



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser sowie die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der B Gesellschaft m.b.H. in B, vertreten durch die Hochleitner Rechtsanwälte GmbH in 4320 Perg, Herrenstraße 3, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 23. März 2023, Zl. 405-5/110/1/23-2023, betreffend ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Stadtgemeinde S, vertreten durch MMag. Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Nonntaler Hauptstraße 58/1; 2. M GmbH in B, vertreten durch Mag. Ing. Peter Huber, Rechtsanwalt in 5400 Hallein, Molnarplatz 1), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 1. Die Stadtgemeinde S (erstmitbeteiligte Partei) hat als Auftraggeberin im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich die Vergabe eines Bauauftrags „Lieferung und Montage Pfosten-Riegel-Fassade“ im Zusammenhang mit einem näher umschriebenen Bauvorhaben ausgeschrieben. Die Revisionswerberin und die M GmbH (zweitmitbeteiligte Partei, präsuntive Zuschlagsempfängerin) legten jeweils ein Angebot.
- 2 Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 13. Februar 2023 wurde der (zweitgereihten) Revisionswerberin mitgeteilt, es sei beabsichtigt, den Zuschlag der zweitmitbeteiligten Partei zu erteilen.
- 3 Mit Nachprüfungsantrag vom 23. Februar 2023 beantragte die Revisionswerberin die Nichtigkeitserklärung dieser Zuschlagsentscheidung. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, es fehle der zweitmitbeteiligten Partei - ausgehend davon, dass der Anteil der Tätigkeiten aus dem Gewerbe Holzbau-Meister am gegenständlichen Auftrag 18,3 % betrage - an der erforderlichen gewerberechtlichen Befugnis und ihr Angebot wäre daher auszuschneiden gewesen. Darüber hinaus stellte die Revisionswerberin mehrere Eventualanträge.



- 4 Sowohl die Auftraggeberin als auch die präsuntive Zuschlagsempfängerin erstatteten jeweils eine Stellungnahme, in der sie vorbrachten, dass die gegenständlichen Holzbauarbeiten weniger als 15 % des Auftragsgegenstandes umfassen würden.
- 5 **2.** Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 23. März 2023 wies das Landesverwaltungsgericht Salzburg den Antrag der Revisionswerberin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab und die Eventualanträge zurück. Die Revision wurde für nicht zulässig erklärt.
- 6 Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung im Wesentlichen folgenden Sachverhalt zugrunde: Ausgeschrieben sei vorliegend eine Konstruktion aus Holz- und Glaselementen sowie dazwischenliegenden Metallelementen, wobei die Herstellung von Konstruktionen eines Stahl- und Metallbaus im Vordergrund stünden. Die zweitmitbeteiligte Partei verfüge über die aufrechten Gewerbeberechtigungen Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau sowie (eingeschränkt) Glaser. Innerhalb ihres Angebotes entfielen 11,45 % des Gesamtpreises auf Holzbau-Arbeiten, wobei sie vorgefertigte Holzelemente zukaufe, diese Elemente (ohne eigene Weiterbearbeitung) auf die Baustelle liefern und dort von ausgebildeten Metalltechnikern montieren lasse. Innerhalb des Angebotes der Revisionswerberin entfielen 18,3 % der Gesamtsumme auf das Gewerbe „Holzbau-Meister“, wobei die Revisionswerberin nur das Material zukaufe und die Holzelemente selbst in ihrem Betrieb verarbeite.
- 7 Weiters führte das Verwaltungsgericht aus, dass die Aufteilung der einzelnen Leistungspositionen in den Angeboten auf die Bereiche Metall-, Glas- und Holzbau im Hinblick auf die Erörterung der Angebote und der Kalkulationsgrundlagen in der mündlichen Verhandlung plausibel erscheine. Der prozentuelle Unterschied zwischen den beiden Angeboten in Bezug auf das Gewerbe Holzbau-Meister gründe sich auf unterschiedliche kalkulatorische Ansätze und auf den Umstand, dass die zweitmitbeteiligte Partei - im Gegensatz zur Revisionswerberin - die Holzelemente zukaufe und nicht selbst in ihrem Betrieb verarbeite. Die diesbezüglichen Angaben der Auftraggeberin und der zweitmitbeteiligten Partei seien schlüssig und in Einklang mit dem





vorgelegten Angebot gewesen. Dies werde auch dadurch bestätigt, dass die Überprüfung der Kalkulation durch die Auftraggeberin einen auf den Holzbau entfallenden Anteil von 12,66 % ergeben habe. Ebenso sei plausibel dargelegt worden, dass die Montage der Fassade durch ausgebildete Metalltechniker erfolgen werde. Schließlich hätte auch ein Vergleich sämtlicher abgegebenen Angebote gezeigt, dass bei einzelnen Positionen Unterschiede im (teilweise hohen) zweistelligen Prozentbereich bestünden, während die Gesamtsumme nur maximal 7 % voneinander abweiche. Hinweise auf eine spekulative Preisgestaltung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. eine Kalkulation „zugunsten“ des Gewerbes Metallbau hätten sich im Zuge der vertieften Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin nicht ergeben.

- 8 In der rechtlichen Beurteilung prüfte das Verwaltungsgericht das Vorbringen der Revisionswerberin, die Gewerbeberechtigungen der zweitmitbeteiligten Partei würden das geforderte Leistungsbild nicht abdecken und die in § 32 Abs. 1a GewO 1994 normierten Grenzwerte würden (im Hinblick auf die Holzbauarbeiten) überschritten. Diesbezüglich verwies das Verwaltungsgericht auf näher zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 (idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 94/2017), wonach es (für das Vorliegen ergänzender Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang) quantitativ auf den Umfang der Leistung ankomme. Dabei sei auf die jeweils eigene Leistung des Gewerbetreibenden und damit auf den Angebotspreis des Bieters abzustellen. Durch die Novelle zur Gewerbeordnung 1994, BGBl. I Nr. 94/2017, sei das diesbezügliche Nebenrecht neu geregelt bzw. erweitert worden, wobei nunmehr ergänzende Leistungen reglementierter Gewerbe bis zu 15 % der gesamten Leistung ausmachen dürften. Das Verwaltungsgericht bejahte die Einhaltung der 15 %-Grenze sowie das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 32 Abs. 1a und 2 GewO 1994 (wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung; Einhaltung des Grenzwertes von 30 % des im Wirtschaftsjahr erzielten Gesamtumsatzes, Verrichtung der Tätigkeit durch ausgebildete und erfahrene Fachkräfte). Im Ergebnis sei die zweitmitbeteiligte Partei somit gewerberechtlich befugt, die im Leistungsverzeichnis abgebildeten Leistungen vollständig zu erbringen. Der Antrag auf Nichtigerklärung sei daher abzuweisen gewesen.



- 9 Die Eventualanträge würden sich nicht auf gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinn des BVergG 2018 beziehen und seien daher zurückzuweisen gewesen. Die Entscheidung über den Antrag auf
- zurückzuweisen gewesen. Die Entscheidung über den Antrag auf
- Gebührenersatz wurde einer gesonderten Entscheidung durch Einzelrichter vorbehalten.
- 10 **3.** Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.
- 11 **4.** Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 12 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.
- 13 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.
- 14 **5.1.** Die Revisionswerberin macht in ihrem Zulässigkeitsvorbringen geltend, sie habe zum Beweis dafür, dass der Leistungsanteil der Holzbauarbeiten in der gegenständlichen Ausschreibung 18 % betrage, die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt. Das Verwaltungsgericht sei für seine Feststellung, dass der auf den Holzbau entfallende Anteil 12,66 % betrage, der Darstellung der zweitmitbeteiligten Partei gefolgt. Bei Einholung eines Sachverständigenbeweises wäre das Verwaltungsgericht zur Ansicht gelangt, dass der Holzbauanteil (an der ausgeschriebenen Leistung) bei deutlich mehr als 15 % liege. Mit der Unterlassung der Aufnahme des beantragten Beweises



habe das Verwaltungsgericht gegen den Grundsatz der Ermittlung der materiellen Wahrheit verstoßen.

15 **5.2.** Vorauszuschicken ist zunächst, dass die Revision kein Vorbringen zur Zurückweisung der Eventualanträge enthält, weshalb auf diesen Abspruch nicht weiter einzugehen ist.

16 **5.3.** Zur hier in Rede stehenden Frage der Notwendigkeit einer Beweisaufnahme hat der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt festgehalten, dass Beweisanträgen grundsätzlich zu entsprechen ist, wenn die Aufnahme des darin begehrten Beweises im Interesse der Wahrheitsfindung notwendig erscheint. Dementsprechend dürfen Beweisanträge nur dann abgelehnt werden, wenn die Beweistatsachen als wahr unterstellt werden, es auf sie nicht ankommt oder das Beweismittel an sich ungeeignet ist, über den Gegenstand der Beweisaufnahme einen Beweis zu liefern und damit zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts beizutragen. Die Beurteilung, ob eine Beweisaufnahme im Einzelfall notwendig ist, obliegt dem Verwaltungsgericht. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG läge diesbezüglich nur dann vor, wenn diese Beurteilung grob fehlerhaft erfolgt wäre und zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Ergebnis geführt hätte (vgl. etwa VwGH 11.1.2024, Ra 2023/02/0223, Rn. 6; VwGH 25.4.2018, Ra 2018/09/0005 und 0006, Rn. 11; sowie - iZm einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren - VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0022 und 0023, Rn. 21; jeweils mwN).

17 Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren festgehalten, dass für die Rechtsfrage der Subsumtion von Leistungsbeschreibungen unter die Bestimmungen der Gewerbeberechtigung die Zuziehung eines Sachverständigen ohne weiteres nicht ersichtlich ist (vgl. VwGH 12.6.2023, Ra 2020/04/0077, Rn. 31). Auch für die Auslegung einer Ausschreibung hat der Verwaltungsgerichtshof die Beiziehung eines Sachverständigen nicht generell für erforderlich erachtet, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. VwGH 12.9.2016, Ra 2016/04/0063, Rn. 8, mwN).



- 18 **5.4.** Eine (im Sinn der dargestellten Rechtsprechung) grob fehlerhafte oder unvertretbare Beurteilung durch das Verwaltungsgericht vermag die Revisionswerberin fallbezogen aus nachstehenden Erwägungen nicht aufzuzeigen:
- 19 Nach dem vorliegend maßgeblichen § 32 Abs. 1a GewO 1994 idF BGBl. I Nr. 94/2017 steht Gewerbetreibenden das Erbringen von Leistungen anderer Gewerbe zu, wenn diese Leistungen die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Dabei dürfen die ergänzenden Leistungen insgesamt bis zu 30 % des im Wirtschaftsjahr vom Gewerbetreibenden erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen. Innerhalb dieser Grenze dürfen auch ergänzende Leistungen reglementierter Gewerbe erbracht werden, wenn sie im Fall von Zielschuldverhältnissen bis zur Abnahme durch den Auftraggeber oder im Fall von Dauerschuldverhältnissen bis zur Kündigung der ergänzten eigenen Leistungen beauftragt werden und sie außerdem bis zu 15 % der gesamten Leistung ausmachen. Strittig ist im vorliegenden Fall einzig die Einhaltung der 15 %-Grenze bzw. die Notwendigkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens für diese Beurteilung.
- 20 Diesbezüglich ist zunächst auf die „Vorgängerregelung“ des § 32 Abs. 1 Z 1 letzter Fall GewO 1994 (idF vor der GewO-Novelle 2017, BGBl. I Nr. 94) zu verweisen, der zufolge Gewerbetreibenden das Recht zustand, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Frage, an welchem Maßstab das Vorliegen von Leistungen „in geringem Umfang“ im Sinn des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 (alt) zu messen ist, festgehalten, es sei auf die jeweils eigene Leistung des Gewerbetreibenden und somit im Beschwerdefall auf den Angebotspreis der Beschwerdeführerin für die Gesamtleistung abzustellen. Daher sei der prozentuelle Anteil der strittigen Leistungen an der Auftragssumme des betroffenen Gewerbetreibenden maßgeblich. Es komme nicht qualitativ auf die Wesentlichkeit, sondern quantitativ auf den Umfang der Leistung an. Im Beschwerdefall sei daher die strittige ergänzende Leistung (der Neuerrichtung der Tunnelentlüftungsanlage) in Vergleich mit der Angebotssumme der Beschwerdeführerin für die





Gesamtleistung (der Sanierung des Tunnels) zu setzen (vgl. zu allem VwGH 5.11.2010, 2007/04/0210, mwN). Die Frage, ob es sich um Leistungen in geringem Umfang handelte, war somit in Relation zur Gesamtangebotssumme (des gegenständlichen Vergabeverfahrens) zu prüfen (vgl. VwGH 15.3.2017, Ra 2016/04/0037, Rn. 15, mwN).

- 21 Die Erläuterungen zur GewO-Novelle 2017 halten diesbezüglich fest, dass sich das Nebenrecht, in wirtschaftlich sinnvoller Ergänzung zur eigenen Leistung auch in geringem Umfang Leistungen aus anderen Gewerben erbringen zu können, als zu eng erwiesen hat und auch wiederholt Unsicherheit darüber aufgetreten ist, welcher konkrete Anteil an wirtschaftlich sinnvoll ergänzenden Tätigkeiten konkret zulässig war. Es soll daher die Bindung an den „geringen Umfang“ durch die Bindung an konkrete Prozentgrenzen ersetzt werden. Zudem führen die Erläuterungen aus, dass für die Bildung des Verhältnisses zwischen Tätigkeiten, die aus dem Gewerbeumfang stammen, und Tätigkeiten, die aus Nebenrechten herkommen, insofern kein Formalismus vorgesehen ist, als bewusst keine Bewertungsregeln dafür geschaffen werden, in welchen Maßeinheiten die jeweiligen Tätigkeiten ausgedrückt werden müssen. Die zu betrachtenden gewerblichen Tätigkeiten können daher beispielsweise nach Zeitaufwand zueinander in Verhältnis gesetzt werden; in gleicher Weise ist es etwa aber auch zulässig, die gewerblichen Tätigkeiten entsprechend ihrem jeweiligen Auftragswert zueinander in Verhältnis zu setzen (siehe zu allem RV 1475 BlgNR 25. GP 1, 6). Im Ausschussbericht heißt es dazu, dass für ergänzende Leistungen aus reglementierten Gewerben eine „Grenze von max. 15 % pro Auftrag“ vorgesehen ist (siehe AB 1752 BlgNR 25. GP 6).
- 22 Da nach diesen Ausführungen in den Erläuterungen die Regelung des § 32 Abs. 1a GewO 1994 an die Stelle der Regelung des § 32 Abs. 1 Z 1 letzter Fall GewO 1994 (alt) und der Verweis auf konkrete Prozentgrenzen an die Stelle des Verweises auf den geringen Umfang getreten ist, hat der Verwaltungsgerichtshof keine Bedenken dagegen, dass das Verwaltungsgericht die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen von Leistungen in geringem Umfang nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 (alt) auf die Prüfung der Einhaltung der 15 %-Grenze nach



§ 32 Abs. 1a GewO 1994 übertragen hat. In beiden Fällen wird (anders als hinsichtlich der auf den Gesamtumsatz des Wirtschaftsjahres abstellenden 30 %-Grenze des § 32 Abs. 1a GewO 1994) auf einen Anteil an einer gesamten Leistung bzw. einer Auftragssumme abgestellt. Dass die konkret erfolgte Einschätzung eines Anteils der Holzbauarbeiten von unter 15 % an der Gesamtauftragssumme durch das Verwaltungsgericht - gestützt auf das von der zweitmitbeteiligten Partei gelegte Angebot und die damit (im Wesentlichen) in Einklang stehende Überprüfung der Kalkulation durch die Auftraggeberin - in unvertretbarer Weise erfolgt wäre, vermag die Revisionswerberin nicht aufzuzeigen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass nach den zitierten Erläuterungen für die Bildung des Verhältnisses zwischen den in Rede stehenden Tätigkeiten bewusst keine (strikten) Bewertungsregeln geschaffen werden sollten. Der Hinweis der Revisionswerberin darauf, dass in ihrem Angebot der Anteil der Holzbauarbeiten mehr als 15 % ausmache, vermag daran nichts zu ändern, weil es nach der oben dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf den Leistungsanteil und den Angebotspreis des (jeweiligen) Gewerbetreibenden (hier somit der zweitmitbeteiligten Partei) ankommt. Zudem ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht diesbezüglich die unterschiedlichen kalkulatorischen Ansätze und Vorgehensweisen der beiden betroffenen Bieter in Anschlag gebracht hat.

23 Ausgehend davon vermag die Revisionswerberin aber auch nicht aufzuzeigen, dass die Beurteilung des Verwaltungsgerichtes, wonach die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht geboten sei, fallbezogen grob fehlerhaft erfolgt wäre.

24 **6.** In der Revision wird somit keine Rechtsfrage aufgeworfen, der im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme.

25 Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

W i e n , am 19. April 2024

