



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
Elektronische Zustellung:
ERsB 9110019835300
ERV-Anschriftcode:
Z011300

GZ: VGW-123/074/6381/2025-24
A. GmbH

Wien, 3.6.2025

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.^a Mandl und die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Schlosserarbeiten, Fahrradständer – Schule ... Wien – Diverse Standorte", GZ: ..., der Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien - Magistratsabteilung 34, Bau- und Gebäudemanagement, vertreten durch Rechtsanwalt,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Dem Antrag wird stattgegeben und die Ausscheidensentscheidung wird nichtig erklärt.
- II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 5703 binnen vierzehn Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Verfahrensgang:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, Bau- und Gebäudemanagement, Zentrale Dienste – LV (im Folgenden Antragsgegnerin und Auftraggeberin) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich, nämlich "Schlosserarbeiten, Fahrradständer – Schule ... Wien – Diverse Standorte", GZ:

Mit Schreiben vom 16.4.2025 wurde der Antragstellerin über die Vergabeplattform ANKÖ mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde. Weiters wurde mit selbem Schreiben mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, der B. GmbH den Zuschlag zu erteilen.

Gegen diese beiden Entscheidungen richtet sich der Antrag auf Nichtigerklärung. Weiters wurde beantragt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, Pauschalgebührenersatz aufzutragen sowie Akteneinsicht zu gewähren.

Begründend führt die Antragstellerin aus, dass die Antragstellerin laut Angebotsöffnungsprotokoll vom 7.3.2025 Bestbieterin gewesen sei. Am 2.4.2025 sei die Antragstellerin um Aufklärung ersucht worden:

„(...) wir ersuchen um Bekanntgabe, mit welcher Befugnis bzw. Gewerbeberechtigung Sie die ausgeschriebenen Leistungen erbringen dürfen. Wir gehen davon aus, dass das im SR75 angeführte Subunternehmen mit ihrer Gewerbeberechtigung die Montagearbeiten der ausgeschriebenen Leistungen nicht ausführen darf. Wir ersuchen um Beantwortung dieser Aufforderung bis spätestens Donnerstag, den 3.4.2025 um 13:00 Uhr. (...)“

Die Antragstellerin habe fristgerecht am 2.4.2025 mitgeteilt:

„(...) sowohl die Firma A. GmbH als auch die Firma C. GmbH verfügen sowohl über eine Gewerbeberechtigung für „Handelsgewerbe“ (GISA ... und ...) als auch über das Gewerbe „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen, mit Ausnahme

von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertig bezogenen Teilen mit Hilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen“ (GISA ... und ...). Laut Auskunft der WKO reicht aber für die Montage von Fahrrad- und Scooterständern auch die Gewerbeberechtigung „Handelsgewerbe“ aus, solange es sich bei der Montage um Produkte handelt, die man auch selbst verkauft. Nur für die Montage von Fremdprodukten ist eine Gewerbeberechtigung wie „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen“ nötig. Wir verfügen somit sowohl beim Bieter A. GmbH als auch beim Subunternehmer C. GmbH über die Befugnis und Gewerbeberechtigung, die ausgeschriebenen Arbeiten durchführen zu dürfen.“

Nachfolgend sei am 16.4.2025 die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung erfolgt:

„(...) Hiermit möchten wir Sie darüber informieren, dass der Zuschlag an B. GmbH, zum Gesamtpreis von € 43.202,58 erteilt werden soll. Weiters geben wir bekannt, dass das Angebot Ihres Unternehmens ausgeschieden wird (siehe nachfolgende Begründung).

Begründung: § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 1018 (Eignung nicht gegeben)

(...)“

Zu den Vergaberechtswidrigkeiten wurde im Nichtigkeitsantrag ausgeführt, dass die Ausscheidensentscheidung nicht ausreichend begründet sei. Ohne Spezifizierung oder konkreten Bezug zum Angebot der Antragstellerin, weshalb die Auftraggeberin der Ansicht sei, dass die Eignung der Antragstellerin nicht gegeben sei, könne die Antragstellerin bloß raten, aus welchen konkreten Gründen sie ausgeschieden worden sei. In Zusammenschau mit der erfolgten Aufklärung vermute die Antragstellerin, dass die Auftraggeberin irrtümlich von der fehlenden Befugnis ausgehe. Dieser Ausscheidensgrund liege jedoch nicht vor. Die gewerberechtliche Befugnis der Antragstellerin stütze sich auf das Handelsgewerbe und die damit verbundenen sonstigen Rechte (sogenannte Nebenrechte) gemäß § 32 Abs. 1 Z 6 sowie § 32 Abs. 1a GewO. Die Antragstellerin verfüge auch über die technische Leistungsfähigkeit, die geforderten Arbeiten durchzuführen und sei zur Erbringung der Leistung befugt, weshalb die von der Antragstellerin benannte

Subunternehmerin C. GmbH auch nicht als notwendige Subunternehmerin anzusehen sei.

Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da die Antragstellerin laut Angebotsöffnungsprotokoll als Bestbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorgegangen sei, ihr wäre daher bei rechtskonformem Nichtausscheiden aus dem Vergabeverfahren der Zuschlag zu erteilen.

Der Antragstellerin drohe durch die rechtswidrigen Entscheidungen ein Schaden aufgrund frustrierter Aufwendungen zu entstehen. Auch entgehe der Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt für künftige Ausschreibungen. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und damit ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht.

Die Antragsgegnerin führte mit Stellungnahme vom 5.5.2025 zusammengefasst aus, dass aufgrund des mit der Antragstellerin geführten Aufklärungsverfahrens ein „Mehr an Information“ nicht geboten gewesen sei, da für einen sachverständigen Bieter insbesondere aus dem Kontext der vorangegangenen Korrespondenz klar sei, dass beachtliche Zweifel an der ausreichenden Befugnis bestünden. Das Vergabeverfahren sei im Unterschwellenbereich und sei auf Art. 55 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU zu verweisen, wonach der Auftraggeber nur insoweit verpflichtet sei, näher auf die Ausscheidensgründe einzugehen, wenn die betroffene Partei durch eine schriftliche Anfrage eine solche fordere. Eine solche Anfrage sei nicht erfolgt.

Zum Ausscheidensgrund der fehlenden Befugnis werde auf den Leistungsgegenstand verwiesen (das Liefern und Montieren von Fahrrad- und Scooterständen ohne Unterschied, ob Wand- oder Bodenmontage sowie des Befestigungsgrundes, zB Ziegel, Beton, Pflastersteine und dergleichen, im Außenbereich an 20 unterschiedlichen Standorten im ... Bezirk in Wien).

Das Leistungsverzeichnis trage typische Merkmale eines Bauauftrages und seien unter anderem in der Obergruppen 01 die Baustellengemeinkosten vorgesehen. In der Obergruppe 04 des Leistungsverzeichnisses werde der Leistungsumfang für die Metallbauarbeiten für einen Standort beschrieben. Die unter dem Punkt 1

stehenden Qualitätsanforderungen legen fest, dass die Metallbauarbeiten gemäß der ÖNorm in einer geeigneten Betriebsstätte ausgeführt werden sollen.

Die Antragstellerin habe ein vollständig ausgefülltes Leistungsverzeichnis zu ihrem Angebot abgegeben. Die reinen Lohnkosten betrügen rund 16,01 % des Gesamtleistungsverzeichnisses von EUR 39.789,50 und seien damit über 15 % der Gesamtleistung der Montage zuzurechnen.

Die Antragstellerin besitze lediglich die Befugnisse „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ und die Befugnis „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen, mit Ausnahme von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertigbezogenen Teilen mit Hilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen“.

Der relevante Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung sei beim offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung, diese habe am 7.3.2025 um 9:06 Uhr stattgefunden. Die Antragstellerin besitze jedoch erst seit dem 13.3.2025 die Befugnis zum Gewerbe „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen, mit Ausnahme von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertigbezogenen Teilen mit Hilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen“. Diese Befugnis sei für das Vergabeverfahren daher unerheblich.

Die Antragstellerin sei zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nur zum „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ befugt gewesen, jedoch nicht zur Montage. Dies sei der Antragstellerin offenbar auch infolge der Angebotsprüfung bewusst geworden, und zum Anlass genommen worden, das Gewerbe „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen mit Ausnahme von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertigbezogenen Teilen mit Hilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen“ anzumelden. Offenkundig erfasse der Kernbereich des Handelsgewerbes nicht die Montage von Metallbügeln im Außenbereich. Die Montage von Metallbügeln im Boden/an der Wand sei dem reglementierten Gewerbe des Metalltechnikers/Schlossers oder Baumeisters im Kern vorbehalten. Die Antragstellerin sei daher nicht befugt.

Nach dem Aufklärungsverfahren sei aufgrund der Antwort der Antragstellerin festgestanden, dass keine klare Aussage über das Nebenrecht gemäß § 32 Gewerbeordnung gemacht werden könne. Die Antragstellerin habe in ihrer Auskunft gerade mit der nicht zu berücksichtigenden Befugnis „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen, mit Ausnahme von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertigbezogenen Teilen mit Hilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen“ argumentiert. Auf welches Nebenrecht sie sich als einfache Händlerin stütze bzw. weshalb dies gerechtfertigt sein solle, habe sie nicht ausgeführt, weshalb sie ausgeschieden worden sei.

Zu den Nebenrechten (§ 32 Abs. 1 Z 1 GewO) sei auszuführen, dass die Antragstellerin als Gewerbetreibende mit der Befugnis „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ zum Verkauf ihrer Produkte befugt sei. Die Fahrrad- und Scooterstände seien bereits fertige Produkte und der Verkauf der Produkte sei mit deren bloßer Übergabe ein bereits abgeschlossener Prozess. Eine Montage derselben Produkte sei nicht notwendig und auch vom Nebenrecht „Vollendungsarbeit“ nicht erfasst.

Betreffend § 32 Abs. 1 Z 6 GewO (Aufstellen, Montage, Austausch..) sei festzuhalten, dass die Antragstellerin über das Handelsgewerbe verfüge. Sie sei nicht einmal Fachhändlerin. Die leistungsgegenständliche Montage sei nicht das bloße „Zusammenbauen der Fahrradstände oder E-Scooterstände“ selbst, sondern deren verkehrssichere, den statischen Anforderungen entsprechende Montage an unterschiedlichen Orten und in unterschiedlichen Lagen (Boden, Wand). Die Fahrradstände/Scooterstände müssten am Boden/Wand fest verankert sein, damit sie kein Verkehrshindernis bilden. Es gehe nicht um einen bloßen Anschluss an bauseits vorgefertigte Bauteile, sondern um deren eigenständige verkehrssichere Befestigung im Freien/öffentlichen Raum, noch dazu an Schulen, wo mit einer besonderen Beanspruchung dieser Stände zu rechnen sei.

Zu § 32 Abs. 1a GewO (ergänzende Leistung des reglementierten Gewerbes im Ausmaß von bis zu 15 % der Gesamtleistung) sei auszuführen, dass der Gegenstand der Ausschreibung die Lieferung und Montage der Fahrrad- und

Scooterständer im Außenbereich an 20 Standorten in Wien sei. Die Montage wäre demnach die ergänzende Leistung nach den Nebenrechten. Die Montage einer Großzahl von Fahrrad- und Scooterständern an 20 unterschiedlichen Orten im ... Wiener Gemeindebezirk sei kein unerheblicher Teil der angebotenen Leistung. In Ermangelung gegenteiliger Ausführungen der Antragstellerin im Rahmen der Aufklärung sei davon auszugehen, dass die Montage mehr als 15 % der Gesamtleistung ausmache, sodass sie nicht mehr im Rahmen der Nebenrechte zulässig sei.

Zu den Befugnissen der Subunternehmerin sei festzuhalten, dass diese nicht über mehr Befugnisse als die Antragstellerin verfüge.

Die Antragstellerin replizierte mit Stellungnahme vom 13.5.2025 darauf, dass die Begründung der Ausscheidensentscheidung nach wie vor als unzureichend angesehen werde. Die erforderliche Befugnis richte sich nach den ausgeschriebenen Leistungen. Es sei nicht festgelegt, welche Befugnis nun tatsächlich erforderlich sei. Nach dem Leistungsverzeichnis liege das Hauptaugenmerk der Ausschreibung auf der Lieferung von Scooter- und Fahrradständern und sei die Montageleistung nur als Nebenleistung gedacht. Im Weiteren werde auf die Leistungsbeschreibung zur Montage verwiesen. Die Befugnis der Antragstellerin mit dem Handelsgewerbe sei ausreichend. Der Hauptteil der Ausschreibung bestehe in der Lieferung. Die Montage von selbst hergestellten oder verkauften Gegenständen sei eine Tätigkeit, die gemäß § 32 Abs. 1 Z 6 Gewerbeordnung ausdrücklich von den Nebenrechten umfasst sei. Dies läge im gegenständlichen Fall vor. Die Antragstellerin liefere Scooter- und Fahrradständer, welche mittels 4 bzw. 6 Schrauben am Boden oder an der Wand befestigt würden. Auch wäre die Antragstellerin gemäß § 32 Abs. 1a Gewerbeordnung berechtigt, diese Montagetätigkeiten als ergänzende Tätigkeit auszuführen. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung seien erfüllt. Die Antragstellerin verkaufe Scooter- und Fahrradständer, die Montage sei eine Tätigkeit, die den Handel sinnvoll ergänze, diese Tätigkeit unterliege keinem reglementierten Gewerbe, da die Montage äußerst simpel sei. Kunden der Antragstellerin montierten die Produkte üblicherweise selbstständig. Nur in Ausnahmefällen werde die Antragstellerin für die Montage beauftragt. Der

Gesamtumsatz aus Montageleistungen innerhalb eines Wirtschaftsjahres der Antragstellerin übersteige nicht 30 %.

Die Tätigkeit umfasse auch nicht mehr als 15 % des Gesamtauftrages, sollte davon ausgegangen werden, dass es sich um ein reglementiertes Gewerbe (Bohren von Betonlöchern) handle.

Es seien Einheitspreise zu kalkulieren gewesen. Diese Einheitspreise für Lieferung und Montage teilten sich in Lohnkosten und Sonstiges. Während mit Sonstiges die Kosten für die Scooter- und Fahrradständer umfasst seien, seien im Abschnitt Lohn alle Personal- und Personalnebenkosten im Sinne der ÖNorm B2061 enthalten. Demnach umfassten die ausgewiesenen Lohnkosten nicht nur die Kosten für die Montage, sondern auch alle übrigen Personalkosten, die nicht in die Baustellengemeinkosten oder in die Produktkosten einzukalkulieren gewesen seien, wie beispielsweise das Nehmen der Naturmaße. Diese Personalkosten seien ebenfalls im Einheitspreis enthalten, unterlägen aber jedenfalls nicht einem reglementierten Gewerbe. Wenn man von dem von der Antragsgegnerin herangezogenen Anteil von 16,01 % des Gesamtauftrages ausgehe, sei davon auszugehen, dass die Leistungen, die möglicherweise einem reglementierten Gewerbe vorenthalten seien (Bohren von Löchern in Beton), jedenfalls weniger als 15 % des Gesamtauftrages betragen würden.

Die Antragsgegnerin entgegnete mit Stellungnahme vom 19.5.2025. Zum geltend gemachten Interesse der Antragstellerin sowie zur Begründung der Ausscheidensentscheidung führte die Antragsgegnerin ihr bisheriges Vorbringen fort. Zum Ausscheidensgrund „fehlenden Befugnis“ ergänzte die Antragsgegnerin, dass unmissverständlich ein Bauauftrag ausgeschrieben und Gegenstand „Schlosserarbeiten – Fahrradständer“ gewesen sei. Das Leistungsverzeichnis basiere auf der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau. Gefordert sei ein Preisangebot für die diesbezügliche Leistungsgruppe 31 „Metallbauarbeiten“. Aus der Bekanntmachung und allen Unterlagen der Ausschreibung und insbesondere aus dem Leistungsverzeichnis ergebe sich, dass nicht nur Baustellengemeinkosten sondern ganz allgemein Metallbauarbeiten abgefragt würden. Die Leistungen erforderten die Befugnis des reglementierten Gewerbes „Schlosser“, d. h. „Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau; Metalltechnik für Schmiede und

Fahrzeugbau; Metalltechnik für Land- und Baumaschinen“ (§ 94 Z 59 GewO). Alternativ wäre auch die Befugnis des reglementierten Gewerbes „Baumeister“ (§ 94 Z 5 Gewerbeordnung) zulässig. Zu den einzelnen Leistungspositionen seien noch die ständigen Vorbemerkungen (OG 00) und die Baustellengemeinkosten (OG 01) zu berücksichtigen und ergäben sich daraus bestimmte Erfordernisse. Die Summe aus Baustellengemeinkosten und reinen Lohnkosten betrage EUR 6370 oder ca. 16,01 Prozent des Gesamtleistungsverzeichnisses. Demnach lägen allein die jedenfalls dem Schlosser vorbehaltenen Leistungen über 15 % der gesamten Leistung. Hinzu kämen noch dem Schlosser vorbehaltene Leistungen, die im kalkulierten Materialwert erfasst seien. Wenn die Antragstellerin auch weitere Personalleistungen, wie beispielsweise Naturmaße nehmen, als kalkulierte Personalleistung geltend mache, übersehe sie, dass die einem reglementierten Gewerbe vorbehaltene Leistung nicht zerlegt werden dürfe, um so jeweils eine Nebenleistung zu begründen. Es seien alle mit der Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen verbundenen Personalleistungen, wie zum Beispiel das Naturmaße nehmen, Teil der reglementierten Leistung. Diese gewerberechtlich gebotene integrative Sichtweise werde durch die Baukalkulationsnorm ÖNorm B2061 bestätigt. Im Leistungsverzeichnis fänden sich Anforderungen je Schulstandort, etwa Position 31.50Z „Scooterständer liefern und montieren“, Position 31.5001 Z 31.5001C Z „Scooterständer mit 8 versperzbaren Stellplätzen im Freien 3 Stück“, Position 31.5101Z „liefern und montieren von Fahrradständern ohne Unterschied ob Wand- oder Bodenmontage sowie des Befestigungsuntergrundes (zum Beispiel Ziegel, Beton, Pflastersteine und dergleichen)“, Position 31.5101A Z „Fahrradständer mit 8 Stellplatzmöglichkeiten 2 Stück“ mit jeweils näherer Leistungsbeschreibung. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin erfolge die Montage ohne Unterschied des Befestigungsgrundes, sie erfordere auch eine Verdübelung. Zu den gewerberechtlichen Ausführungen/Befugnissen der Antragstellerin werde festgehalten, dass ausschreibungsgegenständlich die eigenständige verkehrssichere Befestigung im Freien/öffentlichen Raum sei, noch dazu an Schulen, wo mit einer besonderen Beanspruchung dieser Ständer zu rechnen sei. Es seien nicht 4-6 Schrauben zu befestigen, es seien auch Dübel zu setzen und diese Befestigung habe auf jedwedem Untergrund zu erfolgen. Entgegen der durch nichts belegten Auffassung der Antragstellerin betrügen die jedenfalls dem

Schlosser vorbehaltenen Leistungen 16,01 % der Gesamtleistung, sodass § 32 Abs. 1a Gewerbeordnung nicht erfüllt sei.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30.4.2025 zu VGW-124/074/6388/2025 wurde die einstweilige Verfügung erlassen.

Mündliche Verhandlung am 22.5.2025:

Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin sind jeweils mit ihrer Rechtsvertretung zur Verhandlung erschienen, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat trotz Verständigung von der mündlichen Verhandlung an dieser nicht teilgenommen. Der Verfahrensgegenstand und das Vorbringen der Parteien wurden erörtert, der Ablauf der Verhandlung ist im Protokoll festgehalten.

Feststellungen:

Die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Magistratsabteilung 34, Bau- und Gebäudemanagement, führt unter der Bezeichnung „Schlosserarbeiten, Fahrradständer – Schule ... Wien – diverse Standorte“ ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen im Unterschwellenbereich. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die Lieferung und Montage von Scooter- und Fahrradständern bei diversen Schulen der Stadt Wien im ... Bezirk.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot abgegeben. Die Angebotsfrist hat am 7.3.2025 geendet, die Angebotsöffnung hat am 7.3.2025 stattgefunden. Es haben sich insgesamt 9 Bieter beteiligt und Angebote abgegeben.

Am 2.4.2025 wurde die Antragstellerin von der Auftraggeberin aufgefordert, folgende Aufklärung zu geben:

„(...)“

Wir ersuchen um Bekanntgabe, mit welcher Befugnis bzw. Gewerbeberechtigung Sie die ausgeschriebenen Leistungen erbringen dürfen.

Wir gehen davon aus, dass das im SR 75 angeführte Subunternehmen mit ihrer Gewerbeberechtigung die Montagearbeiten der ausgeschriebenen Leistungen nicht ausführen darf.

Wir ersuchen um Beantwortung dieser Aufforderung bis spätestens Donnerstag, den 3.4.2025 um 13:00 Uhr. (...)

Die Antragstellerin gab am 2.4.2025 an:

„(...)

Sowohl die Firma A. GmbH als auch die Firma C. GmbH verfügen sowohl über eine Gewerbeberechtigung für „Handelsgewerbe“ (GISA ... und ...) als auch über das Gewerbe „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen, mit Ausnahme von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertigbezogenen Teilen mit Hilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen“ (GISA ... und ...). Laut Auskunft der WKO reicht aber für die Montage von Fahrrad- und Scooterständen auch die Gewerbeberechtigung „Handelsgewerbe“ aus, solange es sich bei der Montage um Produkte handelt, die man auch selbst verkauft. Nur für die Montage von Fremdprodukten ist eine Gewerbeberechtigung wie „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen“ nötig. Wir verfügen somit sowohl beim Bieter A. GmbH als auch beim Subunternehmer C. GmbH über die Befugnis und Gewerbeberechtigung, die ausgeschriebenen Arbeiten durchführen zu dürfen.

(...)“

Am 16.4.2025 übermittelte die Antragsgegnerin in einem Schreiben zusammengefasst die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung und begründete diese:

„(...)

Hiermit möchten wir Sie darüber informieren, dass der Zuschlag an B. GmbH“ zum Gesamtpreis von € 43.202,58 erteilt werden soll. Weiters geben wir bekannt, dass das Angebot Ihres Unternehmens ausgeschieden wird (siehe nachfolgende Begründung).

Begründung: § 41 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 (Eignung nicht gegeben)

(...)“

Gegen diese beiden Entscheidungen wurde von der Antragstellerin ein Antrag auf Nichtigerklärung eingebracht.

Die Antragstellerin hat das Unternehmen 2021 von einer Einzelunternehmerin übernommen. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 7.3.2025 verfügte die Antragstellerin seit 6.4.2021 über das Gewerbe „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“. Das Gewerbe „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen, mit Ausnahme von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertigbezogenen Teilen mit Hilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen“ hat die Antragstellerin erst seit 13.3.2025.

Der Unternehmensgegenstand der Antragstellerin ist der Handel mit Fahrrad- und Scooterständen. Die Produkte der Antragstellerin sind über den eigenen Webshop und allgemein etwa auf Amazon zu erwerben. Zu den Kunden der Antragstellerin zählen Kommunen, Bäderanstalten, private Haushalte etc. In 98 Prozent der Fälle erfolgt die Montage der Fahrrad- und Scooterstände durch die Kunden selbst. Fahrrad- und Scooterstände für Schulen wurden auch schon von Schulwarten montiert. Dies trifft nicht auf die Schulen in Wien zu. Die Antragstellerin verfügt über 4 Mitarbeiter, bei welchen es sich um angelernte Studenten handelt und welche beispielsweise im Lager, der Logistik und in der Montage eingesetzt werden. Niemand dieser Mitarbeiter kommt aus dem Baugewerbe. Bei Übernahme des Unternehmens im Jahr 2021 ist eine etwa 6 bis 12-monatige Einschulung durch die Einzelunternehmerin an die nachfolgende Antragstellerin erfolgt, welche auch die Montage umfasst hat.

Die Antragstellerin hat als Subunternehmerin die C. GmbH namhaft gemacht, die zum Ende der Angebotsfrist über das Gewerbe „Handelsagenten und Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe, zu welchem insbesondere der Handel mit Medizinprodukten, Waffen und pyrotechnischen Artikeln zählen“ verfügt. Das Gewerbe „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen, mit Ausnahme von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertigbezogenen Teilen mithilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen“ ist erst danach am 17.3.2025 entstanden. Die Antragstellerin greift auf die Personalressourcen der Subunternehmerin zu. Die gegenständlichen

Montagearbeiten sollen sowohl vom eigenen als auch vom Personal der Subunternehmerin gemacht werden. Das Personal der Subunternehmerin besteht aus Monteuren, die etwa Sonnenschutz (Markisen etc.), montieren.

Nach den im Vergabeverfahren angefertigten Fotos von den Schulstandorten und den Plätzen, an denen die Fahrrad- und Scooterstände montiert werden sollen, sind an wenigen Plätzen Betonplatten zu errichten, die jedoch nicht auftragsgegenständlich sind.

Es ist für die Fahrrad- und Scooterstände sowohl eine Wand- als auch eine Bodenmontage vorgesehen. Der Untergrund ist unterschiedlich. Eine bestimmte Befestigungsmethode ist nicht aus- bzw. vorgeschrieben. Es liegt in der Disposition der Auftragnehmer, eine fachgemäße Befestigung und Verankerung der Stände vorzunehmen. Bei einem für die Montage nicht tauglichen Untergrund hat der Auftragnehmer die Antragsgegnerin zu verständigen (Warnpflicht). Für die Beurteilung des Untergrundes ist einschlägiges Fachwissen erforderlich. Die Antragsgegnerin hält aus diesem Grund die Gewerbeberechtigung „Schlosser“ bzw. „Baumeister“ für erforderlich. Es ist aufgrund der unterschiedlichen Untergründe zur Befestigung eine entsprechende Verankerung zu wählen, etwa Dübel, Schraubanker, Klebeanker etc., was in der Verantwortung der Auftragnehmerin liegt. Ausgeschrieben ist das Bohren von Betonlöchern und die Verdübelung. Eine weitere Montage- oder Befestigungsart ist nicht ausgeschrieben und daher auftragnehmerseitig fachgemäß vorzunehmen. Statische Berechnungen sind vom Auftragnehmer nicht durchzuführen.

Bei der von der Antragstellerin angebotenen Wandhalterung handelt es sich um ein Metallgerüst aus mehreren Einzelteilen, die zusammengeschraubt werden müssen und eine Länge von etwa 20-30 cm aufweisen. Die Stände für die Bodenmontage sind vergleichbar dimensioniert, bestehen aus 2 Teilen (Steher und Modul) und werden mit 4 Schrauben am Boden verankert. Ein Bodensteher ist ca. 60 cm hoch. Die Befestigung erfolgt mit Schrauben und Dübeln. Das Zusammenschrauben der Bestandteile der Stände sowie das Anschrauben im Boden bzw. an der Wand war im Einheitspreis zu kalkulieren.

Außer dem Gewerbe „Schlosser“ wird alternativ das Gewerbe „Baumeister“ seitens der Antragsgegnerin für erforderlich angesehen, da Bohrungen in den Beton erforderlich sind. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt nicht über das Baumeistergewerbe.

Laut *„Einkalkulierte Leistungen“* in der Ausschreibung sollen das *„Bohren von Montagelöchern in Mauerwerk, Beton oder Stahlbeton bis zu einem Durchmesser von 20 mm, wenn gelieferte Bauteile auch montiert werden“* in den Einheitspreis einkalkuliert werden.

In Leistungspositionen definierte die Auftraggeberin die ausgeschriebenen Leistungen zu den Scooterständern. Zum Beispiel:

„3150Z Scooterständer liefern und montieren

Liefern und montieren von einseitigen Scooterständer ohne Unterschied ob Wand- oder Bodenmontage sowie des Befestigungsuntergrundes (zB Ziegel, Beton, Pflastersteine und dergleichen).

Sämtliche Befestigungsmittel sowie Montagehilfen sind in die EHP einzukalkulieren.

Ziel ist es Scooter und Trittrroller in einer Reihe sicher und geordnet abzustellen. Um ein sicheres und geordnetes Abstellen zu gewährleisten wird ab dem Bügel ca. 70 cm benötigt, ebenso werden weitere ca. 70 cm für die Bildung einer „Gehstraße“ benötigt.

ACHTUNG bei der Kombination von Scooter- und Fahrradständer, damit die geforderten Abstände eingehalten werden können.

Die Konstruktion bzw. das Produkt muss so gewählt werden, dass die Sicherung gegen Diebstahl mit einem handelsüblichen Vorhangschloss erfolgen kann.

Beispielhaftes Produkt: Marke: A. ArtNr.: ...

315001Z Liefern und montieren von einseitigen Scooterständern ohne Unterschied ob Wand- Unterbodenmontage sowie des Befestigungsuntergrundes (zB Ziegel, Beton, Pflastersteine und dergleichen)

315001C Z Scooterständer mit 8 versperrbaren Stellplätzen im Freien

Liefern und Montieren von Scooterständer aus Stahl mit 8 versperrbaren Stellplätzen (Querriegel oÄ), ohne Vorhangschlösser

(...)

Transport zum Aufstellort: händisch

Montageart: Verdübelung gegen tragfähigen Untergrund ohne Unterschied der Oberflächenbeschaffenheit

(...)

Naturmaße sind zu nehmen.“

Die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der Fahrradständer ist nahezu gleichlautend definiert.

Eine Festlegung, dass den besonderen Anforderungen von Schulstandorten durch die Auftragnehmer bei der Montage der Fahrrad- und Scooterständer Rechnung zu tragen sei, wie dies im Nachprüfungsverfahren betont wurde, ist in der Ausschreibung nicht enthalten.

Ebenso ist in der bestandfesten Ausschreibung eine Anforderung hinsichtlich besonderer Fachkenntnisse durch die Auftragnehmer, z.B. hinsichtlich Erfahrung oder Ausbildungsnachweisen für Personen, die die Tätigkeit ausführen, nicht enthalten.

Fest steht, dass zwar generell keine bestimmte Montageart vorgeschrieben ist, jedoch bei den Scooter- und Fahrradständern mit 8 Stellplätzen eine Verdübelung ausgeschrieben ist, sowie das Bohren in Beton in den Einheitspreis einzukalkulieren ist und das Produkt der Antragstellerin beispielhaft genannt wird.

Die Antragstellerin hat für die Montage pro Gerät eine Stunde kalkuliert, wobei die reine Montagetätigkeit pro Gerät maximal 30 Minuten ausmacht. Die anderen 30 Minuten bestehen aus sonstigen Tätigkeiten, die in die Einheitspreise einzukalkulieren waren. Das Nehmen der Naturmaße und das Bohren nehmen 15-20 Minuten in Anspruch. Ein Teil der Montage besteht auch in dem wesentlich einfacheren Zusammenschrauben der Einzelteile, wofür etwa 5 Minuten pro Ständer veranschlagt wurden. Die Antragstellerin rechnet bei 86 Ständern mit jeweils 20 Minuten für qualifizierte Arbeiten im Rahmen der Montage sohin mit

etwa 29 Stunden, was etwa EUR 2320 entspricht und etwa 5,7 % der Leistung ausmacht.

Eine kontradiktorische Erörterung der gewerberechtlichen Befugnis oder der Kalkulation im Angebot der Antragstellerin hat im Vergabeverfahren nicht stattgefunden.

Eine Aussage der Antragsgegnerin zum Anteil der im Leistungsverzeichnis angeführten Tätigkeit Bohren von Beton ist auf die Frage in der mündlichen Verhandlung nicht erfolgt.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen auf dem Vergabeakt, der im Verfahren vorgelegten Schriftsätze und Beilagen sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

Rechtliche Würdigung:

Die Antragsgegnerin ist unbestritten öffentliche Auftraggeberin (§ 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018). Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich als Bauauftrag, nämlich „Schlosserarbeiten, Fahrradständer – Schule ... Wien – diverse Standorte“. Am 16.4.2025 hat die Antragsgegnerin die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung erlassen.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung gestellt. Bei den beiden Entscheidungen handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen (§ 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018). Der Antrag erfüllt die Formalvoraussetzungen gemäß § 20 WVRG 2020, Schaden und Interesse wurden hinreichend dargelegt. Die Pauschalgebühren wurden nachweislich entrichtet. Der Antrag ist zulässig und berechtigt.

Hinsichtlich des Wortlautes des Aufklärungsersuchens der Antragsgegnerin ist festzuhalten, dass nach dem objektiven Erklärungswert dieses Ersuchens die Antragstellerin um Bekanntgabe ihrer Gewerbeberechtigung für die

ausgeschriebene Leistung ersucht wurde und hingewiesen wurde, dass die Subunternehmerin mit deren Gewerbeberechtigung die Montagearbeiten nicht ausführen dürfe.

Nach Ansicht des Senates hat die Antragstellerin eine hinreichende Aufklärung gegeben, weil sie auf die zwei Gewerbeberechtigungen von ihr sowie der Subunternehmerin verwiesen hat. Dass die Antragstellerin hierbei ein Nebenrecht gar nicht geltend gemacht habe, trifft entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht zu, weil die Antragstellerin auf eine Auskunft der WKO verweist und damit indirekt das Nebenrecht nach § 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994 anspricht. Darauf ist die Antragsgegnerin jedoch nicht mehr eingegangen, sondern hat die nunmehr angefochtenen Entscheidungen erlassen.

Wenn die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Voraussetzungen zum Nebenrecht nach § 32 Abs. 1 GewO nun ins Treffen führt, dass die reinen Lohnkosten im Angebot der Antragstellerin rund 16,01 % des Gesamtleistungsverzeichnisses betragen und somit die gesetzliche 15 %-Grenze pro Auftrag überschritten werde, so wurde dies der Antragstellerin im Vergabeverfahren nicht vorgehalten. Die Angebotsprüfung der Antragsgegnerin erscheint in diesem Punkt daher noch nicht abgeschlossen und wäre dies gegebenenfalls in einem weiteren Aufklärungsschritt zu klären gewesen. Darüber hinaus ist auch die damit durch die Antragsgegnerin erfolgte Gleichsetzung der Lohnkosten mit dem Anteil von Tätigkeiten, die reglementierten Gewerben vorbehalten sind, nicht schlüssig, zumal auch im Zuge von Tätigkeiten des Handelsgewerbes Lohnkosten anfallen und die Antragsgegnerin die Lohnkosten nicht diesbezüglich differenziert hat.

Aber selbst unter der Annahme einer abgeschlossenen Angebotsprüfung ist festzuhalten, dass sich die Frage, welche Gewerbeberechtigung für den Nachweis der Befugnis erforderlich ist, nach der ausgeschriebenen Leistung richtet. Nach den getroffenen Feststellungen ist für den gegenständlichen Auftrag das Liefern und Montieren von Fahrrad- und Scooterständen bestandfest ausgeschrieben, wobei eine bestimmte Montagemethode nicht festgelegt wurde und auch eine Festlegung hinsichtlich als erforderlich erachteter besonderer Fachkenntnisse durch die ausführenden Personen oder besonderer Erfahrungswerte von

Auftragnehmern nicht vorgesehen wurde. Nach der Ausschreibung und dem Vorbringen im Verfahren soll eine fachgerechte Befestigung am Untergrund bzw. an der Wand erfolgen. Der Untergrund kann Beton, Ziegel, Pflasterstein etc. sein. Für die Befestigung der Fahrrad- und Scooterständer kann erforderlich sein, dass der Betonuntergrund angebohrt werden muss und eine Verdübelung zu erfolgen hat.

Die Antragstellerin verfügte im maßgeblichen Zeitpunkt nur über das Gewerbe „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“. Die Subunternehmerin verfügte über keine darüberhinausgehende Gewerbeberechtigung. Hinsichtlich der Nebenrechte nach der Gewerbeordnung ist auszuführen wie folgt:

§ 31 Abs. 1 GewO 1994 lautet:

Einfache Tätigkeiten und Teilgewerbe mit vereinfachtem Zugang

§ 31.

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

§ 32 GewO 1994 lautet auszugsweise:

Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden

§ 32.

(1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

1. alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben, sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen;
2. die ausschließlich für die Erbringung von Leistungen des eigenen Unternehmens bestimmten Maschinen, Werkzeuge und sonstigen Werksvorrichtungen anzufertigen;
3. ihre Betriebseinrichtungen, Maschinen, Werkzeuge, Betriebsmittel, sonstigen Betriebsbehelfe und Betriebsgebäude instand zu halten und instand zu setzen;
4. die Beistellung des zu verwendenden Materials, wenn Aufträge zur Herstellung von Waren erteilt werden;
5. die zum Verkauf der von ihnen erzeugten oder vertriebenen Waren dienenden Verpackungen und Umhüllungen (Säcke, Kartonagen, Tuben, Dosen, Kisten und ähnliche Gegenstände), Etiketten oder sonstigen handelsüblichen Hilfsmittel herzustellen und zu bedrucken;
6. das Aufstellen, die Montage, der Austausch schadhaft gewordener Bestandteile, die Nachfüllung von Behältern, das Anbringen von Zubehör und die regelmäßige Wartung der hergestellten, verkauften oder vermieteten Gegenstände;
7. das Sammeln und Behandeln von Abfällen; abfallrechtliche Regelungen bleiben hievon unberührt;
8. Arbeiten, die im zulässigen Umfang ihrer Gewerbeausübung liegen, zu planen;
9. Gesamtaufträge zu übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages ihrem Gewerbe zukommt, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie die Arbeiten, für deren Ausführung sie keine Gewerbeberechtigung besitzen, durch befugte Gewerbetreibende ausführen lassen;

10. Waren zurückzunehmen, zu kaufen, zu verkaufen, zu vermieten und zu vermitteln, soweit diese Tätigkeiten nicht Gegenstand eines reglementierten Gewerbes sind;
 11. einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, auszuüben;
 12. Teilgewerbe (§ 31 Abs. 2 ff) und die in § 162 Abs. 1 genannten freien Gewerbe auszuüben, soweit diese in fachlichem Zusammenhang mit der hauptberuflich ausgeübten gewerblichen Tätigkeit stehen;
 13. die Ausübung des nicht konzessionspflichtigen Werkverkehrs mit Gütern;
 14. die Ausübung des nicht konzessionspflichtigen, nicht linienmäßigen Personenwerkverkehrs;
 15. der unentgeltliche Ausschank von Getränken; hierfür darf jedoch nicht geworben werden und dürfen keine zusätzlichen Hilfskräfte noch ausschließlich diesem Ausschank dienende Räume verwendet werden.
- (1a) Gewerbetreibenden steht auch 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 vH 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 vH der gesamten Leistung ausmachen.
- (2) Bei Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 und Abs. 1a müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen.

Das „Schneiden und Bohren von Beton“ ist eine Tätigkeit, die dem Baumeistergewerbe bzw. dem daraus gebildeten Teilgewerbe Betonbohren und –schneiden vorbehalten ist. Mit der Gewerberechtsnovelle 2017 wurden mit Ausnahme von Betonbohren und –schneiden sämtliche bisher bestehende Teilgewerbe zu freien Gewerben. Nach den Materialien ist das Schneiden und Bohren von Beton auf Baustellen sowohl in sich selbst eine gefahren geneigte Tätigkeit, die hoher Fachkunde bedarf, um überhaupt gefahrenfrei ausgeübt werden zu können, als auch eine Tätigkeit, die bei unsachgemäßer Ausführung auf die Stabilität der Bausubstanz und damit die zukünftige Sicherheit des Bauwerks gefährlichen Einfluss haben kann.

Nach den zitierten Gesetzesmaterialien wird daher bei der dem Baugewerbe vorbehaltenen Tätigkeit von „Schneiden und Bohren von Beton“ auf die Errichtung von Bauwerken abgestellt („Stabilität der Bausubstanz“).

Im gegenständlichen Fall sollen mittels Bohren von Beton (oder Ziegel oder Pflastersteinen etc.) die Fahrrad- und Scooterständer am Untergrund samt Verdübelung befestigt werden. Es sollen laut *„Einkalkulierte Leistungen“* in der Ausschreibung das *„Bohren von Montagelöchern in Mauerwerk, Beton oder Stahlbeton bis zu einem Durchmesser von 20 mm, wenn gelieferte Bauteile auch montiert werden“* in den Einheitspreis einkalkuliert werden.

„Einfache Tätigkeiten“, also Tätigkeiten, deren fachgemäße Ausübung den ansonsten vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, sind den Inhabern einer Gewerbeberechtigung für das betreffende reglementierte Gewerbe „nicht vorbehalten“. „Einfache Tätigkeiten“ dürfen folglich nicht nur von Inhabern einer einschlägigen Gewerbeberechtigung, sondern auch von jedem anderen Gewerbetreibenden, einschließlich den Inhabern freier Gewerbe ausgeführt werden. § 31 Abs. 1 GewO 1994 nominiert insoweit der Sache nach ein für alle Gewerbetreibende geltendes Nebenrecht. Als einfache Tätigkeiten gelten jedenfalls nicht die für ein Gewerbe typischen Kerntätigkeiten. „Einfache Tätigkeiten“ können auch zum Gegenstand eines freien Gewerbes gemacht und als solches angemeldet werden (*Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, Gewerbeordnung, 4. Auflage, § 31 GewO, Rz 5 und 6).

Für den konkreten Fall wurde von den Parteien nicht in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise aufgezeigt, dass für die fachgerechte Ausführung des Bohrens in Beton oder Stahlbeton bis zu einem Durchmesser von 20 mm die für die Tätigkeit des Schneidens und Bohrens von Beton erforderliche Ausbildung bzw. ein diesbezüglicher Befähigungsnachweis für das Schneiden und Bohren von Beton erforderlich wäre, noch konnte das Verwaltungsgericht von Amts wegen zu einer diesbezüglichen Feststellung gelangen. Das gegenständlich ausgeschriebene Bohren in Beton oder Stahlbeton bis zu einem Durchmesser von 20 mm, um die Fahrrad- und Scooterständer zu verankern, kann daher für den konkreten gegenständlichen Fall als einfache Tätigkeit gemäß § 31 Abs. 1 GewO 1994 angesehen werden.

Es ist der Antragsgegnerin beizupflichten, dass die Befestigung der Fahrrad- und Scooterständer an Schulstandorten aufgrund einer zu erwartenden Beanspruchung bestimmten Anforderungen gerecht werden muss, doch gilt diese Beanspruchung auch im öffentlichen Raum, etwa bei Bahnhöfen, Parks, Spiel- und Sportstätten oder Wohnsiedlungen, da sich auch dort Kinder und Jugendliche aufhalten und die Ständer benutzen. Auch sind Vandalenakte nie auszuschließen. Es ist nach den zur bisherigen Tätigkeit der Antragstellerin getroffenen Feststellungen davon auszugehen, dass sich von der Antragstellerin montierte Fahrrad- und Scooterständer bereits an diversen Standorten befinden, deren Montage

fachgerecht erfolgt ist und die Antragstellerin diese Montage fachgerecht vornimmt. Letztlich ist eine entsprechende (besondere) Anforderung in der Ausschreibung dazu nicht festgelegt.

Das gegenständliche Bohren von Beton stellt auch nicht auf die Sicherheit eines Bauwerkes hinsichtlich der Statik ab („Stabilität der Bausubstanz und damit die zukünftige Sicherheit des Bauwerks“ laut Materialien) und ist aufgrund der geringen Größe und des geringen Gewichtes der Fahrrad- und Scooterständer sowie der fehlenden statischen Relevanz nicht von einem Bauwerk im gewerberechtlichen Sinn auszugehen. Das gegenständliche Bohren von Beton besteht im Anbohren von Beton oder dergleichen und der fachgemäßen Befestigung und Verankerung der Fahrrad- und Scooterständer. Die Prüfung des Untergrundes auf seine Tauglichkeit zur Verankerung stellt ein Fachwissen dar, das dem Baumeistergewerbe nicht vorbehalten ist, da etwa auch ein Bieter mit Gewerbeberechtigung „Schlosser“ eine solche Beurteilung und Montage (samt Bohren von Beton) durchzuführen hat. Auch andere Gewerbe wie zB Gas- und Sanitärtechniker, Heizungstechniker, Elektrotechniker und Tischler sowie im Rahmen von Montagetätigkeiten auch Händler führen Tätigkeiten des Bohrens in Beton sowie die damit verbundene Beurteilung des Untergrundes durch, um ihre Werkstoffe bzw. zu befestigende Gegenstände mit Beton in eine feste Verbindung zu bringen, ohne dass die Beurteilung des Untergrundes ein spezifisches Fachwissen benötigen würde, das dem Baumeistergewerbe vorbehalten ist. Das Gericht ist daher für den konkreten Fall davon ausgegangen, dass das gegenständliche Bohren von Beton fallbezogen als einfache Tätigkeit des reglementierten Baugewerbes diesem nicht vorbehalten.

Es ist demnach für die ausgeschriebene Leistung weder das Gewerbe „Baumeister“ noch das Gewerbe „Schlosser“ bzw. „Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau; Metalltechnik für Schmiede und Fahrzeugbau; Metalltechnik für Land- und Baumaschinen“ für den gegenständlichen Auftrag einzig erforderlich. Die Befestigung der Fahrrad- und Scooterständer kann daher im gegenständlichen Fall von der Antragstellerin durch das für alle Gewerbetreibende geltende Nebenrecht nach § 32 Abs 1 Z 11 in Verbindung mit § 31 Abs. 1 GewO 1994 vorgenommen werden.

Nach Ansicht des Senates umfasst die gegenständlich ausgeschriebene Leistung – Liefern und Montieren von Fahrrad- und Scooterständen – in diesem konkreten Fall eine einfache Tätigkeit im Sinn des § 31 Abs. 1 GewO 1994. Einfache Tätigkeiten können nach den Materialien auch zum Gegenstand eines freien Gewerbes gemacht und als solches angemeldet werden. Es ist daher zu folgern, dass die Antragstellerin die verfahrensgegenständlichen Montagearbeiten im Rahmen des Nebenrechtes vornehmen darf, weil die gegenständlich ausgeschriebene Montagetätigkeit dem reglementierten Gewerbe nicht vorbehalten ist, sondern vielmehr als einfache Tätigkeit Gegenstand eines freien Gewerbes sein kann.

Das Recht der Gewerbetreibenden, Leistungen anderer Gewerbe (als des eigenen, durch Gewerbeanmeldung abgedeckten Hauptgewerbes) zu erbringen, ist nach § 32 GewO 1994 auf dreifache Weise beschränkt, nämlich: Leistungen anderer Gewerbe dürfen erbracht werden, wenn sie die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen (Absatz 1a Satz 1); ferner ist die Erbringung von Leistungen anderer Gewerbe – je nach Gewerbeart (freie/reglementierte) unterschiedlich – umfangmäßig beschränkt (Absatz 1a Satz 2 und 3). Überdies müssen bei Erbringung von Leistungen anderer Gewerbe der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des (Haupt-)Betriebes erhalten bleiben (Abs. 2).

Das Montieren von Fahrrad- und Scooterständen ergänzt die eigene Leistung, das ist der Handel mit Fahrrad- und Scooterständen, weil entscheidend ist, ob aus Kundensicht die eigene Leistung des Gewerbeberechtigten zu einer Gesamtleistung ökonomisch sinnvoll erweitert wird, insbesondere müssen dafür nicht verschiedene Gewerbetreibende mit unterschiedlichen Gewerbeberechtigungen in Anspruch genommen werden. Auch wenn die Montage gegenständlich in nur untergeordnetem Ausmaß von der Antragstellerin bei ihren Kunden selbst vorgenommen wird, stellt die Montage eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung dar, da ohne Befestigung und Verankerung von Fahrrad- und Scooterständen diese keine praktische und sichere Verwendung in der Wirklichkeit haben.

Gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 sind umsatzmäßige Schranken für die Erbringung von ergänzenden Leistungen zu beachten. Das zulässige Volumen orientiert sich

an einer Obergrenze von maximal 30 % des Jahresumsatzes für alle Tätigkeiten – egal ob frei oder reglementiert, wobei für ergänzende Leistungen aus reglementierten Gewerben eine Grenze von maximal 15 % pro Auftrag vorgesehen ist. Das bedeutet, dass ein Gewerbetreibender innerhalb der Höchstgrenze von 30 % flexibel einen Mix aus reglementierten und freien Nebenrechtsleistungen erbringen kann, solange die Nebenrechtsleistungen aus reglementierten Gewerben 15 % einer gesamten beauftragten Leistung nicht übersteigen. Ein Erbringen von mehr als 30 % Nebenrechtsleistungen ist, unabhängig vom Mix der Nebenrechtsleistungen, nicht gedeckt.

Die ergänzenden Leistungen dürfen daher insgesamt bis zu 30 % des im Wirtschaftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen. Das bedeutet umgekehrt, dass Nebenrechtleistungen grundsätzlich bis zum Ausmaß von 30 % des Jahresumsatzes eines Unternehmens ausmachen dürfen. Erst bei einem darüberhinausgehenden Umsatz von Nebenrechtleistungen liegt eine unzulässige Inanspruchnahme des Nebenrechts gemäß Abs. 1a vor. Die relevante Bezugsgröße ist also der Gesamtumsatz eines Wirtschaftsjahres (*Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, zu § 32, Rz 28 f, 3. Auflage).

Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsverfahren und in der Verhandlung dargelegt, dass etwa 98 % der Kunden die Fahrrad- und Scooterstände selber montieren. Aus diesem Blickwinkel kommen die Montagearbeiten unter 30 % des Gesamtumsatzes zu liegen. Die Antragsgegnerin ist unter der Annahme einer reglementierten Tätigkeit von einer die Schwelle von 15 % übersteigenden Montagetätigkeit pro Auftrag ausgegangen. Eine reglementierte Tätigkeit hat sich jedoch nach dem Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens nicht ergeben. Es ist daher unter der Annahme eines Nebenrechtes im Sinn des § 31 Abs. 1 GewO 1994 davon auszugehen, dass die Antragstellerin als Gewerbetreibende diese – im konkreten Fall als einfache Tätigkeit beurteilte Montage - in Ausübung des Nebenrechtes nach § 32 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 anbieten darf.

In Anbetracht der derzeit geringen Montagetätigkeit der Antragstellerin, bei nur ca. 2 % der Kunden werden die Stände montiert, und dem Hinzutreten der vergabegegenständlichen Montagearbeiten ist davon auszugehen, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes durch die

Montagetätigkeiten erhalten bleiben und der Handel mit Fahrrad- und Scooterständen die Haupttätigkeit darstellt.

Die im Nachprüfungsverfahren vorgebrachten Nebenrechte der Z 1 (Vollendungsarbeiten) und Z 6 (Montage) des § 32 Abs. 1 GewO 1994 trafen auf den Anlassfall ebenfalls zu. Diesbezüglich wird auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen. Wenn die Antragstellerin die Ständer auf Wunsch der Antragsgegnerin nicht nur liefert, sondern auch vor Ort befestigt (montiert), so stellt dies eine Vollendungsarbeiten dar, mit der sie ihr Produkt absatzfähig macht. Der Tatbestand einer Vollendungsarbeit im Sinne der Ziffer 1 ist insoweit erfüllt. In inhaltlicher Hinsicht stellt diese Tätigkeit eine Montagetätigkeit dar, womit zugleich auch der Tatbestand der Montage gemäß Ziffer 6 erfüllt ist.

Auch wäre der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens aus den nachfolgenden Gründen auch dann nicht anders gewesen, wenn das im Anlassfall anfallende Bohren in Beton – der Rechtsansicht der Antragsgegnerin folgend – Gegenstand eines reglementierten Gewerbes wäre.

In einem solchen Fall hätte die Antragstellerin gemäß § 32 Abs. 1a GewO zusätzlich eine Grenze von 15 % der gesamten Leistung zu beachten gehabt. Dabei hätte sich diese Grenze von 15 % nur auf den Anteil der Leistung der Antragstellerin bezogen, die einem reglementierten Gewerbe vorbehalten ist, nicht aber auf den Anteil der Leistung, der keinem reglementierten Gewerbe vorbehalten ist und im Rahmen eines freien Gewerbes erbracht werden kann.

Die Antragsgegnerin hat ermittelt, dass die von der Antragstellerin kalkulierten Lohnkosten 16,01% des Leistungsgegenstandes ausmachen, und diese Lohnkosten mit dem Anteil der einem reglementierten Gewerbe vorbehalten Tätigkeit gleichgesetzt.

Zunächst wäre ein auf diese Weise errechneter Anteil an Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes weder schlüssig noch nachvollziehbar. Die Berechnungsweise der Antragsgegnerin würde nämlich voraussetzen, dass im Zuge der Handelstätigkeit der Antragstellerin Lohnkosten für Tätigkeiten, die keinem reglementierten Gewerbe vorbehalten sind, nicht anfallen. Es liegt aber

nahe, dass derartige Lohnkosten zumindest für die Lieferung der Ware und für den Zusammenbau der Einzelteile anfallen. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin selbst angegeben, dass nicht jede Montagetätigkeit das Bohren von Beton erfordert und somit allenfalls ein Teil der Montagen jeweils zu einem Teil Tätigkeiten erfordern würde, die einem reglementierten Gewerbe vorbehalten wären.

Die Berechnung des Anteils von Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes an der Gesamtleistung durch die Antragsgegnerin ist somit mangels der für eine solche Berechnung erforderlichen Differenzierung zwischen Tätigkeiten, die einem reglementierten Gewerbe vorbehalten sind, und Tätigkeiten, auf die das nicht zutrifft, nicht geeignet, die von der Antragsgegnerin behauptete Überschreitung der Schwelle von 15 % an Tätigkeiten, die reglementierten Gewerbe vorbehalten sind, darzulegen.

Darüber hinaus wäre es der Antragsgegnerin oblegen, eine allenfalls von ihr vermutete Überschreitung der Schwelle von 15% an Tätigkeiten, die nach Ansicht der Antragsgegnerin reglementierten Gewerben vorbehalten sind, der Antragstellerin vorzuhalten und ihr in einem kontradiktorischen Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Die Antragstellerin hat das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin nach Ansicht des Gerichts ausreichend damit beantwortet, dass die Antragstellerin auf ihre Befugnis für das Handelsgewerbe und auf die ihr im Zuge der Ausübung des Handelsgewerbes zustehenden Nebenrechte verwiesen hat. Wenn sich aufgrund der Beantwortung der Antragstellerin für die Antragsgegnerin spezifische Folgefragen ergeben haben, so hätte sie wegen dieser spezifische Folgefragen neuerlich nachzufragen gehabt.

Zusammenfassend durfte die Antragsgegnerin daher mit ihrem Ersuchen um Bekanntgabe, auf welche Befugnisse die Antragstellerin die von ihr angebotenen Leistungen stütze, nicht erwarten, von der Antragstellerin detaillierte Ausführungen zu spezifischen Fragen des Umfangs einzelner Nebenrechte der Gewerbetreibenden zu erwarten. Spezifische Antworten solcher Art hätten somit eine neuerliche spezifische Nachfrage durch die Antragsgegnerin erfordert.

In diesem Zusammenhang ist schließlich auch zu erwähnen, dass nicht einmal im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ausreichende Umstände für die Annahme hervorgekommen sind, dass einzelne Tätigkeiten der Antragstellerin im Zuge der Ausführung des Auftrags einem reglementierten Gewerbe vorbehalten wären. Die Antragstellerin hatte daher auch keinen Anlass, in der Beantwortung des Aufklärungsersuchens der Antragsgegnerin detaillierte Berechnungen und Nachweise eines allfälligen Anteils von Tätigkeiten, die reglementierten Gewerben vorbehalten sind, an der Gesamtleistung vorzunehmen.

Die antragsgegenständliche Ausscheidensentscheidung war daher auch aus diesem Grund spruchgemäß nichtig zu erklären.

Auf das Vorbringen der Antragstellerin zur ausreichenden Begründung der Ausscheidensentscheidung war nicht mehr einzugehen.

Die Entscheidung hinsichtlich der Pauschalgebühren gründet auf § 15 Abs. 1 WVRG 2020, die dort genannten Voraussetzungen liegen vor.

Die Entscheidung zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde zu VGW-123/074/8474/2025 protokolliert.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären.

Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr. OPPEL