Die Vermittlung dieser Fähigkeiten und Kenntnisse im Zusammenhang mit (sonstigen) Arbeiten der Heizungstechnik bzw. der Gas- und Sanitärtechnik ist in den entsprechenden Ausbildungsvorschriften für die Lehrberufe und die

erbringen, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, übermittelt. Aus diesem Schreiben geht im Wesentlichen unter Anführung von Judikatur hervor, dass die Grenze der Geringfügigkeit bei den angeführten, jeweils unter 10 % liegenden Anteilen der Leistung am gesamten Auftragswert angenommen wurde, ein Anteil von 12,69 % aber über den bisher von der Judikatur als Geringfügigkeit anerkannten Werten liege. In dieser rechtlichen Beurteilung werden keine Aussagen darüber getroffen, welchem Gewerbe oder welchen Gewerben die in Rede stehenden Dämmarbeiten nach § 29 GewO zuzuordnen sind, sondern wird auf der aus dem standardisierten Leistungsverzeichnis Haustechnik 010 entnommenen Kategorisierung dieser Arbeiten aufgebaut.

Die Antragsgegnerin hat ihre Ausscheidensentscheidung vom 14.4.2017 tragend auf diese rechtliche Auskunft gestützt.

Die Landesinnung Wien der Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker vertritt in dem von der Antragstellerin vorgelegten Schreiben vom 9.5.2017 die Ansicht, dass Tätigkeiten der Wärmedämmung und der Branddämmung an Rohren der Heizungsinstallation bzw. der Gas- und Sanitärinstallation in den Berechtigungsumfang der Gewerbe der Heizungstechnik bzw. der Gas- und Sanitärtechnik fallen.

Die Prüfungsordnung der Bundesinnung der Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker über die Befähigungsprüfung für das reglementierte Gewerbe Gas- und Sanitärtechnik sieht im Anhang im Abs. 2 lit. e „Dämmung und Korrosionsschutz von Gas-Wasser-Abflussinstallationen“ vor.

Die Verordnung der Bundesinnung der Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker über die Meisterprüfung für das Handwerk Heizungstechnik sieht im Anhang in Abs. 2 lit. g die Isolierung von Heizungsinstallationen und deren Systemen vor.

Die Verordnung der Bundesinnung der Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker über die Meisterprüfung für das Handwerk Lüftungstechnik sieht im Anhang unter Abs. 2 lit. c „Schall-, Wärme- und Branddämmung der lufttechnischen Systeme“ vor.

Bei der Beweiswürdigung wurde erwogen:

Die obigen Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem klar und übersichtlich geführten Vergabeakt, dem Vorbringen der Parteien, der durchgeführten mündlichen Verhandlung und der in dieser vorgelegten Unterlagen. Insbesondere haben in der mündlichen Verhandlung sowohl die Antragsgegnerin als auch die Antragstellerin in anschaulicher und nachvollziehbarer Weise dargelegt, worin die durchzuführenden Arbeiten inhaltlich bestehen.

In rechtlicher Hinsicht wurde erwogen:

Gemäß § 1 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG) regelt das WVRG die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (einschließlich der Vergabe von Baukonzessionen und der Durchführung von Wettbewerben, nicht jedoch der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen) unter anderem durch Wien als Land oder Gemeinde.

Gemäß § 2 Abs. 4 WVRG entscheidet das Verwaltungsgericht Wien in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG hat das Verwaltungsgericht Wien die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006 sind im offenen Verfahren folgende Entscheidungen gesondert anfechtbar: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

Gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,
2. Einrichtungen, die
 - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
 - b) zumindest teilrechtsfähig sind und
 - c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,
3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

Gemäß § 129 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschließen:

1. Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind;
2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen;
4. Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten;
5. Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt;
6. verspätet eingelangte Angebote;
7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die

die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

8. Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;

9. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;

10. Angebote von nicht aufgeforderten Bieter;

11. Angebote von Bieter, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 112 Abs. 3 gesetzten Nachfrist

a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung,

b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit. a fehlenden Kenntnisse erworben worden sind,

c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit. a gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oder

d) eine behördliche Entscheidung, die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt, vorliegt.

Gemäß § 29 GewO ist für den Umfang der Gewerbeberechtigung der Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (§ 339) oder des Bescheides gemäß § 340 Abs. 2 im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Im Zweifelsfalle sind die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen.

Gemäß § 30 Abs. 1 GewO sind Gewerbetreibende, wenn der Befähigungsnachweis für ein Gewerbe, das zu einem verbundenen Gewerbe gehört, im vollen Umfang erbracht wurde und sie zur Ausführung des betreffenden Gewerbes berechtigt sind, auch berechtigt, die Leistungen der anderen Gewerbe zu erbringen, aus denen sich das verbundene Gewerbe zusammensetzt. Gemäß § 30 Abs. 2 GewO steht dieses Recht auch im Fall einer individuellen Befähigung (§ 19) ohne Beschränkung auf Teiltätigkeiten des betreffenden Gewerbes sowie in den Fällen einer Anerkennung oder Gleichhaltung des Befähigungsnachweises zu.

Gemäß § 31 Abs. 1 GewO sind einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten. Als einfache Tätigkeiten gelten jedenfalls nicht die für ein Gewerbe typischen Kerntätigkeiten, welche die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen voraussetzen.

Gemäß § 32 Abs. 1 Z 11 GewO steht allen gewerbetreibenden unter anderem das Recht zu, einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, auszuüben. Dabei müssen jedoch gemäß § 32 Abs. 2 GewO der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 1 BVergG sowie des § 1 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 1 WVRG ist und als solche ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages nach dem Bestbieterprinzip zur Durchführung von HKLS-Arbeiten im Zuge der THEWOSAN-Sanierung einer Wohnhausanlage der Antragsgegnerin führt. Das Nachprüfungsverfahren fällt daher gemäß § 1 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 1 WVRG in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien. Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag betreffend die gegen sie ergangene Ausscheidensentscheidung vom 14.4.2017 eingebracht. Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formellen Voraussetzungen und ist daher zulässig.

Entscheidungswesentlich war die Frage, ob die in den Leistungsgruppen 82 und 83 angeführten Arbeiten der Wärme-, Kälte und Branddämmung von Rohren in den Berechtigungsumfang der Gewerbe der Heizungstechnik, der Sanitärtechnik und allenfalls der Lüftungstechnik fallen. Die Antragstellerin ist auf Grund ihrer Befugnisse berechtigt, Tätigkeiten auszuführen, die in den Berechtigungsumfang der beiden erstgenannten Gewerbe fallen. Hinsichtlich des Gewerbes der Lüftungstechnik ergibt sich die Berechtigung der Antragstellerin, Leistungen dieses Gewerbes zu erbringen, daraus, dass dieses Gewerbe mit Heizungstechnik zu einem verbundenen Gewerbe zusammengefasst ist und die Antragstellerin den Befähigungsumfang für Heizungstechnik laut Gewerbedaten uneingeschränkt erbracht hat sowie uneingeschränkt zur Ausübung des Gewerbes der Heizungstechnik berechtigt ist. Die Antragstellerin vermag sich daher hinsichtlich ihres Berechtigungsumfanges auch auf das verbundene Gewerbe der Lüftungstechnik zu stützen.

Im Hinblick auf § 29 GewO ist auszuführen, dass für die gewerberechtliche Einstufung der in Rede stehenden Tätigkeiten zunächst der Gewerbewortlaut im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften heranzuziehen ist. Weder dem Gewerbewortlaut noch den einschlägigen Rechtsvorschriften ist eine

eindeutige Aussage zu den in Rede stehenden Tätigkeiten zu entnehmen. Insbesondere erwähnen weder § 110 GewO betreffend Gas- und Sanitärtechnik noch § 150 Abs. 8 GewO betreffend Heizungstechnik und Lüftungstechnik ausdrücklich Dämmarbeiten an zu installierenden Rohren. Für die gewerberechtliche Einstufung war daher § 29 zweiter Satz GewO heranzuziehen.

§ 29 zweiter Satz GewO legt fest, dass im Zweifelsfalle die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen sind.

Mit den beteiligten gewerblichen Kreisen sind die betroffenen Fachorganisationen der Wirtschaftskammer gemeint. Die Landesinnung Wien der Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker stellt somit einen wesentlichen Teil der beteiligten gewerblichen Kreise dar. Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass die in Rede stehenden Tätigkeiten nach der Anschauung dieses beteiligten gewerblichen Kreises insoweit dem „Kernbereich“ der Gas- und Sanitärtechnik, der Heizungstechnik und der Lüftungstechnik zuzuordnen sind, als sie – was gegenständlich zutrifft – Installationen im Rahmen des jeweiligen Gewerbes betrifft, also im Wesentlichen Gas- und Wasserrohre bzw. Heizungsrohre bzw. Lüftungsrohre. Eine allfällige Gegenposition der für die Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung zuständigen gewerblichen Vertretung liegt nicht vor.

Zu den Einstufungskriterien der „den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, der verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen“ ist auszuführen, dass die in Rede stehenden Dämmarbeiten mit bloßen Händen ohne Werkzeuge erfolgen und grundsätzlich von jeder Hilfskraft ohne Vorkenntnisse fachgerecht ausgeführt werden können. Es liegt damit zunächst eine einfache Tätigkeit im Sinne des § 31 Abs. 1 erster Satz GewO vor, welche keinem reglementierten Gewerbe vorbehalten ist. Spezifische Tätigkeiten des Gewerbes der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung, für die allenfalls eine Befähigung für dieses Gewerbe erforderlich wäre, sind nicht ersichtlich.

Weiters ist auszuführen, dass sowohl die bei dieser Tätigkeit verwendeten Materialien als auch die dabei anfallenden Arbeiten einen engen fachlichen Zusammenhang mit den Gewerben der Gas- und Sanitärtechnik, der Heizungstechnik und der Lüftungstechnik aufweisen. Sowohl die wärmedämmende Ummantelung als auch die branddämmenden Manschetten sind auf die jeweils zu verlegenden Rohre abgestimmt. Das Anbringen der Ummantelungen bzw. der Manschetten steht, soweit nicht überhaupt die Rohre bereits mit Ummantelung (bzw. mit Manschetten) bezogen waren und diese Tätigkeiten daher entfallen sollten, in engem inhaltlichem Zusammenhang mit den Verlege- und Installationsarbeiten der betroffenen Rohre.

Ein maßgeblicher Aspekt liegt auch darin, dass die Meisterprüfungsordnungen der betroffenen Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik, der Heizungstechnik und der Lüftungstechnik im Zusammenhang mit ihren Anhängen jeweils Kenntnisse über die Dämmung der dem jeweiligen Gewerbe zufallenden Installationen vorsehen. Diese Kenntnisse sind im Anlassfall nicht erforderlich, weil das konstruktive Leistungsverzeichnis im Detail vorgibt, welche Wärme- bzw. Branddämmung an die zu verlegenden Rohre anzubringen ist, und damit diesbezüglich nur mehr die einfachen Tätigkeiten des Hineinsteckens der Rohre in die Wärmedämmung sowie des Anbringens der Brandschutzmanschetten verbleibt. Aus diesen Meisterprüfungsordnungen ist jedoch abzuleiten, dass die Beurteilung, welche Wärme- oder Brandschutzdämmung für die jeweils zu verlegenden Rohre erforderlich ist, Ausbildungsinhalte der Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik, der Heizungstechnik und der Lüftungstechnik sind und zumindest auch in den Berechtigungsumfang dieser drei Gewerbe fällt. Die Ausführung der Dämmung ist insoweit eine einfache Teiltätigkeit einer komplexeren, auch die Beurteilung der Dämmerefordernisse umfassenden Tätigkeit, wobei letztere unter anderem auf Grund der genannten Meisterprüfungsordnungen dem Tätigkeitsumfang der Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik, der Heizungstechnik und der Lüftungstechnik jeweils im Zusammenhang mit den diese Gewerbe betreffenden Installationen bzw. Rohrverlegungen zuzuordnen sind.

Der Vollständigkeit halber ist anzuführen, dass die Geringfügigkeitsgrenze für ergänzende Arbeiten in § 32 Abs. 1 Z 1 GewO auch dann nicht zur Anwendung kommen würde, wenn die gegenständlichen Dämmarbeiten an den Rohren nicht in den Berechtigungsumfang der Heizungstechnik bzw. der Gas- und

Sanitärtechnik und der Lüftungstechnik fallen würden. In diesem Fall könnten diese Tätigkeiten nämlich als einfache Teiltätigkeiten des Gewerbes der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung gemäß § 32 Abs. 1 Z 11 GewO in Verbindung mit § 32 Abs. 2 GewO im Wesentlichen bis zur Grenze der Wahrung des wirtschaftlichen Schwerpunktes und der Eigenart des Heizungstechnik- bzw. Gas- und Sanitärtechnik- bzw. Lüftungstechnikbetriebes von der Antragstellerin ausgeführt werden, was bei einem Anteil von 12,69% am Gesamtpreis des Angebotes der Antragstellerin eingehalten wäre.

Auf das Wesentlichste zusammengefasst waren die in den Leistungsgruppen 82 und 83 angeführten Tätigkeiten der Wärme- bzw. Branddämmung von Rohren bereits gemäß § 29 GewO den Gewerben der Heizungstechnik, der Gas- und Sanitärtechnik und der Lüftungstechnik zuzuordnen und die Antragstellerin ausreichend befugt, diese Leistungen zu erbringen. Die Einstufung der in Rede stehenden Tätigkeiten als Wärme- und Branddämmung ging auf die Verwendung einer standardisierten Leistungsbeschreibung zurück, wo sie nicht im Hinblick auf ihre gewerberechtliche Zuordnung, sondern im Hinblick auf die Gliederung des Auftrages in Positionen unter anderem im Hinblick auf Kalkulation und Preisauflgliederung erfolgt ist.

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG hat die vor dem Verwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 15 WVRG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Die Antragstellerin war mit ihrem Antrag erfolgreich, da dieser zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung geführt hat. Die Antragstellerin hat daher spruchgemäß Anspruch auf Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Bei den im Anlassfall zu behandelnden Fragen des Gewerberechtsumfangs standen durchwegs Details und Einzelheiten der durchzuführenden Arbeiten im Vordergrund, weshalb die Lösung der Rechtsfrage nur für den konkreten Einzelfall Bedeutung hat. Darüber hinaus war es ohne Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens, ob die konkreten Leistungen nach § 29 GewO als zu den Tätigkeiten der Heizungstechnik, der Gas- und Sanitärtechnik und der Lüftungstechnik zu beurteilen sind, weil man, wenn man diese Frage verneinen

würde, über das Vorliegen einer einfachen Teiltätigkeit des Gewerbes der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung nach § 31 Abs. 1 GewO in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Z 11 GewO im Anlassfall zu dem gleichen Verfahrensergebnis gelangt wäre. Eine Abweichung von der Rechtsprechung des VwGH zu § 32 Abs. 1 Z 1 dritter Fall GewO und der bestehenden Judikatur zur Frage der Geringfügigkeit liegt deswegen nicht vor, weil § 32 Abs. 1 Z 1 dritter Fall GewO für die Lösung der Rechtsfrage gar nicht anzuwenden war.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.