

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

25.01.2011

Geschäftszahl

2008/04/0035

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser und Mag. Nedwed als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der X Societa a Responsibilita Limitata (X s.r.l.) in Y (Italien), vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Johannesgasse 15, gegen den Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 28. Jänner 2008, Zl. N/0115-BVA/02/2007-26, betreffend Nachprüfung eines Vergabeverfahrens (mitbeteiligte Parteien:

1. Bund, Burghauptmannschaft Österreich in 6020 Innsbruck, Rennweg 1, Präsidialstiege, 2. A Restaurierungswerkstätten GmbH in B (Deutschland); weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund 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

I.

1. Vergabeverfahren:

Nach den insoweit unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides liegt dem Beschwerdefall das Vergabeverfahren "Kaiserliche Hofburg Innsbruck, Generalsanierung 1./2. Stock, Projektnummer: N-00077, Sanierung der Schauräume, Restaurierungsarbeiten, Raumschale" des Bundes, Burghauptmannschaft Österreich, als öffentlicher Auftraggeber und vor dem Verwaltungsgerichtshof erstmitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeber) zugrunde. Die Bekanntmachung der Ausschreibung zu diesem Vergabeverfahren wurde am 29. August 2007 im ABl. 2007/S 165-204631 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Der ausgeschriebene Auftragsgegenstand wurde vom Auftraggeber als "Bauleistung, Ausführung" qualifiziert und sollte in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 21. September 2007.

In den Allgemeinen Bestimmungen der Ausschreibung wurde betreffend die Befugnis eines Bieters wie folgt (unter anderem) festgelegt:

"...

00.11.11 Zum Nachweis der Befugnis werden verlangt.

00.11.11A Nachw.Befugnis/Berechtigung

Nachweis der Gewerbeberechtigung oder Befugnis.

...

00.11.11C Ausnahmegenehmigung ausl. Unternehmen

Von nicht österreichischen Firmen auch der Nachweis einer Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß Gewerbeordnung"

Im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung wurde in der Ausschreibungsunterlage unter anderem Folgendes festgelegt:

"PROJEKT-KURZBESCHREIBUNG - ALLGEMEINES ZUM LV

...

2.0 BAUMASSNAHMEN

...

Alle Bauarbeiten werden unter Rücksichtnahme und im Hinblick auf die hochwertige bauliche Substanz durchgeführt. Dies gilt insbesondere für die Bauteile im 2. OG (Prunkräume und Kaiserappartements - Museum), aber auch für die Bauteile im 1. OG. Die historisch wertvollen Gebäudeteile an Wand, Decke und Boden befinden sich hier - durch mehrfache Adaptierungsarbeiten bedingt -

in unteren Schichten. Es gilt daher, die Bauarbeiten derart auszuführen, dass die historisch wertvolle Substanz keinen oder nur einen minimalen Schaden nimmt.

4.0 BAUPHASE II 01/2008 - 11/2008

...

Hauptaugenmerk gilt den restauratorischen Maßnahmen an Boden, Wand und Decke.

...

00.12.05G Z Abstimmung der Leistung mit BDA

Grundsätzlich wird angekündigt, dass alle restauratorischen Maßnahmen behördenseitig durch das BDA Innsbruck begleitet werden. Diese Begleitung erfolgt generell (gem. Bescheid des BDA) und speziell (nach themenbezogener, telefonischer Vereinbarung mit Hrn. DI J(..)/BDA Innsbruck). Daraus resultierende Aussagen, Ergebnisse, Beschlüsse, Vorgangsweisen sind in Kurzform durch den AN schriftlich darzustellen und (EDV-mäßig) an folgenden Verteiler zu übermitteln.

...

71 Z Restaurierungsarbeiten-Raumschale

Vorbemerkungen:

ALLGEMEINES:

Das vorliegende Leistungsverzeichnis beinhaltet Restaurierungsarbeiten. In dieser Leistungsgruppe werden (in Abweichung und Ergänzung zum Standard-LBH) die Restaurierungsarbeiten für die Raumschale (Wände und Decken) ausgeschrieben. Gegenstand dieser Leistungsbeschreibung sind die Restaurierungsarbeiten der Raumschale, d.h. der raumumfassenden Hülle bestehend aus Wänden (von OK Fußboden bis UK Decke) und Decken. Im Wesentlichen sind folgende Maßnahmen und Arbeitsschritte vorgesehen:

- Wandflächen/ Deckenflächen/ Stuck
- Stuck/ Vergoldung Stuck/ Stuckmarmor
- Malerei/ Wand-, Deckenmalerei
- Putzflächen mit Anstrich
- Holz (Wand-, Sockeltäfelung, Türen, Rahmen, Karnisen)
- Vergoldung/ Metallauflage
- Rahmen Tapetenbespannung
- Bilderrahmen
- Metall/ Metallbeschläge/ Geländer
- Kamine / Öfen
- Maßnahmen in Zusammenhang mit Haus- und Elektrotechnik (Hilfestellung bei der Verlegung, Herstellen und Schließen von Schlitzern, Durchbrüchen, Bohrungen, etc

...

71.00.010 Z ALLGEMEIN - TECHNISCHES KONZEPT

1 ALLGEMEIN

Das historisch-ästhetische und das technische Restaurierungskonzept orientieren sich an der Untersuchung von 1998, 1999 und 2007

1 1. HISTORISCH -ÄSTHETISCHES RESTAURIERUNGSKONZEPT

Die Innsbrucker Hofburg wurde als imperiale Residenz um 1770, also vor rund 230 Jahren in bis heute in den wesentlichen Teilen erhaltener Form erbaut und eingerichtet. Die Einrichtung wurde im

19. Jahrhundert (2. Rokoko) weiter adaptiert und in einer Weise restauriert, die sich dem Erstbestand in einfühlsamer Weise integriert hat.

Bis zum Ende der Habsburgermonarchie waren die Räume für Wohn- und repräsentative Zwecke genutzt. Seit 1919 erfolgte eine museale Nutzung mit verschiedenen Eingriffen (vor allem 3 rekonstruierte Stuckdecken) und in zwei Räumen freigelegten Wandmalereien aus der Erstausrüstung. In den Restaurierphasen nach 1945 wurden die Stuckdecken und die verputzten Wände fast durchgehend in weißer Wandfarbe überstrichen, die Holzvertäfelungen und Türen mit weißlicher Ölfarbe. In beiden Bereichen hat man die Vergoldungen teilweise in Polimenttechnik erneuert oder in verschiedener Weise ausgebessert.

Für die angestrebte vorwiegend museale Nutzung sollen die historischen Kontinuitäten der Räume in die museale Nutzung und ihre Präsentationskonzepte integriert werden. Das betrifft die Einbeziehung von freigelegten historischen Ausstattungsphasen verschiedener Zeit und die bewusste Vermeidung einer neuwertigen Erscheinung der jeweiligen Oberflächen.

Dem entsprechend müssen auch die in den Voruntersuchungen erstellten wesentlichen Befundstellen (Schichtentrepfen) und Musterflächen erhalten bleiben. Dort, wo sie störend wirken, werden sie in reversibler Art und Weise anpassend zugedeckt.

Das Maßnahmenkonzept betrifft

- alle konservatorisch notwendigen Maßnahmen für Stabilität und Haltbarkeit im Rahmen der musealen Nutzung.
- Reinigung und Stabilisierung der vorhandenen historischen Oberflächen (außer wo anders verlangt) mit Anpassungen an definierte historische Raumphasen unter Erhaltung von normalen Alterungsspuren als optisch ablesbare Spuren von Geschichte.
- Orientierung der Oberflächenbehandlungen bzw. Ergänzungen und Retuschen an den historischen Techniken, Ausführung in weitgehend reversibler Form, aber normal abriebfest (für geringe Nutzungsbelastung).
- Für bestimmte stärker belastete Oberflächen ist ein zusätzlicher Schutz vorgesehen (betrifft vor allem die Vergoldungen im Bereich der Türen).

...

71.20.010 Z 087 Gardesaal

Zeitstellung

Der angestrebte Raumzustand ist die Rokokophase um 1773 (Decken- und Wandstuck) mit der Restaurierung um 1860 (Holzvertäfelungen)

Arbeitsschritte

Wandflächen/Deckenflächen/Stuck:

Abnahme der gesamten Innentempera an den Mauer- und Stuckflächen mit geeigneten Methoden bei Aufweichung mit Sprühnebel und Abnahme mit stark saugfähigen Schwämmen bei Freilegung der jeweils darunterliegenden Kalkschichten ohne dieselben weiter abzunehmen. Gegebenenfalls trockene Reinigung mit Wisch-ab oder Gleichwertigem, Herausnahme von störenden späteren Putzreparaturen (z.B. Leitungsverputzungen), niveaugleiches, kantensauberes und texturangepasstes Schließen störender Fehlstellen am Putz und Stuck mit einem dem Bestand in den physikalischen Parametern (E-Modul, Festigkeit) angepasstem Mörtelmaterial auf Basis von Kalk, Kalklasur in einem hellen Grau entsprechend der Musterfläche mit gelöschtem Kalk ohne Zusätze und Erdfarben bzw. Kohlschwarz.

Vergoldung Stuck:

Reinigung der Vergoldungen trocken oder mit geeigneten Lösemittelsystemen an der Vergoldung, die in keiner Weise die ursprüngliche Vergoldung oder auch die späteren Retuschen bzw. den Untergrund angreifen und anlösen; störende Retuschen und Übermalungen sollen jedoch abgenommen werden. Festigung von losen Goldauflagen über Injektionen von Klebstoffen, wobei der Klebstoff den physikalischen Parametern des bestehenden Untergrundsystems entsprechen bzw. mit diesem kompatibel sein muss (Festigkeit, E-Modul, Alterungsverhalten, Wasseraufnahmevermögen etc.); Schließen der Fehlstellen an einer dem Bestand wie oben entsprechenden Kittmasse und Retuschierung der Oberfläche mit Poliment in der Farbigkeit des Bestandes (keine neue Blattgoldauflage).

...

71.20.030 Z 085 Riesensaal Zeitstellung

Der Raum ist weitgehend im Zustand von 1775 erhalten - Restaurierungen erfolgten 1866 (Deckenfresken), 1871- 95 (Stuck, Stuckmarmor), 1948 und 1966 (Deckenfresko).

Der Ort und die Menge der einzelnen Restaurierschritte ist in der beigelegten Kartierung eingetragen.

Deckenmalerei, Malerei in den Spiegelfeldern

Zur Entfernung relativ leicht löslicher Salzverbindungen vollflächiger Auftrag einer Zellstoffkompressen (mindestens 0,5 cm, Produktvorschlag Arbocell oder Gleichwertiges) an der versalzene Stelle inkl. Umgebungsradius von mindestens 0,5 m samt sorgfältiger Entfernung nach der vollständigen Durchtrochnung; es ist von einer zweimaligen Anwendung auszugehen. Die Anwendung hat in Form abtrocknender Kompressen zu erfolgen, da dies im Allgemeinen zu einer effizienteren Entsalzung führt. Sehr trockene Oberflächen können vor Aufbringung der Kompressen vorsichtig vorgehäst werden. Eine Wiederbefeuchtung der Kompressen nach teilweiser oder vollständiger Abtrocknung ist in jedem Fall zu vermeiden, da hierdurch Salze wieder in den Baustoff zurückgetrieben werden können. Um die Wirkung der Kompressen zu Geltung zu bringen (Umkehr des Kapillarstromes mit Entzug der Salze aus dem Baustoff) sollte eine Einwirkungsdauer von 2 Wochen eingehalten werden. Bei vorzeitiger Austrocknung der Kompressen ist sie vom Untergrund zu entfernen und nach leichtem Vornässen durch eine frische Kompressen zu ersetzen. Es ist daher notwendig, den Fortschritt des Abtrocknungsprozesses zu kontrollieren. Das Ergebnis jeder Kompressenanwendung muss durch externe Untersuchungen kontrolliert werden (Proben sowohl von der behandelten Fläche, als auch von den abgenommenen Kompressen). Nur dadurch ist der Entsalzungsprozess fassbar und die Entscheidung möglich, ob weitere Kompressenanwendungen notwendig sind oder die Entsalzung abgeschlossen werden kann. Für die Kontrolluntersuchung ist eine Frist von ca. 10 Tagen bis zum Vorliegen der Untersuchungsergebnisse einzukalkulieren.

...

Stuckmarmor

Feuchte Reinigung des Stuckmarmors (siehe Musterfläche) ausschließlich mittels feuchten Lappen ohne zusätzliches mechanisches Bürsten; Schließen von störenden oder gefährdeten Fehlstellen (Gefahr des Ausbruchs von Rändern) mit Kalk-Gips-Gemisch und gegebenenfalls farbliche Integrierung der Reparaturstellen bei Angleichung des Glanzes der Kittung an jenen der Umgebung."

Mit Schreiben vom 14. November 2007 gab der Auftraggeber der Beschwerdeführerin bekannt, dass der Zuschlag an die zweitmitbeteiligte Partei (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) erteilt werden solle.

2. Nachprüfungsverfahren und angefochtener Bescheid:

Gegen diese Zuschlagsentscheidung brachte die Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde einen Nachprüfungsantrag ein und beantragte die Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde dieser Antrag gemäß § 312 Abs. 2 Z. 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17 (BVergG 2006), zurückgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die vorliegende Ausschreibung sei mangels Anfechtung bestandsfest geworden.

Aus dem klaren und unmissverständlichen Wortlaut der in der Projektkurzbeschreibung enthaltenen Darstellungen der ausgeschriebenen Arbeiten in den einzelnen Räumlichkeiten der kaiserlichen Hofburg Innsbruck und auch aus der Gesamtheit aller ausgeschriebenen Leistungen sei herauslesbar, dass der verfahrensgegenständliche Auftragsgegenstand überwiegend aus handwerklichen Leistungen bestehe. Dieses sich schon aus der Ausschreibung ergebende Gesamtbild sei durch die von Auftraggeberseite in der mündlichen Verhandlung ergänzend gegebenen Schilderungen betreffend die im einzelnen vorzunehmenden Tätigkeiten noch verstärkt und bestätigt worden. Die einzelnen vom Auftragnehmer auszuführenden Tätigkeiten entsprechen primär den Berufsbildern Maler bzw. Anstreicher (für z.B. das Reinigen und Abnehmen der gesamten Innentempera an den Mauerflächen von Wänden und Decken), Vergolder (für z.B. Reinigung der Vergoldung bzw. Abnahme von losen Goldauflagen), Stuckateur und Trockenausbauer (für z.B. Arbeiten an Stuck und Stuckmarmor) und Tischler bzw. Zimmermeister (für z.B. Holzbearbeitung und Holzoberflächenvergütung von Holzfenstern, Sockeltäfelungen und Türblättern). Insbesondere die gleichfalls zum Leistungsumfang des verfahrensgegenständlichen Auftrages zählende und nach den Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung von den jeweils beschäftigten Gewerbetreibenden (Maler, Trockenausbauer bzw. Tischler) auszuführende Herstellung von Schlitzten in Vorbereitung der Wände und Decken für elektrofachmännische Arbeiten sowie die sodann vorzunehmende Wiederherstellung der betroffenen Oberflächen festigten diesen Gesamteindruck.

Nach Hinweis auf die §§ 70 Abs. 1 Z. 1 und 71 Z. 1 BVergG 2006 führte die belangte Behörde weiter aus, in der in § 94 GewO 1994 enthaltenen Aufzählung reglementierter Gewerbe seien unter anderem die Handwerke Maler und Anstreicher, Lackierer, Vergolder und Staffierer (Z. 47), Stuckateure und Trockenausbauer (Z. 67) sowie Tischler/Modellbauer/Binder/Drechsler/Bildhauer (Z. 71) enthalten. Gemäß § 373g Abs. 1 GewO 1994 sei bei der Erbringung von Dienstleistungen eines reglementierten Gewerbes eine Anerkennung gemäß § 373c leg. cit. oder eine Gleichhaltung gemäß § 373d leg. cit. oder § 373e leg. cit. erforderlich. Diese gewerberechtlichen Voraussetzungen für die Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung habe die Beschwerdeführerin (ein in Italien niedergelassener Bieter) nicht erfüllt.

Zum Argument der Beschwerdeführerin, beim ausschreibungsgegenständlichen Leistungsgegenstand handle es sich um kein Handwerk und kein reglementiertes Gewerbe im Sinne des § 94 GewO 1994, sondern vielmehr um ein freies Gewerbe bzw. eine gemäß § 2 Abs. 1 Z. 7 iVm Abs. 11 GewO 1994 nicht

den Bestimmungen der GewO unterliegende Tätigkeit bzw. Dienstleistung (da sich die Ausschreibung auf "Restauratoren" bzw. "Fachrestauratoren" beziehe) führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die Beurteilung der Frage, ob eine konkrete Tätigkeit unter die Regelung des § 2 Abs. 11 zweiter Satz GewO 1994 falle, habe im Einzelfall nach Maßgabe des Überwiegens der künstlerischen oder der handwerklichen Komponente zu erfolgen (Verweis auf *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Gewerbeordnung², 113f). Beim gegenständlichen Auftrag handle es sich unstrittig um keine eigenschöpferische Tätigkeit in einem Kunstzweig im Sinne des § 2 Abs. 1 (gemeint offenbar Abs. 11) erster Satz GewO 1994. Zu prüfen bleibe somit, ob es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um die "Restaurierung eines Kunstwerkes handelt, für dessen Wiederherstellung eine nachgestaltende künstlerische Fähigkeit" (gemeint im Sinne des § 2 Abs. 11 zweiter Satz GewO 1994) erforderlich ist. In der Leistungsbeschreibung seien jedoch die Arbeiten mit eindeutigem handwerklichen Schwerpunkt aufgelistet. Der Auftraggeber erwarte, die Erreichung eines "Restaurierungszieles". Der Auftragnehmer solle den ursprünglichen Zustand der aus Mauerwerk, Gips, Metall oder Holz etc. bestehenden, die Raumschale bildenden Oberflächen wiederherstellen. Die Ausführung der einzelnen Tätigkeiten weise einen überwiegend handwerklichen Charakter aus den Bereichen Maler-, Tischler- und Stuck- bzw. Stuckmarmorarbeiten aus. Hiezu komme, dass der Auftragnehmer schon im Vorfeld der eigentlichen Vertragsausführung dazu verpflichtet sei, eigene Ausführungsmuster am Beispiel von bereits vorgegebenen Mustern und entsprechenden Vorgaben im Leistungsverzeichnis herzustellen. Diese Muster würden als Vergleichsmuster für die durchzuführenden Leistungen gelten und seien vom Auftragnehmer solange schrittweise zu verändern, bis eine kommissionelle Freigabe durch den Auftraggeber erfolgen könne. Auch während der Leistungserbringung kontrolliere ein durch die örtliche Bauaufsicht eingesetzter Fachberater periodisch die Arbeiten. Alle restauratorischen Maßnahmen würden behördenseitig durch das Bundesdenkmalamt Innsbruck begleitet. Somit verbleibe für die eingesetzten Fach-Restauratoren bei der beauftragten Leistungserbringung gar kein Raum der durch "nachgestaltende künstlerische Fähigkeiten" auszufüllen wäre. Soweit die vom Auftragnehmer beschäftigten Restauratoren auch möglicherweise über derartige Fähigkeiten verfügen mögen, möge dies für die Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Zieles "die Herstellung eines einheitlich aussehenden Raumes" zwar von Vorteil sein, stelle jedoch keine notwendige Voraussetzung dar. Derartige Fähigkeiten könnten im konkreten Fall auch gar nicht eingesetzt werden, zumal es sich um keine nachgestaltende künstlerische Tätigkeit im eigentlichen Sinn handle. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass es sich bei der kaiserlichen Hofburg Innsbruck um ein bauhistorisch wertvolles Gebäude bzw. in seiner Gesamtheit um ein Baukunstwerk handle. Die belangte Behörde verkenne nicht, dass das eingesetzte Personal zur Sanierung bzw. Restaurierung der jedenfalls in Teilbereichen gegebenen wertvollen (Bau-)Substanz auch über hochqualifizierte handwerkliche bzw. kunsthandwerkliche Fertigkeiten verfügen müsse. Die Abgrenzung zu den nicht den Künsten, sondern vielmehr den Berechtigungsumfängen von Gewerben zuzurechnenden "kunsthandwerklichen Tätigkeiten" müsse jedoch nach Maßgabe des Überwiegens entweder des künstlerischen Aspektes (nämlich in Richtung des eigenschöpferischen Wertes der Arbeit eines Malers, Bildhauers oder Architekten) oder der handwerklichen Aspekte entschieden werden. Persönliche Note und großes Können alleine würden eine handwerkliche Tätigkeit noch nicht zu einer künstlerischen Tätigkeit im Sinne einer vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommenen Tätigkeit machen (Verweis auf die hg. Erkenntnisse vom 7. September 1990, Zl. 90/14/0075, vom 23. Oktober 1990, Zl. 90/14/0035, und vom 15. September 1993, Zl. 91/13/0237, zu dem im EStG verwendeten Begriff der künstlerischen Tätigkeit). Auch habe der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde die Teilbereiche des Auftragsgegenstandes, in welchen möglicherweise Fähigkeiten eines Kunsthandwerkers von Nutzen sein könnten, mit insgesamt maximal 7 % der Gesamtleistung beziffert. Diese Einschätzung werde durch die Leistungsbeschreibung bestätigt. Folgerichtig beabsichtige der Auftraggeber daher auch den Zuschlag einem Unternehmen zu erteilen, dessen ausführende Personen ihre Befähigung aus ihrer handwerklichen Ausbildung und Berufserfahrung bezögen. Ein weiterer Hinweis, dass die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung keiner künstlerischer Fähigkeiten bedürfe, sei die Tatsache, dass das gesamte Vorhaben unter laufender Kontrolle und in ständiger Abstimmung mit dem Bundesdenkmalamt durchgeführt werde.

Aus der Ausschreibung ergebe sich, dass ausländische Unternehmen bzw. nichtösterreichische Firmen für die zu vergebende Leistung zum Nachweis ihrer Befugnis bzw. Gewerbeberechtigung auch über einen Nachweis einer Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß GewO 1994 verfügen müssten. Weiters sei in der Ausschreibung klar ausgesprochen, dass diese Nachweise bereits mit dem Angebot vom Bieter vorzulegen seien.

Die Beschwerdeführerin habe nach Aufforderung der belangten Behörde ein mit 20. Dezember 2007 datiertes an das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit gerichtetes Formblatt mit dem Ersuchen um Anerkennung gemäß § 373c GewO 1994 für die Ausübung des Gewerbes "Restaurierung von Kunstwerken im Bereich Stein, Putz, Stuck, Metall, Gemälde, Fresken, Holz, Glas und Stoff" vorgelegt. Diesen beiden Ansuchen sei eine Bescheinigung gemäß Art. 8 der Richtlinie 1999/42 EG ("EU-Bescheinigung") der Handelskammer Padua angeschlossen, in welcher bestätigt werde, dass "diese Bescheinigung als Nachweis der erlernten oder ausgeübten Tätigkeiten gegenüber den zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften bei dem Antrag auf Erteilung einer nach

den Rechtsvorschriften des Empfangsstaats etwa erforderlichen Erlaubnis zur Ausübung einer der in den Richtlinien erfassten selbständigen Erwerbstätigkeiten dient". Dieses im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nach Aufforderung durch die belangte Behörde von der Beschwerdeführerin vorgelegte Ansuchen um Anerkennung der ausländischen Befähigungen erfülle infolge der zeitlich nach der Angebotslegung erfolgten Antragstellung nicht die vergaberechtlichen Voraussetzungen gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2006 iVm § 373c GewO 1994.

Das Angebot der Beschwerdeführerin wäre somit vom Auftraggeber gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 noch vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuschneiden gewesen. Daher war der Beschwerdeführerin die Antragslegitimation im Sinne des § 320 Abs. 1 BVergG 2006 zu verneinen (Verweis auf Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, unter anderem das hg. Erkenntnis vom 12. September 2007, Zl. 2005/04/0181). Die Beschwerdeführerin habe auch Gelegenheit erhalten, zur Stichhaltigkeit des von der belangten Behörde herangezogenen Ausscheidungsgrundes Stellung zu nehmen (Verweis auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, und das hg. Erkenntnis unter anderem vom 1. März 2005, Zl. 2003/04/0039).

3. Beschwerde:

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der im Wesentlichen vorgebracht wird, bei der Hofburg Innsbruck handle es sich um ein Werk der Baukunst, die gegenständliche Ausschreibung betreffe Restaurierungsarbeiten und verlange, dass alle Einzelbauteile von Fachrestauratoren zu bearbeiten seien. Derartige Restaurierungsarbeiten seien aber nach § 2 Abs. 1 Z. 7 und Abs. 11 GewO 1994 von der Gewerbeordnung ausgenommen. Dass es sich nicht um eigenschöpferische künstlerische Tätigkeiten handle, sei unerheblich, weil sich die genannten Ausnahmebestimmungen ausdrücklich auch auf nachgestaltende Restaurierungsmaßnahmen bezögen. Wenn die belangte Behörde damit argumentiere, dass nach der vorliegenden Ausschreibung für den jeweiligen Fachrestaurator auf Grund der vorgegebenen Muster und der ständigen Kontrolle des Auftraggebers gar kein Raum bleibe, der durch nachgestaltende künstlerische Fähigkeiten auszufüllen wäre, sei darauf hinzuweisen, dass es vielmehr im Wesen der Restaurierung an sich liege, das Kunstwerk wieder in seiner ursprünglichen Form erscheinen zu lassen bzw. in dieser Form zu erhalten. Leistungsgegenstand sei vorliegend die Restaurierung und Konservierung der vorhandenen Substanz und die Orientierung an den historischen Techniken. Dies habe die Auftraggeberin in der Ausschreibung selbst (vgl. insbesondere technisches Konzept Position 71.00.010 Z) betont. Diese Arbeiten seien keine Maler- und Anstreicherarbeiten und beträfen auch nicht die sonstigen von der belangten Behörde angezogenen Gewerbe. Dies gelte auch für die von der belangten Behörde selbst beispielhaft herangezogenen Arbeiten im Gardesaal. Es sei nicht ersichtlich, was die Wiederherstellung des Raumzustandes der Rokokophase um 1773 mit der Restaurierung um 1860 durch die beschriebenen Arbeitsschritte mit herkömmlichen Maler- und Anstreicherarbeiten gemein haben solle. Hier würden ganz klar Restaurierungsarbeiten beschrieben.

Selbst wenn § 2 Abs. 1 Z. 7 iVm Abs. 11 GewO 1994 nicht greifen sollte, mache das die Tätigkeit als "Restaurator" noch immer nicht zu einem reglementierten Gewerbe.

Weiters verweist die Beschwerde auf die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und darauf, dass diese Richtlinie im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr auch bei reglementierten Berufen keine Anerkennung von Berufsqualifikationen in einem förmlichen Verfahren vorsehe (insbesondere Art. 5 der Richtlinie). Im Beschwerdefall falle der Ausführungszeitraum der ausgeschriebenen Leistungen (ab Jänner 2008) in die Zeit nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie. Das Verlangen einer Anerkennung bzw. Gleichhaltung würde daher der Richtlinie widersprechen. Gleichzeitig regt die Beschwerdeführerin eine Vorabentscheidung beim Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Frage an, ob nationale Bestimmungen, die von EWR-Ausländern, die dieselbe Tätigkeit im Niederlassungsstaat rechtmäßig erbringen, die Anerkennung von Berufsqualifikationen für reglementierte Berufe verlangen, gegen die Richtlinie 2005/36/EG, insbesondere deren Art. 5, verstoßen bzw. ob die Richtlinie 2005/36/EG, insbesondere deren Art. 5 unmittelbar anwendbar sei.

4. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid die Antragslegitimation der Beschwerdeführerin (gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006) verneint, weil ihr Angebot vom Auftraggeber gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 noch vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuschneiden gewesen wäre (vgl. hierzu aus der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes mit Verweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, etwa das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2006/04/0037).

2. Konkret geht die belangte Behörde davon aus, die Beschwerdeführerin habe es unterlassen, zeitgerecht (vor Ablauf der Angebotsfrist) gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2006 den Nachweis beizubringen, dass sie einen Antrag gemäß § 373c GewO 1994 auf Anerkennung beigebracht habe.

§ 20 Abs. 1 des Bundesvergabegesetzes 2006 in der (ausgehend vom Zeitpunkt der Angebotseröffnung maßgeblichen Fassung) BGBl. I Nr. 17 (BVergG 2006) lautet wie folgt:

"Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373c, 373d und 373e der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194, durchführen oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Architektenverordnung, BGBl. Nr. 694/1995, oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995, einholen müssen, haben die entsprechenden Anträge möglichst umgehend zu stellen. Der Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Anspruch der Gleichhaltung oder eine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung muss spätestens im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vorliegen. Sie haben vor Ablauf der Angebotsfrist den Nachweis beizubringen, dass sie einen Antrag gemäß den genannten Rechtsvorschriften eingebracht haben."

Gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden.

Gemäß § 2 Abs. 1 Z. 7 GewO 1994 ist dieses Bundesgesetz (unter anderem) auf die Ausübung der schönen Künste (Abs. 11) nicht anzuwenden.

Gemäß § 2 Abs. 11 GewO 1994 ist unter Ausübung der schönen Künste im Sinne dieses Bundesgesetzes (Abs. 1 Z. 7) die eigenschöpferische Tätigkeit in einem Kunstzweig zu verstehen. Die Restaurierung von Kunstwerken ist dann Ausübung der schönen Künste, wenn für die Wiederherstellung eine nachgestaltende künstlerische Fähigkeit erforderlich ist.

3. Die Beschwerde wendet gegen den angefochtenen Bescheid im Ergebnis ein, sie habe den Nachweis einer Antragstellung nach § 373c GewO 1994 nicht beibringen müssen, da die ausgeschriebene Leistung von der Ausnahme des § 2 Abs. 1 Z. 7 iVm Abs. 11 GewO 1994 umfasst sei.

Nach dieser Bestimmung ist wesentlich, ob es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um die Ausübung der schönen Künste im Sinne des § 2 Abs. 11 zweiter Satz GewO 1994 handelt. Danach zählt die Restaurierung von Kunstwerken dann als Ausübung der schönen Künste, "wenn für die Wiederherstellung eine nachgestaltende künstlerische Fähigkeit erforderlich ist".

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 11. Dezember 1984, Zl. 84/04/0113, zur inhaltsgleichen Regelung des § 2 Abs. 9 GewO 1973 im (fallbezogenen) Zusammenhang mit Ausbesserungsarbeiten mit Furnierteilen an einem alten Kasten Folgendes ausgeführt: Der dortige Beschwerdeführer hatte darauf hingewiesen, dass sich bei der von ihm durchgeführten Restaurierung des aus dem frühen 18. Jahrhundert stammenden Kastens das Erfordernis der nachgestaltenden künstlerischen Fähigkeit für diese Tätigkeiten aus dem Zweck ergebe, durch Abstimmung des Farbtones und des Gesamtbildes den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. In Hinsicht auf diesen Einwand sah es der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis für notwendig an, sachverhaltsbezogene Feststellungen über das vom dortigen Beschwerdeführer aufgezeigte Gesamtbild der die gegenständliche Restaurierung bildenden Tätigkeiten zu treffen. Entscheidend ist nach dieser Rechtsprechung für die Beurteilung, ob eine Restaurierung von Kunstwerken als Ausübung der schönen Künste gelten kann, das Gesamtbild bzw. der Gesamtzusammenhang der die Restaurierung bildenden Tätigkeiten. Diese ist - so das zitierte Erkenntnis - einer rechtlichen Würdigung am Maßstab des (nunmehr) § 2 Abs. 11 zweiter Satz GewO 1994 zu unterziehen.

Diese Bestimmung stellt - ihrem Wortlaut nach - darauf ab, dass die Restaurierung im Sinne einer Wiederherstellung von Kunstwerken dann (als Ausübung der schönen Künste) nicht unter die Bestimmungen der GewO 1994 fällt, wenn eine "nach"gestaltende künstlerische "Fähigkeit" für die Wiederherstellung des Kunstwerkes erforderlich ist.

4. Im vorliegenden Beschwerdefall hat die belangte Behörde die Auffassung vertreten, die Leistungsbeschreibung der vorliegenden Ausschreibung zeige, dass die ausgeschriebenen Leistungen überwiegend handwerklichen Charakter aufwiesen und kein Raum für nachgestaltende künstlerische Fähigkeiten bestehe. Vielmehr seien nach Auffassung der belangten Behörde die Teilbereiche des Auftragsgegenstandes, in welchem möglicherweise Fähigkeiten eines Kunsthandwerkers von Nutzen sein könnten, mit insgesamt maximal 7 % der Gesamtleistung zu bewerten.

Diese Auffassung überzeugt nicht:

Unstrittig handelt es sich vorliegend um die Restaurierung im Sinne einer Wiederherstellung eines Kunstwerkes nach § 2 Abs. 11 zweiter Satz GewO 1994. Wesentliches Ziel der vorliegend ausgeschriebenen Maßnahmen ist es, "die Bauarbeiten derart auszuführen, dass die historisch wertvolle Bausubstanz keinen oder nur einen minimalen Schaden nimmt".

Wie im sogenannten "historisch-ästhetischen Restaurierungskonzept" (Punkt 71.00.010 Z, Unterpunkt 1.1. der Ausschreibung) dargestellt, ist es Ziel der Maßnahmen, die "historischen Kontinuitäten der Räume" in die museale Nutzung und ihre Präsentationskonzepte zu integrieren. Dabei sollen freigelegte historische Ausstattungphasen verschiedener Zeit einbezogen und neuwertige Erscheinungen der jeweiligen Oberflächen bewusst vermieden werden. Wesentliche Befundstellen (sogenannte "Schichtentrepfen") und

Musterflächen sollen daher erhalten bleiben und dort, wo sie störend wirken, - so die Ausschreibung ausdrücklich - "anpassend" zugedeckt werden.

Ein Teil des Maßnahmenkonzeptes ist es daher, die vorhandenen historischen Oberflächen "mit Anpassungen an definierte historische Raumphasen und der Erhaltung von normalen Alterungsspuren als optisch ablesbare Spuren von Geschichte" zu reinigen und zu stabilisieren. Vorgesehen ist auch eine "Orientierung der Oberflächenbehandlungen bzw. Ergänzungen und Retuschen an den historischen Techniken". So wird in der vorliegenden Ausschreibung etwa für die Deckenmalerei und die Malerei in den Spiegelfeldern des Riesensaales (Punkt 71.20.030 Z 085) neben einer (komplex beschriebenen) Durchführung einer Entsalzung auch vorgegeben, dass störende oder gefährdete Fehlstellen geschlossen und gegebenenfalls bei Angleichung des Glanzes der Kittung an jene der Umgebung farblich integriert werden. Alle restauratorischen Maßnahmen werden auch speziell durch das Bundesdenkmalamt Innsbruck begleitet.

Insgesamt zeigt daher bereits das in der Ausschreibung enthaltene "historisch-ästhetische Restaurierungskonzept", insbesondere die darin verlangte Einbeziehung von freigelegten historischen Ausstattungsphasen verschiedener Zeiten und die bewusste Vermeidung einer neuwertigen Erscheinung der jeweiligen Oberflächen (vgl. Punkt 71.00.010 der Ausschreibung), dass für die in der Ausschreibung geforderte Restaurierung eine nachgestaltende künstlerische Fähigkeit erforderlich ist. In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof im zitierten hg. Erkenntnis vom 11. Dezember 1984 die Abstimmung des Farbtones und des Gesamtbildes eines Kastens aus dem 18. Jahrhundert als nachgestaltende künstlerische Fähigkeit erfordernde Tätigkeit angesehen.

Bestätigt wird dies durch Punkt 00.11.22E Z der Ausschreibung ("Qualifikation der Mitarbeiter"), nach dem vom Bieter "Angaben zur Qualifikation für 5, dem Unternehmen angehörenden Mitarbeiter, die für die Durchführung der Leistungen vorgesehen sind" verlangt werden. Diese Angaben müssen sich auf die angebotenen Leistungen und Fachdisziplinen beziehen, wobei beispielhaft ausschließlich Restauratoren angeführt werden (z.B. Holzrestauratoren). Danach kann der Ausschreibung wohl nicht entnommen werden, der Auftraggeber habe einerseits ausschließlich Restauratoren für die Durchführung der ausgeschriebenen Maßnahmen fordern wollen und andererseits aber nachgestaltende künstlerische Fähigkeiten, die - wie oben dargestellt - bereits bei der Abstimmung des Farbtones und des Gesamtbildes eines Kunstwerkes erforderlich sind, keineswegs für erforderlich gehalten.

Auch die belangte Behörde anerkennt, dass das eingesetzte Personal nach der vorliegenden Ausschreibung jedenfalls in Teilbereichen über hochqualifizierte handwerkliche bzw. kunsthandwerkliche Fertigkeiten verfügen müsse. Sie ist jedoch der Auffassung, es komme auf das Überwiegen entweder der künstlerischen oder der handwerklichen Aspekte an und geht davon aus, im Beschwerdefall seien die Teilbereiche des Auftragsgegenstandes, in welchen möglicherweise Fähigkeiten eines Kunsthandwerkers von Nutzen sein könnten, mit insgesamt maximal 7 % der Gesamtleistung zu beziffern. Zu dieser Auffassung ist zunächst festzuhalten, dass die von der belangten Behörde hiefür angeführte hg. Rechtsprechung ausschließlich das Abgabenrecht betrifft (so ausdrücklich etwa das von der belangten Behörde zitierte hg. Erkenntnis vom 15. September 1993, Zl. 91/13/0237). Hingegen stellt § 2 Abs. 11 GewO 1994 - wie oben dargelegt - entscheidend darauf ab, dass eine "nach"gestaltende künstlerische "Fähigkeit" für die Wiederherstellung des Kunstwerkes erforderlich ist. Selbst wenn eine solche nachgestaltende künstlerische Fähigkeit nur im Ausmaß von 7 % für die Restaurierung des vorliegenden (Bau)Kunstwerkes erforderlich sei, so ist sie dennoch im Sinne des § 2 Abs. 11 GewO 1994 zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung erforderlich, sodass die Tatbestandsmerkmale dieser Ausnahmebestimmung erfüllt sind.

5. Ausgehend davon erweist sich die oben dargestellte Auffassung der belangten Behörde, das Angebot der Beschwerdeführerin wäre auszuschneiden gewesen, als inhaltlich rechtswidrig. Bei diesem Ergebnis auf Grund des innerstaatlichen Rechts war auf das in der Beschwerde enthaltene Ersuchen um Vorabentscheidung an den EuGH nicht näher einzugehen.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Das auf einen Schriftsatzaufwand in der Höhe von EUR 1.800,- samt zusätzlicher Umsatzsteuer gerichtete Kostenbegehren war abzuweisen, weil als Schriftsatzaufwand nur der in der zitierten Verordnung bestimmte Pauschalbetrag gebührt, in welchem die Umsatzsteuer bereits enthalten ist.

Wien, am 25. Jänner 2011