

# TE Lvwg Erkenntnis 2024/5/3 VGW-123/077/4184/2024

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.05.2024

## Entscheidungsdatum

03.05.2024

## Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

B-VG Art 15

GewO §1 Abs2

GewO 1994 §1 Abs4

GewO 1994 §1 Abs6

GewO 1994 §2 Abs1

GewO 1994 §32

1. B-VG Art. 15 heute
2. B-VG Art. 15 gültig ab 27.02.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2024
3. B-VG Art. 15 gültig von 01.02.2019 bis 26.02.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 14/2019
4. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.2014 bis 31.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
5. B-VG Art. 15 gültig von 01.09.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
6. B-VG Art. 15 gültig von 01.09.2012 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 49/2012
7. B-VG Art. 15 gültig von 01.07.2012 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
8. B-VG Art. 15 gültig von 01.10.2011 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2011
9. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.2004 bis 30.09.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
10. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1999
11. B-VG Art. 15 gültig von 01.07.1983 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 175/1983
12. B-VG Art. 15 gültig von 28.04.1975 bis 30.06.1983 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 316/1975
13. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.1975 bis 27.04.1975 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
14. B-VG Art. 15 gültig von 21.07.1962 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 205/1962
15. B-VG Art. 15 gültig von 18.07.1962 bis 20.07.1962 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 215/1962
16. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.1961 bis 17.07.1962 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 148/1960
17. B-VG Art. 15 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1960 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 232/1945
18. B-VG Art. 15 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. GewO 1994 § 1 heute

2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018
1. GewO 1994 § 1 heute
2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018
1. GewO 1994 § 2 heute
2. GewO 1994 § 2 gültig ab 03.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017
3. GewO 1994 § 2 gültig von 18.07.2017 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
4. GewO 1994 § 2 gültig von 12.08.2016 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2016
5. GewO 1994 § 2 gültig von 10.07.2015 bis 11.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2015
6. GewO 1994 § 2 gültig von 29.05.2013 bis 09.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
7. GewO 1994 § 2 gültig von 14.09.2012 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
8. GewO 1994 § 2 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
9. GewO 1994 § 2 gültig von 30.04.2011 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2010
10. GewO 1994 § 2 gültig von 01.01.2010 bis 29.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
11. GewO 1994 § 2 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
12. GewO 1994 § 2 gültig von 01.11.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
13. GewO 1994 § 2 gültig von 01.01.2007 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
14. GewO 1994 § 2 gültig von 24.01.2006 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2006
15. GewO 1994 § 2 gültig von 01.09.2005 bis 23.01.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2005
16. GewO 1994 § 2 gültig von 15.01.2005 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
17. GewO 1994 § 2 gültig von 30.11.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
18. GewO 1994 § 2 gültig von 01.08.2002 bis 29.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
19. GewO 1994 § 2 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
20. GewO 1994 § 2 gültig von 24.07.2002 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
21. GewO 1994 § 2 gültig von 02.12.2000 bis 23.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2000
22. GewO 1994 § 2 gültig von 01.06.1998 bis 01.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 116/1998
23. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1997 bis 31.05.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
24. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
25. GewO 1994 § 2 gültig von 17.10.1995 bis 30.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 691/1995
26. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1994 bis 16.10.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
27. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1994 bis 30.06.1994
28. GewO 1994 § 2 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1994
1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Drin Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.a Mandl über den Antrag der A., vertreten durch Rechtsanwälte OG, Rechtsanwalt in Wien, B.-gasse, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 25.03.2024 betreffend das Vergabeverfahren „Stadt Wien - Gebietsbetreuung Stadterneuerung (GB\*) - Los ...: GB\* ..., ... und ... Bezirk“, der Stadt Wien, Magistratsabteilung 25, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, Wien, C.-gasse, am 18.04.2024 durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20.03.2024 wird abgewiesen römisch eins. Der

Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20.03.2024 wird abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragenrömisches II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.römisches III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

#### Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 25 (im Folgenden: Antragsgegnerin), ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellerbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend „Gebietsbetreuung Stadterneuerung“. Das Vergabeverfahren ist in 6 Gebietslose geteilt. Das Nachprüfungsverfahren betrifft das Gebietslos ... betreffend den ..., ... und den ... Wiener Gemeindebezirk.

Die A. (im Folgenden: Antragstellerin) ist Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren und hat ein LBO gelegt.

Die Antragsgegnerin hat am 20.03.2024 eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D. GmbH, E. GmbH und F. (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) erlassen.

Die Antragstellerin hat gegen diese Zuschlagsentscheidung rechtzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, ihr Interesse am Erhalt des Auftrags und den ihr drohenden Schaden dargelegt sowie die Pauschalgebühren entrichtet.

Die einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 28.03.2024, VGW-124/077/4186/2024, erlassen.

In ihrem Nachprüfungsantrag brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe für ihr Mitglied Verein F. als Leistungsinhalt im Auftragsfall die Beistellung von Schlüsselpersonal für Sozialarbeit angegeben. Der Verein F. verfüge über Gewerbeberechtigungen für Elektrotechnik, für Gastgewerbe in der Betriebsart Buffet und für Tischler. Keine der drei Gewerbeberechtigungen sei einschlägig für den konkreten Leistungsinhalt.

Auch ein gemeinnütziger Verein habe im Fall einer Beteiligung an einer öffentlichen Auftragsvergabe eine Befugnis nachzuweisen. Vereine seien ausdrücklich in den Geltungsbereich der GewO 1994 einbezogen (§ 1 Abs. 6 GewO 1994). Im gegenständlichen Fall habe das F. als Mitglied der Bietergemeinschaft eine Befugnis für den konkret zufallenden Leistungsteil vorzuweisen.Auch ein gemeinnütziger Verein habe im Fall einer Beteiligung an einer öffentlichen Auftragsvergabe eine Befugnis nachzuweisen. Vereine seien ausdrücklich in den Geltungsbereich der GewO 1994 einbezogen (Paragraph eins, Absatz 6, GewO 1994). Im gegenständlichen Fall habe das F. als Mitglied der Bietergemeinschaft eine Befugnis für den konkret zufallenden Leistungsteil vorzuweisen.

Zudem sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Verein F. drei Gewerbeberechtigungen halte, obwohl seine gesamte Tätigkeit ohne Ertragsabsicht erfolgen würde und daher nach eigenem Vorbringen keine Gewerbeberechtigung erforderlich sei. Zweifelsfrei habe der Verein F. eine Ertragserzielungsabsicht hinsichtlich dieser drei Gewerbeberechtigungen. Auch wenn die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zum Selbstkostenpreis und ohne jedweden sonstigen Vorteil verkauft werden, sei bei einer Gesamtbetrachtung eine Ertragsaussicht nicht abzustreiten. Die GewO 1994 kenne keine teilweisen Ausnahmebestimmungen. Es bestünde nicht die Möglichkeit, einzelne Leistungen ohne Ertragserzielungsabsicht und damit ohne Gewerbeberechtigung zu erbringen.

Mit der Erklärung, dass ein Mitglied der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Leistungen erbringen würde, für welche es nicht befugt sei, würde es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der beruflichen Zuverlässigkeit mangeln.

Der Gesetzgeber habe das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit im Zuge einer Teilnahme an einer Ausschreibung bereits mit der Ausübung des Gewerbes gleichgesetzt (§ 1 Abs. 4 GewO 1994). Die Behauptung, man hätte keinen Gewinn kalkuliert, reiche nicht aus, um sich der grundsätzlichen Anwendung des Gewerberechts zu entziehen. Es komme nicht auf einen Gewinn in Geld an, sondern reiche es aus, wenn die Tätigkeit allgemein einen wirtschaftlichen Vorteil bringe. Der Begriff der Ertragserzielungsabsicht sei weit auszulegen und erfasse jeden sonstigen wirtschaftlichen Vorteil, sohin sämtliche sonstigen den Geschäftszielen dienlichen positiven Effekte. Im Falle der Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde der Verein F. ein weiteres

Referenzprojekt erhalten. Mit dem gegenständlichen Auftrag als Referenzprojekt wäre dem Verein F. künftig die Möglichkeit eröffnet, sich vorteilhaft an öffentlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Der Zuschlag an die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde daher zu einem Wettbewerbsvorteil und somit zu einem direkten wirtschaftlichen Vorteil führen. Der Gesetzgeber habe das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit im Zuge einer Teilnahme an einer Ausschreibung bereits mit der Ausübung des Gewerbes gleichgesetzt (Paragraph eins, Absatz 4, GewO 1994). Die Behauptung, man hätte keinen Gewinn kalkuliert, reiche nicht aus, um sich der grundsätzlichen Anwendung des Gewerberechts zu entziehen. Es komme nicht auf einen Gewinn in Geld an, sondern reiche es aus, wenn die Tätigkeit allgemein einen wirtschaftlichen Vorteil bringe. Der Begriff der Ertragserzielungsabsicht sei weit auszulegen und erfasse jeden sonstigen wirtschaftlichen Vorteil, sohin sämtliche sonstigen den Geschäftszielen dienlichen positiven Effekte. Im Falle der Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde der Verein F. ein weiteres Referenzprojekt erhalten. Mit dem gegenständlichen Auftrag als Referenzprojekt wäre dem Verein F. künftig die Möglichkeit eröffnet, sich vorteilhaft an öffentlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Der Zuschlag an die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde daher zu einem Wettbewerbsvorteil und somit zu einem direkten wirtschaftlichen Vorteil führen.

Darüber hinaus sei es gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1994 gleichgültig, für welche Zwecke der Ertrag bestimmt sei. Erfasst seien daher auch Gewinne zu fremden Zwecken, so etwa zu Gunsten von Dritten. Wenn der Verein F. keinen Gewinn kalkuliere, so komme der aus dem gegenständlichen Auftrag erwirtschaftete Vorteil zwangsläufig den anderen Mitgliedern der Bietergemeinschaft zugute, da die beiden anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft als gewerbliche bzw. freiberufliche Unternehmen für die Leistungserbringung entlohnt würden. Die Tätigkeit eines Mitglieds der Bietergemeinschaft könne nicht isoliert unter Missachtung der wirtschaftlichen Wechselwirkung zu den weiteren Leistungserbringern gesehen werden. Darüber hinaus sei es gemäß Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1994 gleichgültig, für welche Zwecke der Ertrag bestimmt sei. Erfasst seien daher auch Gewinne zu fremden Zwecken, so etwa zu Gunsten von Dritten. Wenn der Verein F. keinen Gewinn kalkuliere, so komme der aus dem gegenständlichen Auftrag erwirtschaftete Vorteil zwangsläufig den anderen Mitgliedern der Bietergemeinschaft zugute, da die beiden anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft als gewerbliche bzw. freiberufliche Unternehmen für die Leistungserbringung entlohnt würden. Die Tätigkeit eines Mitglieds der Bietergemeinschaft könne nicht isoliert unter Missachtung der wirtschaftlichen Wechselwirkung zu den weiteren Leistungserbringern gesehen werden.

Eine getrennte Betrachtung der Leistungen zwischen den Mitgliedern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei rechtlich nicht nachvollziehbar. Bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin handle es sich um eine Bietergemeinschaft, die im Auftragsfall solidarisch die vertragsgemäße Leistung schulde. Die Tätigkeit des Vereins F. werde nicht gesondert fakturiert. Auch die Abrechnung erfolge als Summe aller Leistungen und damit inklusive der kalkulierten Gewinne aller Mitglieder der Bietergemeinschaft.

Das Anbieten bzw. das Ausüben einer gewerblichen Tätigkeit, ohne die hierfür erforderliche Berechtigung zu besitzen, stelle einen Widerspruch zu geltenden Gesetzen dar und werde im Sinne des § 366 GewO 1994 geahndet. Bieter, die sich über geltende gesetzliche Bestimmungen bereits im Zuge der Angebotslegung hinwegsetzen, verlören damit die nötige vergaberechtliche Zuverlässigkeit. Das Anbieten bzw. das Ausüben einer gewerblichen Tätigkeit, ohne die hierfür erforderliche Berechtigung zu besitzen, stelle einen Widerspruch zu geltenden Gesetzen dar und werde im Sinne des Paragraph 366, GewO 1994 geahndet. Bieter, die sich über geltende gesetzliche Bestimmungen bereits im Zuge der Angebotslegung hinwegsetzen, verlören damit die nötige vergaberechtliche Zuverlässigkeit.

Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin sei der Verein F. nach der Satzung von vornherein so konzipiert, dass er nur aufgrund von Subventionen seine Tätigkeit aufrechterhalten könne und auf solche auch angewiesen sei. Der subventionierte Verein F. würde somit mit Fremdmitteln, die er nicht erwirtschaftet habe, in einen Wettbewerb zu Unternehmen treten, die diese Unterstützung nicht erhalten würden.

Gemäß den Statuten des Vereins F. sei zudem festgelegt, dass Ertragnisse seiner Unternehmungen zur Finanzierung der eigenen Tätigkeit verwendet würden. Beispielhaft sei der Verein F. Alleineigentümer der G. GmbH, welche nicht gemeinnützig sei und regelmäßig Gewinne erziele.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin hätten sich an einem Vergabeverfahren beteiligt und seien als gleichwertige Wirtschaftsteilnehmer in einen fairen Wettbewerb getreten. Es würde dem Gebot der Gleichheit gemäß Art. 7 B-VG und Art. 2 StGG widersprechen, wenn für dieselbe angebotene Leistung unterschiedliche Maßstäbe

in den damit zu übernehmenden Pflichten herangezogen würden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin hätten sich an einem Vergabeverfahren beteiligt und seien als gleichwertige Wirtschaftsteilnehmer in einen fairen Wettbewerb getreten. Es würde dem Gebot der Gleichheit gemäß Artikel 7, B-VG und Artikel 2, StGG widersprechen, wenn für dieselbe angebotene Leistung unterschiedliche Maßstäbe in den damit zu übernehmenden Pflichten herangezogen würden.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auszuschneiden, weil der Angebotspreis teils durch (Quer)Finanzierung von Subventionen gestützt werde, welche die Mitbewerberin nicht erhalte. Zudem erspare sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin gesetzlich vorgeschriebene Kammerumlagen durch Nichterlangung einer Gewerbeberechtigung.

Darüber hinaus würde eine unzulässige nachträgliche Aufklärung durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorliegen. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei es im Nachprüfungsverfahren zur Zahl VGW-123/077/15212/2023 auf ausdrücklichen Vorhalt des Verwaltungsgerichts nicht gelungen, eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 wegen fehlender Ertragserzielungsabsicht darzulegen. Es würde der vergaberechtlich gebotenen Gleichbehandlung widersprechen, wenn ein bestimmter Bieter mehrfach zur Nachweisführung angeleitet werde, bis er die vermeintlich richtige Erklärung liefern würde; dies vor allem im Hinblick auf den Umstand, dass der nunmehrige Nachweis wegen eines entsprechenden Rechtsvorbringens bereits im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren zu erbringen gewesen wäre. Es würde verwundern, wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin in einem anhängigen Gerichtsverfahren die ausdrücklich behauptete fehlende Ertragserzielungsabsicht nicht darlegen könne, Wochen später jedoch sehr wohl. Daraus könne nur abgeleitet werden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin mehr Zeit benötigt habe, um ihr Angebot ins rechte Licht zu rücken.

Eine nochmalige Mängelbehebung eines bereits gerichtlich erörterten und entschiedenen Sachverhalts würde den Ermessensspielraum des Auftraggebers überschreiten und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen materiellen Wettbewerbsvorteil bringen. Das Vorgehen würde dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs widersprechen, da das verpflichtende Ausscheiden dem Schutz Dritter diene. Es könne demzufolge der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht zugestanden werden, so lange nachzubessern, bis ein rechtskonformes Angebot vorliege.

Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Vorhalt im Nachprüfungsverfahren die zum Nachweis der Eignung geforderten Nachweise bzw. Bescheinigungen nicht vorgelegt habe, sei der obligatorische Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 Ziffer 10 BVergG 2018 - ohne Ermessensspielraum - verwirklicht. Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Vorhalt im Nachprüfungsverfahren die zum Nachweis der Eignung geforderten Nachweise bzw. Bescheinigungen nicht vorgelegt habe, sei der obligatorische Ausschlussgrund gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 10 BVergG 2018 - ohne Ermessensspielraum - verwirklicht.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin replizierte mit Schriftsatz vom 08.04.2024 im Wesentlichen wie folgt:

Vorauszuschicken sei, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 15.02.2024, VGW-123/077/15212/2023, mit dem die Zuschlagsentscheidung vom 24.11.2023 für nichtig erklärt worden sei, eine Beschwerde an den VfGH eingebracht und sich darin gegen die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts Wien in diesem Erkenntnis gewandt habe, wonach die Tätigkeit der sozialen Arbeit „der Gewerbeordnung unterliege“. Nach der im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits dargelegten Rechtsansicht würde soziale Arbeit gemäß der Versteinerungstheorie keine Angelegenheit des Gewerberechts im Sinne des Art. 10 B-VG darstellen und gemäß Art. 15 B-VG in die Länderkompetenz fallen. Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 15.02.2024 bzw. die darin enthaltene Rechtsansicht, dass es sich bei der sozialen Arbeit um eine Tätigkeit handle, welchen den Bereich des Gewerberechts falle, sei daher nicht rechtskräftig. Vorauszuschicken sei, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 15.02.2024, VGW-123/077/15212/2023, mit dem die Zuschlagsentscheidung vom 24.11.2023 für nichtig erklärt worden sei, eine Beschwerde an den VfGH eingebracht und sich darin gegen die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts Wien in diesem Erkenntnis gewandt habe, wonach die Tätigkeit der sozialen Arbeit „der Gewerbeordnung unterliege“. Nach der im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits dargelegten Rechtsansicht würde soziale Arbeit gemäß der Versteinerungstheorie keine Angelegenheit des Gewerberechts im Sinne des Artikel 10, B-VG darstellen und gemäß

Artikel 15, B-VG in die Länderkompetenz fallen. Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 15.02.2024 bzw. die darin enthaltene Rechtsansicht, dass es sich bei der sozialen Arbeit um eine Tätigkeit handle, welchen den Bereich des Gewerbebereichs falle, sei daher nicht rechtskräftig.

Darüber hinaus würde die nunmehr gegenständliche Zuschlagsentscheidung den Vorgaben des Verwaltungsgerichts Wien aus dem obgenannten Erkenntnis entsprechen. Es sei von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nachgewiesen worden, dass das F. seine Leistungen ohne Ertragserzielungsabsicht kalkuliert habe.

Im Übrigen würde die präsuntive Zuschlagsempfängerin weiterhin davon ausgehen, dass das F. für die von ihr zu erbringende soziale Arbeit aus verfassungsrechtlichen Gründen der Kompetenzverteilung keine Gewerbeberechtigung benötigen würde, da es sich bei sozialer Arbeit um eine Ländermaterie handeln würde.

Darüber hinaus brachte die präsuntive Zuschlagsempfängerin detailliert vor, dass die Rechtsausführungen der Antragstellerin jeweils unzutreffend seien.

Die Antragsgegnerin hat auf den Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 08.04.2024 im Wesentlichen Folgendes repliziert:

Soweit der Antragsgegnerin bekannt sei, habe die präsuntive Zuschlagsempfängerin gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 15.02.2024, Zahl VGW-123/077/15212/2023, Beschwerde an den VfGH eingebracht und sei das Beschwerdeverfahren noch anhängig. Das zitierte Erkenntnis sei somit nicht rechtskräftig. Die Antragsgegnerin vertrete nach wie vor die Rechtsansicht, dass es sich bei sozialer Arbeit um kein Gewerbe handle. Ein Gewerbe „soziale Arbeit“ existiere nicht, weshalb auch keine Gewerbeberechtigung für soziale Arbeit erworben werden könne. Der vom F. zu erbringende Leistungsteil falle nicht in den Anwendungsbereich der GewO 1994.

Gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG würden Angelegenheiten, die nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen sind, im selbständigen Wirkungsbereich der Länder verbleiben. Es sei daher zu prüfen, ob zum Versteinerungszeitpunkt die Tätigkeit der sozialen Arbeit ausdrücklich einem Kompetenzbereich des Bundes zugeordnet gewesen sei. Zum Versteinerungszeitpunkt sei die Tätigkeit der sozialen Arbeit keine Angelegenheit gewesen, die ausdrücklich dem Bund zugeordnet gewesen sei. Ein Gewerbe der sozialen Arbeit habe es zum Versteinerungszeitpunkt nicht gegeben. Da die Tätigkeit der sozialen Arbeit nicht ausdrücklich dem Kompetenzbereich des Bundes zugeordnet gewesen sei, sei für die Ausübung der Tätigkeit keine Gewerbeberechtigung nötig gewesen. Gemäß Artikel 15, Absatz eins, B-VG würden Angelegenheiten, die nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen sind, im selbständigen Wirkungsbereich der Länder verbleiben. Es sei daher zu prüfen, ob zum Versteinerungszeitpunkt die Tätigkeit der sozialen Arbeit ausdrücklich einem Kompetenzbereich des Bundes zugeordnet gewesen sei. Zum Versteinerungszeitpunkt sei die Tätigkeit der sozialen Arbeit keine Angelegenheit gewesen, die ausdrücklich dem Bund zugeordnet gewesen sei. Ein Gewerbe der sozialen Arbeit habe es zum Versteinerungszeitpunkt nicht gegeben. Da die Tätigkeit der sozialen Arbeit nicht ausdrücklich dem Kompetenzbereich des Bundes zugeordnet gewesen sei, sei für die Ausübung der Tätigkeit keine Gewerbeberechtigung nötig gewesen.

Die Erbringung von sozialer Arbeit sei in den Statuten des Vereins F. als ein Vereinszweck festgelegt und insoweit die Befugnis des Vereins zur Erbringung dieser sozialen Arbeit nachgewiesen.

Darüber hinaus habe der Verein F. nachgewiesen, dass er - wie vom Verwaltungsgericht Wien in dem obgenannten Erkenntnis verlangt worden sei - die von ihm angebotene soziale Arbeit ohne Ertragserzielungsabsicht kalkuliert habe und daher auch mangels Vorliegens von Ertragserzielungsabsicht keine Gewerbeberechtigung benötigen würde.

Darüber hinaus sei für die Frage des Vorliegens einer Befugnis eine Plausibilitätsprüfung des Auftraggebers ausreichend. Im Anlassfall treffe zu, dass die Gewerbebehörden für die Erbringung von sozialer Arbeit seit Jahrzehnten keine Gewerbeberechtigung verlangt hätten. Es würde daher dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung nicht zukommen, darüber zu entscheiden, ob eine von den Gewerbebehörden über Jahrzehnte unbeanstandete Tätigkeit gegen die Gewerbeordnung verstoße. Würde die Erbringung von sozialer Arbeit ohne Gewerbeberechtigung gegen die Gewerbeordnung verstoßen, so hätten die Gewerbebehörden dies längst beanstandet. Die Antragsgegnerin habe daher aufgrund einer Plausibilitätsprüfung zu Recht davon ausgehen können, dass der Verein F. für soziale Arbeit keine Gewerbeberechtigung benötigen würde.

Darüber hinaus brachte die Antragsgegnerin detailliert vor, dass die Rechtsausführungen der Antragstellerin jeweils unzutreffend seien.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 17.04.2024 insbesondere ergänzend dargelegt, dass sich eine unplausible Preiszusammensetzung ihrer Ansicht nach über die Verrechnung eines einheitlichen Umsatzsteuersatzes durch die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Bietergemeinschaft ergeben würde.

Es wurde am 18.04.2024 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Verhandlung hatte im Wesentlichen folgenden Inhalt und Verlauf:

„Der Richter gibt Gelegenheit sich zum Gegenstand der Verhandlung zu äußern.

Die Parteien verweisen auf das bisherige Vorbringen.

Auf Frage des Richters (betreffend den von der AST angesprochenen § 1 Abs. 2 GewO) legt der TNBV dar, dass weder die Zusammenarbeit mit dem F. im Rahmen einer Bietergemeinschaft noch der Empfang von Leistungen der Gebietsbetreuung vom F. an das Erfordernis einer Vereinsmitgliedschaft beim F. gebunden seien. Die Partner im Rahmen der Bietergemeinschaft seien nicht Vereinsmitglieder des F.. Auf Frage des Richters (betreffend den von der AST angesprochenen Paragraph eins, Absatz 2, GewO) legt der TNBV dar, dass weder die Zusammenarbeit mit dem F. im Rahmen einer Bietergemeinschaft noch der Empfang von Leistungen der Gebietsbetreuung vom F. an das Erfordernis einer Vereinsmitgliedschaft beim F. gebunden seien. Die Partner im Rahmen der Bietergemeinschaft seien nicht Vereinsmitglieder des F..

Der ASTV gibt dazu an, dass er keine gegenteiligen Informationen habe.

Der ASTV bringt vor, für den Fall, dass kein ARGE-Vertrag über die Aufteilung der Erlöse im Vergabeakt aufliegen sollte, sei die Aufteilung der Erlöse im § 1175 ff ABGB dispositiv geregelt. Dem ASTV sei nicht bekannt, ob ein solcher ARGE-Vertrag im Vergabeakt aufliegen würde. Der ASTV bringt vor, für den Fall, dass kein ARGE-Vertrag über die Aufteilung der Erlöse im Vergabeakt aufliegen sollte, sei die Aufteilung der Erlöse im Paragraph 1175, ff ABGB dispositiv geregelt. Dem ASTV sei nicht bekannt, ob ein solcher ARGE-Vertrag im Vergabeakt aufliegen würde.

Der TNBV bringt dazu vor, die § 1175 ff ABGB würden für einen solchen ARGE-Vertrag kein Schriftlichkeitserfordernis vorsehen. Es sei zwischen den ARGE-Partnern die Aufteilung wirksam mündlich vereinbart worden. Es sei vereinbart worden, dass das F. das erhalten solle, was es der erfolgten Kalkulation gemäß zu erhalten hätte. Der TNBV bringt dazu vor, die Paragraph 1175, ff ABGB würden für einen solchen ARGE-Vertrag kein Schriftlichkeitserfordernis vorsehen. Es sei zwischen den ARGE-Partnern die Aufteilung wirksam mündlich vereinbart worden. Es sei vereinbart worden, dass das F. das erhalten solle, was es der erfolgten Kalkulation gemäß zu erhalten hätte.

Der AGV gibt an, sich den Ausführungen des TNBV anzuschließen. Er fragt die informierte Vertreterin der TNB, ob eine solche mündliche Vereinbarung besteht, was diese ausdrücklich bestätigt. Die beiden anderen informierten Vertreter bestätigen dies ebenfalls.

Der ASTV bringt dazu vor, § 1195 ABGB würde vorsehen, dass am Ende des Jahres innerhalb der ARGE etwaige Gewinne und Verluste anteilig auszugleichen wären. Da die Regelung dispositiv sei, könne auch anderes vereinbart werden. Die Vereinbarung mit dem F. müsse daher so ausschauen, dass sie ihre Ausgaben unabhängig davon ersetzt erhalte, ob es einen Gewinn oder Verlust gebe. Im Fall eines Verlustes würde sonst eine unzulässige Querfinanzierung und im Falle eines Gewinnes ein unzulässiger Gewinn des F. vorliegen. Der ASTV bringt dazu vor, Paragraph 1195, ABGB würde vorsehen, dass am Ende des Jahres innerhalb der ARGE etwaige Gewinne und Verluste anteilig auszugleichen wären. Da die Regelung dispositiv sei, könne auch anderes vereinbart werden. Die Vereinbarung mit dem F. müsse daher so ausschauen, dass sie ihre Ausgaben unabhängig davon ersetzt erhalte, ob es einen Gewinn oder Verlust gebe. Im Fall eines Verlustes würde sonst eine unzulässige Querfinanzierung und im Falle eines Gewinnes ein unzulässiger Gewinn des F. vorliegen.

Der TNBV gibt dazu an, dass gemäß Ausschreibung nach Stunden abgerechnet werde und der Stundensatz wertgesichert sei. Die Kalkulation des F. würde dem Anteil des F. am Entgelt entsprechen und es sei dabei kein Gewinn vorgesehen.

Auf Frage aus dem Senat betreffend etwaige Verluste führt der AGV aus, der Aufwand werde nach wertgesicherten Stundensätzen abgerechnet, sodass Verluste nicht entstehen sollten.

Angesprochen wird der vom ASTV gestern übermittelte Schriftsatz, in dem ein Zusammentreffen von 10%igen Umsatzsteuersatz mit 20%igem Umsatzsteuersatz problematisiert und vom ASTV als nicht plausible Preisgestaltung gewertet wurde.

Der AGV bringt dazu vor, die Bieter hätten die Nettopreise zu kalkulieren gehabt und bewertungsrelevant seien die Nettopreise gewesen. Bei der Umsatzsteuer handle es sich um Beträge, die an die Finanz abzuführen seien. Aus Fragen des Umsatzsteuerrechtes lasse sich daher keine unplausible Preisgestaltung ableiten.

Auf Frage des Berichters gibt der AGV informativ an, dass sich die AG in diesem Fall die abzuführende Umsatzsteuer nicht mittels Vorsteuerabzug zurückholen könne.

Darüber hinaus sei die ARGE als solche selbst Umsatzsteuersubjekt. Die AG würde daher eine Rechnung der ARGE und nicht eine Rechnung der F. erhalten.

Der TNBV schließt sich dem Vorbringen des AGV an.

Der AGV gibt ergänzend an, völlig unabhängig davon, welcher Umsatzsteuerbetrag abzuführen sei, bleibe von dem abzuführenden Umsatzsteuerbetrag nichts übrig, weil der Umsatzsteuerbetrag immer in der ausgewiesenen Höhe an die Finanz abzuführen sei.

Der ASTV führt aus, durch die abzuführende 20%ige Umsatzsteuer würde der AG ein Schaden entstehen, weil diese nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt sei. Darüber hinaus sei nicht plausibel, wenn die TNB vor Angebotslegung die Leistungen der einzelnen Mitglieder exakt vereinbarungsmäßig getrennt habe, diese Leistungsaufteilung würden nämlich in der Folge die Bemessungsgrundlage für die unterschiedlichen Steuersätze darstellen, weswegen das Angebot mit unterschiedlichen Steuersätzen und damit günstiger für die AG hätte angeboten werden können. Die Legung eines einheitlichen Angebots mit einem einheitlichen Steuersatz würde vielmehr nahelegen, dass die TNB sich bei Angebotslegung über eine exakte Aufteilung der Leistungen innerhalb der ARGE-Mitglieder nicht einig war.

Der AGV bestreitet dieses Vorbringen und bringt vor, Bemessungsgrundlage sei immer der Nettobetrag, Steuersubjekt sei die ARGE und diese könne sich den Umsatzsteuersatz nicht aussuchen.

Der TNBV schließt sich diesem Vorbringen an. Er ergänzt, der Umsatzsteuersatz der ARGE nach außen sei in jedem Fall 20 %. Der vom ASTV angesprochene begünstigte USt-Satz von 10 % sei gegebenenfalls eine Frage der Verrechnung innerhalb der ARGE. Darüber hinaus könne ein gesetzlich vorgeschriebener USt-Steuersatz bereits an sich keinen Schaden des Auftraggebers bilden.

Auf die Frage des Berichters, ob von den Parteien zu den getätigten Rechtsausführungen noch Erörterungsbedarf besteht, geben die Parteien an, dass in den schriftlichen Ausführungen bereits alles dargelegt worden sei.

Zur Erörterung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, verlassen die AST/ASTV und die Öffentlichkeit um 10:28 Uhr den Verhandlungssaal. Die Verhandlung wird ohne Beisein dieser fortgesetzt.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse: siehe Beiblatt zum Verhandlungsprotokoll.

Die AST/ASTV und die Öffentlichkeit betreten wieder den Verhandlungssaal um 10:59 Uhr. Die Verhandlung wird im Beisein dieser fortgesetzt.

Der Bericht fasst für die AST/ASTV kurz zusammen, dass erörtert worden ist, wie der Wirtschaftstreuhand die Frage einer etwaigen Ertragserzielungsabsicht des F. geprüft hat und wie danach die AG die Plausibilität der Prüfung des Wirtschaftstreuhanders zur Frage der Ertragserzielungsabsicht des F. geprüft hat.

Der TNBV gibt an, dass er sich dem Vorbringen des AGV anschließt, soweit das Vorbringen des AGV nicht mit dem eigenen Vorbringen des TNBV in Widerspruch stehen sollte.

Die Parteien geben übereinstimmend an, dass keine weiteren Beweisanträge, kein weiteres Vorbringen und kein weiterer Erörterungsbedarf bestehen.“

Im Anschluss an die Verhandlung wurde das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen mündlich verkündet. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 30.04.2024 fristgerecht eine schriftliche Vollaussfertigung des mündlich verkündeten Erkenntnisses verlangt.

Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht als erwiesen fest:



Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 25, führt ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend Gebietsbetreuung Stadterneuerung. Das Vergabeverfahren ist in 6 Gebietslose geteilt. Der Nachprüfungsantrag bezieht sich auf Los ... betreffend den ..., ... und den ... Wiener Gemeindebezirk.

Die bestandsfeste Leistungsbeschreibung umfasst Wirkungen auf individueller Ebene, auf Gruppen-Ebene und auf Stadtteil-Ebene und beschreibt damit die zu erbringende Leistung funktional. Auf individueller Ebene sollen die Bewusstseinsbildung, vor allem zum Thema Umwelt, Stadt und Gemeinschaft, gefördert, neue Kompetenzen und Handlungsspielräume geschaffen, die Selbstwirksamkeit der BewohnerInnen gefördert, die Bewohnerinnen aktiviert, die Mitgestaltung im Stadtteil gefördert, die Identifikation mit dem Stadtteil gesteigert, Aneignungsprozesse im öffentlichen Raum gefördert und die Akzeptanz für Veränderungen im Stadtteil gesteigert werden.

Auf Gruppen-Ebene sollen Begegnungen und Interaktionen zwischen verschiedenen Gruppen angeregt, die soziale Integration gefördert, Vielfalt ermöglicht und die kulturelle Integration gefördert, lokale Initiativen unterstützt und die Dialogkultur entwickelt werden.

Auf Stadtteil-Ebene sollen eine aktive Zivilgesellschaft im Stadtteil gefördert, der nachbarschaftliche Zusammenhalt gestärkt, die Lebensqualität im Stadtteil gesteigert, unterschiedliche AkteurInnen im Stadtteil vernetzt, die positive Beeinflussung des Stadtklimas gefördert, das Zusammenwachsen von alten und neuen Stadtteilen unterstützt und die Berücksichtigung lokaler Bedürfnisse und Expertisen bei Planung- und Umsetzungsprozessen im Stadtteil unterstützt werden.

Die Leistungsbeschreibung umfasst die Handlungsfelder klimafitter Stadtteil, resilienter Stadtteil, partizipativer Stadtteil, wachsender Stadtteil und wandelbarer Stadtteil.

Im Detail sind die zu erbringenden Leistungen im Vergabeakt in der Leistungsbeschreibung Gebietsbetreuung Stadterneuerung auf den Seiten 11 und 12 über Wirkungen und auf den Seiten 13 bis 25 über Handlungsfelder definiert.

Für die gesamte Leistungserbringung sind zumindest 6 Vollzeitäquivalente erforderlich, von denen zumindest 1 Vollzeitäquivalent Sozialarbeiter (Qualifikation als Sozialarbeiter) zu sein hat.

Der von der Person mit der Qualifikation als Sozialarbeiter einzubringende Leistungsteil wurde im Nachprüfungsverfahren von allen Verfahrensparteien als „Sozialarbeit“ bezeichnet.

Die Tätigkeit, die der Person mit der Qualifikation als Sozialarbeiter zufällt, besteht einerseits darin, dass sie Personen, die sich mit unterschiedlichsten Anliegen und Problemen an sie wenden, an zuständige Beratungseinrichtung wie z.B. an Einrichtungen für psychosoziale Beratung und an sonstige Einrichtungen verweist. Zum anderen sollen von der Gebietsbetreuung Arbeitsprojekte und sonstige Tätigkeitsprojekte durchgeführt werden. Dabei wurde es von der Auftraggeberin als wesentlich erachtet, dass im Team der Gebietsbetreuung auch zumindest ein Sozialarbeiter vertreten ist.

Insgesamt überwiegen bei der zu erbringenden Gesamtleistung die Planungsleistungen.

Der Anteil der von Sozialarbeitern zu erbringenden Leistung an der gesamten Leistung beträgt rund 15 %.

Inhaltliche Unterschiede zwischen den Leistungen, die von Sozialarbeitern zu erbringen sind, und den Leistungen, die von den anderen Mitgliedern des Teams zu erbringen sind, sind der Leistungsbeschreibung nicht zu entnehmen. Der Antragsgegnerin war es insoweit wichtig, dass zumindest ein Sozialarbeiter im Team ist, damit auch die Kenntnisse und Erfahrungen eines Sozialarbeiters vertreten sind.

Das Erfordernis eines Sozialarbeiters im Team gründet auf Folgendem:

? Sozialarbeiter kennen grundsätzlich Förder- und Unterstützungsmöglichkeiten und können Personen, die entsprechende Anliegen haben, an die entsprechenden Stellen weiter verweisen.

? Wenden sich Personen mit dem Anliegen nach psychosozialer Betreuung an die Gebietsbetreuung, so kennen Sozialarbeiter das entsprechende Betreuungsangebot und können zielgerichtet weiter verweisen.

Das Hauptgewicht der Tätigkeit liegt in Gruppenarbeit, wobei die Kommunikation in der Gruppe und mit der Gruppe einen wichtigen Stel

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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