



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

GZ: VGW-123/077/4184/2024-6
A.

Wien, 03.05.2024

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ 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.

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.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 25 (im Folgenden: Antragsgegnerin), ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich 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.

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.

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.

Eine getrennte Betrachtung der Leistungen zwischen den Mitgliedern der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei rechtlich nicht nachvollziehbar. Bei der präsuntiven 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.

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 Erträge 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.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auszuscheiden, 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 präsuntiven Zuschlagsempfängerin einen materiellen Wettbewerbsvorteil bringen. Das Vorgehen würde dem Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs widersprechen, da das verpflichtende Ausscheiden dem Schutz Dritter diene. Es könne demzufolge der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nicht zugestanden werden, so lange nachzubessern, bis ein rechtskonformes Angebot vorliege.

Wenn die präsuntive 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.

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

Vorauszuschicken sei, dass die präsuntive 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 präsuntiven 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.

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 präsumtive 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 präsumtive 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 präsumtive 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.

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 präsumentive 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..

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 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 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 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 Wirtschaftstreuhänder die Frage einer etwaigen Ertragserzielungsabsicht des F. geprüft hat und wie danach die AG die Plausibilität der Prüfung des Wirtschaftstreuhänders 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 Vollauffertigung 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 Stellenwert hat. Diese Gruppenarbeit soll in einer konsumfreien Zone erfolgen. Die Gruppenarbeit ist in den Gesamtzusammenhang der Stadtentwicklung eingebunden. Darüber hinaus betrifft die Kommunikation auch die Schiene zwischen Stadtplanung und öffentlicher Verwaltung einerseits und den Bewohnern andererseits.

Nicht Teil der ausgeschriebenen Leistung sind insbesondere:

- Psychosoziale Beratung im Sinne eines Eingehens auf individuelle psychosoziale Beratungserfordernisse. In Fällen eines solchen Beratungsbedarfs erfolgt eine Verweisung an eine zuständige Beratungseinrichtung.
- Kommunikationsmanagement im Sinne von Kommunikationstraining, Gruppenberatung und Gruppencoaching. Das Kommunikationsmanagement geht gemäß der Leistungsbeschreibung nicht über das Maß hinaus, das Gruppenarbeit bereits allgemein inhärent ist.
- Konfliktlösung im Sinne einer systematischen Aufarbeitung des Konflikts und im Sinne von systematischen Lösungsansätzen.

Die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin haben jeweils einen Teilnahmeantrag gestellt, ein Erstangebot und schließlich ein LBO abgegeben.

Weder die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch die Antragstellerin verfügt über eine Befugnis für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist eine Bietergemeinschaft, deren Mitglied das F. ist. Das F. ist per Satzung ein gemeinnütziger mildtätiger Verein, dessen Zwecke unter anderem die Ausübung und Förderung von Sozialarbeit sowie die Errichtung und der Betrieb von Einrichtungen der Sozialarbeit sind. Das F. ist gemeinnützig im Sinne der Bundesabgabenordnung.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die sich aus der D. GmbH, der E. GmbH und dem Verein F. zusammensetzt, hat im Zuge der von der Antragsgegnerin durchgeführten vertieften Angebotsprüfung eine Liste an Mitarbeitern vorgelegt, die für die ausschreibungsgegenständliche Leistung verfügbar sind. Diese Liste enthält unter anderem Mitarbeiter des F., die den Anteil der Sozialarbeiter an der Leistungserbringung stellen.

Die Festlegung, wonach in der Gebietsbetreuung auch Sozialarbeiter (zumindest ein Vollzeitäquivalent) vertreten sein sollen, erfolgte mit der Zielsetzung, in der

Gebietsbetreuung auch die Erfahrungen und Kenntnisse zumindest eines Sozialarbeiters verfügbar zu haben. Ein Vorliegen von Sozialarbeit auch in inhaltlicher Hinsicht ist aus der Leistungsbeschreibung nicht schlüssig ableitbar.

Der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kalkulierte Stundensatz ist im Vergabeakt dokumentiert und ist - wie auch in der Zuschlagsentscheidung angegeben ist – höher als der von der Antragstellerin kalkulierte Stundensatz. Dieser Stundensatz differenziert bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht zwischen einem Stundensatz der F. und den anderen Mitgliedern der Bietergemeinschaft, sondern ist einheitlich. Ein allenfalls niedrigerer Stundensatz der F. würde das Innenverhältnis der Bietergemeinschaft betreffen (Aufteilung des Entgelts auf die einzelnen Mitglieder der Bietergemeinschaft).

Das Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, dass das F. lediglich die Kosten der Erbringung ihrer Leistung kalkuliert hätte, konnte zunächst im vorausgegangenen Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung vom 24.11.2023 nicht auf seine Richtigkeit geprüft werden, weil diesbezüglich keine ausgefüllten Kalkulationsblätter oder vergleichbare Nachweise im Vergabeakt waren und die präsumtive Zuschlagsempfängerin solche Kalkulationsblätter oder vergleichbaren Nachweise in dem vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (betreffend die Zuschlagsentscheidung vom 24.11.2023) auch in der mündlichen Verhandlung nicht mithatte. Die damalige Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin hat den Aspekt bloßer Kostendeckung nicht eingeschlossen.

Das Verwaltungsgericht hat daraufhin mit Erkenntnis vom 15.02.2024, ZI VGW-123/077/15212/2023, die Zuschlagsentscheidung vom 24.11.2023 nichtig erklärt.

Die Antragsgegnerin hat daraufhin die vertiefte Angebotsprüfung fortgesetzt und von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Aufklärung und den Nachweis verlangt, ob das F. für den von ihm zu erbringenden Teil der Leistung einen Gewinn oder lediglich die anfallenden Kosten kalkuliert hat. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin eine Bestätigung eines Steuerberaters bzw. Wirtschaftsprüfers verlangt, aus der hervorgehe, dass die Leistungen des F. für das gegenständliche Projekt im Bereich soziale Arbeit lediglich mit den tatsächlich anfallenden Kosten kalkuliert worden seien.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat den im Vergabeakt befindlichen Prüfbericht einer Wirtschaftsprüfungs- und SteuerberatungsgmbH vorgelegt. Diesem Prüfbericht ist zu entnehmen, dass diese Wirtschaftsprüfungs- und SteuerberatungsgmbH die Kalkulation des F. eingehend geprüft hat. Diese Prüfung ist insbesondere auch der Frage nachgegangen, ob etwaige angestrebte Erträge in der Kalkulation in etwaigen überhöhten Kostenansätzen enthalten wären. Der Prüfbericht ist zu dem Ergebnis gekommen, dass das F. lediglich die tatsächlich erwachsenden Kosten kalkuliert habe und die Kalkulation keine Erträge, insbesondere auch keine verborgenen Erträge, beinhalte. Die zu Grunde liegenden Kalkulationsansätze des F. sind dem Prüfbericht angeschlossen.

Die Antragsgegnerin hat sich im Zuge der fortgesetzten Eignungsprüfung mit diesen Kalkulationsansätzen und mit dem Prüfbericht inhaltlich auseinandergesetzt und insbesondere am 07.03.2024 eine niederschriftliche Aufklärung mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Frage der Ertragserzielungsabsicht des F. vorgenommen.

Im Vergabeakt befindet sich weiters ein umfassender Prüfbericht der Antragsgegnerin vom 15.03.2024 zur Frage, ob das F. die von ihr zu erbringenden Leistungen mit einem angestrebten Ertrag kalkuliert hat. Der Prüfbericht kommt zu dem Ergebnis, dass das F. lediglich die für die Leistungserbringung anfallenden Kosten kalkuliert hat und die Kalkulationsansätze keinen angestrebten Ertrag enthalten.

Die einzelnen Prüfschritte sowohl der Antragsgegnerin im Prüfbericht vom 15.03.2024 als auch der Wirtschaftsprüfungs- und SteuerberatungsgmbH in deren Prüfbericht sind im Detail dargelegt und sind plausibel und nachvollziehbar.

Das F. hat somit den von ihm zu erbringenden Teil der Leistung lediglich mit den Kosten kalkuliert, die dem F. durch die Erbringung der Leistung entstehen (d.h., mit den durch die Leistungserbringung anfallenden Kosten kalkuliert).

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt über eine Ziviltechnikerbefugnis für die Fachgebiete Architektur sowie Raumplanung und Raumordnung und über

Gewerbeberechtigungen für Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation, für PR-Berater, für Markt- und Meinungsforscher und für Werbeagentur. Dabei entfallen die Ziviltechnikerbefugnis auf die E. GmbH und die Gewerbeberechtigungen auf die D. GmbH. Das F. verfügt über Gewerbeberechtigungen für Elektrotechnik, für Gastgewerbe in der Betriebsart Buffet und für Tischler.

Das F. ist als gemeinnütziger Verein umsatzsteuerrechtlich insoweit begünstigt, als seine Leistungen einem reduzierten Umsatzsteuerersatz von 10 % unterliegen, wohingegen die anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft (präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit ihren Leistungen dem regulären Umsatzsteuerersatz von 20 % unterliegen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist als Bietergemeinschaft selbst Umsatzsteuersubjekt und hat für ihre Leistungen einen einheitlichen Umsatzsteuerersatz (von 20 %) in Rechnung zu stellen.

Weder der Empfang der ausschreibungsgegenständlichen Leistung durch das F. noch die Zusammenarbeit mit dem F. im Rahmen einer Bietergemeinschaft ist an das Erfordernis einer Mitgliedschaft im Verein F. gebunden.

Bei der Beweiswürdigung hat der Senat erwogen:

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf dem Vergabeakt, auf dem Parteivorbringen und den diesen angeschlossenen Unterlagen sowie auf der durchgeführten mündlichen Verhandlung.

In rechtlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht erwogen:

§ 1 GewO 1994 lautet:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

(2) Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im

Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Die Veröffentlichung über eine den Gegenstand eines Gewerbes bildende Tätigkeit in Registern gilt nicht als Ausübung, wenn die Veröffentlichung auf Grund von gesetzlichen Verpflichtungen erfolgt.

(5) Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

(6) Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit – sei es mittelbar oder unmittelbar – auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiel, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, daß die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.“

§ 2 GewO 1994 lautet:

„§ 2 (1) Dieses Bundesgesetz ist – unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften – auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden:

1. die Land- und Forstwirtschaft (Abs. 2 und 3);
2. die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft (Abs. 4);
3. die Vermittlung von im Abs. 4 Z 4 bis 8 angeführten Leistungen durch Vereine im Sinne des Vereinsgesetzes 1951, BGBl. Nr. 233, deren satzungsgemäßer Zweck diese Vermittlungstätigkeit umfaßt, zwischen ihren Mitgliedern;
4. die nachstehenden Tätigkeiten land- und forstwirtschaftlicher Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nach Maßgabe des Abs. 7, soweit der Geschäftsbetrieb dieser Genossenschaften im wesentlichen der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dient: (...)
5. den Buschenschank (Abs. 9);

6. *den Bergbau (Abs. 10);*
7. *die literarische Tätigkeit, die Ausübung der schönen Künste (Abs. 11) sowie die Ausübung des Selbstverlages der Urheber;*
8. *die gegen Stunden- oder Taglohn oder gegen Werksentgelt zu leistenden Verrichtungen einfachster Art;*
9. *die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige;*
10. *die zur Berufsausübung zählenden und in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten der Rechtsanwälte, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ziviltechniker, Patentanwälte, Versicherungstechniker, Wirtschaftstreuhänder, Bilanzbuchhalter, Personalverrechner, Buchhalter und Börsesensale, den Betrieb von autorisierten Untersuchungs-, Erprobungs- und Materialprüfungsanstalten und den Betrieb von akkreditierten (zugelassenen) Prüf-, Überwachungs- und Zertifizierungsstellen und von öffentlichen Wäg- und Messanstalten sowie die Tätigkeiten sonstiger Personen oder Anstalten, die von der Behörde hiefür besonders bestellt und in Pflicht genommen wurden, die Revision und die damit im Zusammenhang ausgeübte Beratung von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und ihnen gleichgestellten Vereinen, alle Auswanderungsgeschäfte;*
11. *die Ausübung der Heilkunde, der Psychotherapie und des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens, die zur Berufsausübung zählenden und in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten der Dentisten, Hebammen, der Tierärzte sowie der Apotheker, die Krankenpflegefachdienste, die medizinisch-technischen Dienste sowie die Sanitätshilfsdienste, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten, die in Anstalten zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit oder im Rahmen von Rehabilitationsprogrammen öffentlich-rechtlicher Körperschaften zu leistenden gewerblichen Arbeiten;*
12. *die Ausübung der Erwerbszweige des Privatunterrichtes und der Erziehung und den Betrieb jener Anstalten, die diesen Aufgaben dienen, ferner die gewerblichen Arbeiten von öffentlichen Schulen oder mit dem Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Privatschulen;*
13. *die gewerblichen Arbeiten von Anstalten, die von öffentlichen Wohlfahrts- und Fürsorgeeinrichtungen betrieben werden, ferner von Integrativen Betrieben im Rahmen der Behindertenhilfe sowie von Anstalten für den Vollzug von Freiheitsstrafen und von mit Freiheitsentzug verbundenen vorbeugenden Maßnahmen;*
14. *den Betrieb von Bankgeschäften einschließlich der nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 erbrachten Dienstleistungen mit Ausnahme der Tätigkeiten eines vertraglich gebundenen Vermittlers gemäß § 1 Z 44 oder eines Wertpapiervermittlers gemäß § 1 Z 45 des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2018 – WAG 2018, BGBl. I Nr. 107/2007, den Betrieb von Versicherungsunternehmen sowie den Betrieb von*

Pensionskassen, Zahlungsinstituten oder E-Geld-Instituten. Soweit das BWG nicht besondere Regelungen vorsieht, gelten für die Ausübung der Versicherungsvermittlung durch Kreditinstitute die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, ausgenommen die Bestimmungen über Betriebsanlagen;

15. *den Betrieb von Eisenbahnunternehmen und von deren Hilfseinrichtungen sowie deren Hilfstätigkeiten einschließlich des Betriebes von Seilbahnen im Sinne des Seilbahngesetzes 2003, BGBl. I Nr. 103, im Falle der Gegenseitigkeit die Bewirtschaftung von Speisewagen und Schlafwagen in- und ausländischer Eisenbahnunternehmen durch ausländische Unternehmen bei Fahrten vom Ausland aus durch Österreich oder vom Ausland aus nach Österreich oder umgekehrt, den Betrieb von Schifffahrtsunternehmen mit Wasserfahrzeugen, im Falle der Gegenseitigkeit die Bewirtschaftung von Schiffsrestaurants und -buffets auf Wasserfahrzeugen ausländischer Schifffahrtsunternehmen durch ausländische Unternehmen bei Fahrten vom Ausland aus durch Österreich oder vom Ausland aus nach Österreich oder umgekehrt, den Betrieb von Fähren (Überfuhren) und von Kraftfahrlinienunternehmen;*

16. *den Betrieb von Luftverkehrsunternehmen (Luftbeförderungsunternehmen und Luftfahrzeug-Vermietungsunternehmen), von Zivilflugplatzunternehmen sowie von Hilfsbetrieben der Luftbeförderungs- und Zivilflugplatzunternehmen;*

17. *den Betrieb von Theatern und Lichtspieltheatern und von Unternehmen öffentlicher Belustigungen und Schaustellungen aller Art, musikalische und literarische Darbietungen;*

18. *die Herausgabe, das Herstellen und das Verbreiten periodischer Druckwerke durch das Medienunternehmen des Medieninhabers sowie den Kleinverkauf solcher Druckwerke;*

19. *die Tätigkeit der Berg- und Schiffführer;*

20. *den Betrieb von Elektrizitätsunternehmen (§ 7 Z 11 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 – EIWOG 2010) und jenen Erdgasunternehmen (§ 7 Abs. 1 Z 16 Gaswirtschaftsgesetz 2011 – GWG 2011), die nicht Erdgashändler (§ 7 Abs. 1 Z 14 GWG 2011) sind;*

21. *die unter das Sprengmittelgesetz 2010 – SprG fallenden Erzeugungs-, Verarbeitungs- und Verkaufstätigkeiten;*

22. *die Vermittlung und den Abschluß von Wetten aus Anlaß sportlicher Veranstaltungen (Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher);*

23. *die vom Arbeitsmarktservice oder gemeinnützigen Einrichtungen durchgeführte Arbeitsvermittlung und Berufsberatung;*

24. *den Betrieb der dem Bund zustehenden Monopole und Regalien sowie die Erzeugung von Blatternimpfstoff;*

25. *die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Rahmen und Umfang von Veranstaltungen im Sinne des § 5 Z 12 des*

Körperschaftsteuergesetzes 1988 durch Körperschaften des öffentlichen Rechtes sowie sonstige juristische Personen, die im Sinne der §§ 34 BAO gemeinnützig, kirchlich tätig sind, und durch deren Dienststellen sowie juristische Personen, die gemäß § 1 Abs. 3 Z 2 und § 5 Z 12 lit. b und c des Körperschaftsteuergesetzes 1988 wie Körperschaften des öffentlichen Rechts zu behandeln sind. Diese Veranstalter haben § 112 Abs. 4 und 5 und § 114 sowie die einschlägigen gesundheits-, lebensmittel-, wasser- und abfallrechtlichen Vorschriften einzuhalten. (...).“

§ 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. die 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. (...).“

Vorweg ist zunächst auf das Argument der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einzugehen, der Leistungsteil, der dem F. zukomme, sei als soziale Arbeit – unabhängig von der Frage des Vorliegens einer allfälligen Ertragserzielungsabsicht - als Angelegenheit des Art. 15 B-VG vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen.

Mit den Fragen, ob sich die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin behauptete Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 für soziale Arbeit nachvollziehen und auf den gegenständlichen Anlassfall übertragen lässt, hat sich das Verwaltungsgericht bereits im Erkenntnis vom 15.02.2024, VGW-123/077/15212/2023, eingehend auseinandergesetzt.

Eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 zu Gunsten von sozialer Arbeit in dem von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin behaupteten Umfang ist aus der Argumentation der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nicht ableitbar und nicht schlüssig nachvollziehbar. Der Ausnahmekatalog des § 2 Abs. 1 GewO 1994 enthält einzelne Bestimmungen, die sich zum Teil auch auf soziale Arbeit beziehen. Insbesondere nimmt § 2 Abs. 1 Z 13 GewO 1994 gewerbliche Arbeiten von Anstalten, die von öffentlichen Wohlfahrts- und Fürsorgeeinrichtungen betrieben werden, sowie von Integrativen Betrieben im Rahmen der Behindertenhilfe sowie von Anstalten für den Vollzug von Freiheitsstrafen und von mit Freiheitsentzug verbundenen vorbeugenden Maßnahmen vom Anwendungsbereich der GewO 1994 aus. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hat jedoch weder behauptet noch glaubhaft gemacht, dass diese Ausnahmebestimmung auf das F. und auf den von diesem zu erbringenden Leistungsteil zutreffen würde. Auch sonst hat sich die präsuntive Zuschlagsempfängerin mit diesem Vorbringen auf keine der im § 2 Abs. 1 GewO 1994 aufgelisteten Ausnahmen vom Anwendungsbereich der GewO 1994 gestützt und es ist auch nicht ersichtlich, dass eine der Ausnahmen des § 2 Abs. 1 GewO 1994 vom Anwendungsbereich der GewO 1994 im Anlassfall zutreffen würde.

Vor allem aber konnte vom Verwaltungsgericht nicht ausreichend nachvollzogen werden, dass vor dem Inkrafttreten der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung der Art. 10 bis 15 B-VG die Ausübung von Sozialarbeit bzw. von sozialer Arbeit in einer Weise vorgefunden worden wäre, die einerseits selbständig und mit Ertragserzielungsabsicht ausgeübt wurde und andererseits als nicht dem Gewerberecht unterliegend behandelt wurde. Die Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit, die zu diesem Zeitpunkt vorgefunden wurde, wurde entweder in einem Beamten- oder sonstigen Dienstverhältnis in unselbständiger Weise oder von sozialen Einrichtungen ohne Ertragserzielungsabsicht ausgeübt. Die Frage einer etwaigen Anwendbarkeit der GewO hat sich daher in diesem Zusammenhang mangels Vorliegens von Selbständigkeit bzw. mangels Vorliegens von Ertragserzielungsabsicht gar nicht gestellt. Die präsuntive Zusatzempfängerin bemüht daher in ihrem Vorbringen die „Versteinerungstheorie“ vergebens.

Darüber hinaus ist die präsuntive Zuschlagsempfängerin bis zum Entscheidungszeitpunkt eine nachvollziehbare Argumentation schuldig geblieben, warum der dem F. zukommende Leistungsteil als Sozialarbeit bzw. als soziale Arbeit beurteilt werden soll. Es handelt sich bei diesem Leistungsteil um Gebietsbetreuung, wobei im Team der Gebietsbetreuung gemäß den Ausschreibungsbedingungen auch eine Person mit der Qualifikation für Sozialarbeit vertreten sein soll. Das Erfordernis der Qualifikation für Sozialarbeit bewirkt jedoch für sich nicht, dass die Leistungen der Gebietsbetreuung zu Sozialarbeit bzw. zu sozialer Arbeit werden, wenn sie durch eine Person mit der Qualifikation für Sozialarbeit ausgeübt werden.

Die Ausführungen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin zur behaupteten Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 für Sozialarbeit bzw. für soziale Arbeit gehen daher ins Leere.

Weiters ist vorweg auf das Argument der Antragsgegnerin einzugehen, eine Plausibilitätsprüfung dahingehend sei ausreichend, dass die Gewerbebehörden die Erbringung von Sozialarbeit bzw. von sozialer Arbeit ohne Gewerbeberechtigung seit Jahrzehnten nicht beanstanden würden und die Antragsgegnerin daher davon ausgehen dürfe, dass für Sozialarbeit bzw. für soziale Arbeit keine Gewerbeberechtigung erforderlich und eine rechtliche Prüfung, ob eine Gewerbeberechtigung erforderlich wäre, unzulässig sei.

Dazu ist wiederum an der zuvor im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung angesprochenen Tatsache anzuknüpfen, dass Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit in der Praxis in der Regel entweder im Rahmen eines Beamten- oder Dienstverhältnisses in unselbständiger Weise oder selbstständig ohne Ertragserzielungsabsicht erbracht wird. Im nunmehrigen Zusammenhang des Gewerberechts ist dazu auszuführen, dass gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1994 Tätigkeiten, die nicht selbstständig oder nicht mit Ertragserzielungsabsicht ausgeübt werden, nicht gewerbsmäßig erbracht werden und sich die Frage des Erfordernisses einer Gewerbeberechtigung in solchen Fällen somit nicht stellt. Für Fälle, in denen „Sozialarbeit“ bzw. „soziale Arbeit“ ausnahmsweise auf der Grundlage von Selbständigkeit ausgeübt wird, kommen anlassfallbezogen einzelne Bestimmungen des Katalogs des § 2 Abs. 1 GewO 1994 an Ausnahmen vom

Anwendungsbereich der GewO 1994 in Betracht. So sind unter anderem gewerbliche Arbeiten von Anstalten, die von öffentlichen Wohlfahrt- und Fürsorgeeinrichtungen betrieben werden, von integrativen Betrieben im Rahmen der Behindertenhilfe sowie von Anstalten für den Vollzug von Freiheitsstrafen und von mit Freiheitsentzug verbundenen vorbeugenden Maßnahmen vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausdrücklich ausgenommen.

Eine etwaige „Plausibilitätsprüfung“ etwa dahingehend, dass auf Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit schon irgendeine dieser Ausnahmen zutreffen würde, weil bisher regelmäßig irgendeine dieser Ausnahmen zutreffend gewesen wäre, wäre jedoch unzureichend. Insbesondere wäre es unzureichend, ohne Prüfung des etwaigen Vorliegens von Ertragserzielungsabsicht davon ausgehen zu wollen, dass es an Ertragserzielungsabsicht fehlen würde und die GewO 1994 daher nicht anwendbar wäre. Eine etwaige „Plausibilitätsprüfung“ hätte daher zumindest der Frage nachzugehen, aus welchem Grund eine Tätigkeit vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen wäre, und nicht aus einer nicht näher hinterfragten „Praxis der Gewerbebehörde“ zu schließen, dass keine Gewerbeberechtigung erforderlich wäre.

Darüber hinaus ist auch hier auszuführen, dass die Tätigkeit einer Gebietsbetreuung nicht allein dadurch zu Sozialarbeit bzw. zu sozialer Arbeit wird, dass diese Tätigkeit durch eine Person mit der Qualifikation für Sozialarbeit bzw. für soziale Arbeit ausgeführt wird. Die Argumentation der Antragsgegnerin geht daher ins Leere.

Sodann ist jedoch auszuführen, dass die Antragsgegnerin nach der erfolgten Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 24.11.2023 durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 15.02.2024, VGW-123/077/15212/2023, die Angebotsprüfung fortgesetzt und in nachvollziehbarer Weise festgestellt hat, dass das F. seine Leistungen lediglich mit den durch die Leistungserbringung anfallenden Kosten kalkuliert hat.

Die Antragsgegnerin hat als Nachweis der Kalkulation lediglich mit den durch die Leistungserbringung anfallenden Kosten einen Prüfbericht eines Wirtschaftsprüfers bzw. Steuerberaters sowie einschlägige Kalkulationsunterlagen verlangt und

erhalten. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin diesen Prüfbericht und die Kalkulationsunterlagen einer eingehenden Plausibilitätsprüfung unterzogen. Sowohl die erfolgte Prüfung durch den Wirtschaftsprüfer als auch die Plausibilitätsprüfung durch die Antragsgegnerin haben sich dabei nicht auf formale Aspekte beschränkt, sondern auch geprüft, ob etwaige angestrebte Erträge inhaltlich in etwaigen überhöhten Kostenansätzen enthalten sind. Anhaltspunkte für etwaige angestrebte Erträge wurden dabei nicht gefunden.

Die Tiefe der Prüfung, ob die Kalkulation des F. angestrebte Erträge beinhaltet, ist dabei nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass das F. seine Leistungen lediglich mit den durch die Leistungserbringung anfallenden Kosten kalkuliert hat.

Rechtlich ist dazu auszuführen, dass gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1994 eine Tätigkeit nur dann gewerbsmäßig ausgeübt wird, wenn mit der Tätigkeit unter anderem ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil angestrebt wird. Das F. erbringt den ihm zukommenden Leistungsteil im Rahmen der gemeinnützigen Zielsetzungen gemäß seinen Vereinsstatuten ohne die Absicht, dadurch einen Ertrag zu erwirtschaften.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass ein vermögenswerter Vorteil nicht nur in der Erwirtschaftung eines Ertrages bestehen könne, sondern auch die Erlangung eines Referenzauftrags einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen würde, ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichts zu differenzieren. Für ein Unternehmen, das sich bemüht, durch Aufträge Erträge zu erwirtschaften, stellt die Erlangung eines wichtigen Referenzauftrags einen wirtschaftlichen Vorteil dar, zumal sich für ein solches Unternehmen über die Erlangung von Referenzaufträgen schließlich Erträge erwirtschaften lassen. Das F. ist jedoch bereits von seinen Statuten her gemeinnützig und nicht auf die Erwirtschaftung von Erträgen ausgerichtet. Die Erlangung eines Referenzauftrags stellt im Zusammenhang mit der Gemeinnützigkeit des F. somit keinen vermögenswerten Vorteil dar.

Da das F. seine Leistungen ohne Ertragserzielungsabsicht kalkuliert hat und darüber hinaus auch auf Grund seiner gemeinnützigen Zielsetzung keine

Ertragserzielungsabsicht verfolgt, unterliegt das F. mit seinem Teil der ausschreibungsgegenständlichen Leistung nicht der GewO 1994.

Zu dem von der Antragstellerin angesprochenen § 1 Abs. 4 GewO 1994 ist auszuführen, dass nach dieser Bestimmung das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin lässt sich aus dieser Bestimmung jedoch nicht ableiten, dass das F. für die von ihm angebotenen Leistungen eine Gewerbeberechtigung benötigen würde. Die zitierte Bestimmung würde lediglich dann greifen, wenn das F. die von ihm angebotene Leistung mit Ertragserzielungsabsicht kalkuliert hätte, weil nur dann das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit durch das F. vorgelegen wäre. Da jedoch das F. seine Leistungen ohne Ertragserzielungsabsicht kalkuliert hat, geht die Berufung der Antragstellerin auf § 1 Abs. 4 GewO 1994 ins Leere.

Wenn die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag ausführt, Vereine seien gemäß § 1 Abs. 6 GewO 1994 ausdrücklich in den Geltungsbereich der GewO 1994 einbezogen, dann ist dazu Folgendes auszuführen:

§ 1 Abs. 6 GewO 1994 wurde geschaffen, um eine Gesetzeslücke im Zusammenhang mit sogenannten „gastgewerblichen Vereinen“ zu schließen. Dabei handelte es sich formal um kulturelle Vereine, die jedoch das Erscheinungsbild eines Gastgewerbebetriebs aufwiesen und bei denen die Bewirtung an das Erfordernis einer Vereinsmitgliedschaft geknüpft war. Der vermögenswerte Vorteil für die Vereinsmitglieder bestand in einer Bewirtung zu Selbstkostenpreisen des Vereins.

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 1 Abs. 6 GewO 1994 auf die Leistungen des F. nicht übertragbar. Die Bürger, die Leistungen der Gebietsbetreuung in Anspruch nehmen, erhalten diese in jedem Fall kostenlos. Wenn daher die Bürger diese Leistungen vom F. und nicht etwa von einem anderen Anbieter erhalten, haben sie dadurch keinen vermögenswerten Vorteil. Die Leistungserbringung durch das F. ist auch nicht an das Erfordernis geknüpft, dass der Bürger Mitglied des Vereins F. sein muss. Auch die beiden Partner des F. unterliegen nicht dem Erfordernis, Vereinsmitglieder des F. zu werden, sondern

sind mit diesem vertraglich durch das Eingehen einer Bietergemeinschaft verbunden. Darüber hinaus weist die gegenständliche Tätigkeit der Gebietsbetreuung - anders als beispielsweise hier nicht einschlägige gastgewerbliche Tätigkeiten - das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes gerade nicht auf, sondern kann diese Tätigkeit auch von nicht dem Gewerberecht unterliegenden Einrichtungen wie insbesondere Ziviltechnikerbüros und gemeinnützigen Einrichtungen erbracht werden.

Die Berufung der Antragstellerin auf § 1 Abs. 6 GewO 1994 geht daher ins Leere.

Wenn die Antragstellerin ausführt, es würde darauf ankommen, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Bietergemeinschaft Ertragserzielungsabsicht habe, so ist ihr entgegen zu halten, dass hinsichtlich der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (§ 1 Abs. 2 GewO 1994) nicht auf die Bietergemeinschaft, sondern auf das F. abzustellen ist. Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang zunächst richtig erkannt, dass bei dem allfälligen Erfordernis einer Gewerbeberechtigung nicht auf die Bietergemeinschaft, sondern auf das F. abzustellen ist, weshalb etwaige Gewerbeberechtigungen von anderen Mitgliedern der Bietergemeinschaft unberücksichtigt bleiben. Warum die Antragstellerin nunmehr bei der Frage der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, nicht ebenso auf das F., sondern auf die Bietergemeinschaft abstellen will, erschließt sich dem Verwaltungsgericht nicht und erscheint inkonsequent. Ein von den anderen Mitgliedern der Bietergemeinschaft angestrebter Ertrag vermag daher eine Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit des F. nicht zu begründen.

Wenn die Antragstellerin ausführt, ein Wettbewerb mit einem dem Gewerberecht nicht unterliegenden Mitbewerber würde zu unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen führen, so ist der Antragstellerin Folgendes entgegen zu halten:

Die Wahl der Organisationsform obliegt den Wirtschaftsteilnehmern. Mit unterschiedlichen Organisationsformen können jeweils unterschiedliche Kosten verbunden sein. Die bloße Tatsache, dass manche Organisationsformen die Mitgliedschaft zu einer anderen Kammer oder gegebenenfalls keine

Kammermitgliedschaft zur Folge haben, stellen keine unzulässige Wettbewerbsverzerrung dar. Die Argumentation der Antragstellerin geht daher insoweit ins Leere.

Zum Vorwurf etwaiger unzulässiger Querfinanzierungen durch die Antragstellerin genügt es, festzuhalten, dass das F. die von ihm zu erbringenden Leistungen mit den durch die Leistungserbringung anfallenden Kosten kalkuliert hat. Es liegt insoweit Deckung der anfallenden Kosten vor. Eine unzulässige Querfinanzierung ist daher nicht ersichtlich.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, es würde eine unzulässige nachträgliche Aufklärung durch das F. bzw. durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorliegen, ist Folgendes auszuführen:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin zunächst detailliert damit beantwortet, dass das F. keine Gewerbeberechtigung benötigen würde, weil Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit als solche nicht dem Gewerberecht unterliegen würde, und weil außerdem das F. als gemeinnützige Einrichtung anerkannt sei und damit keine Ertragserzielungsabsicht habe. Die Antragsgegnerin hat diese Aufklärung als plausibel und nachvollziehbar erachtet.

Das Verwaltungsgericht hat diese Aufklärung mit Erkenntnis vom 15.02.2024, ZI. VGW-123/077/15212/2023, aus rechtlichen Gründen als unzureichend erachtet, weil die behauptete Ausnahme vom Anwendungsbereich des Gewerberechts für die ausgeschriebene Leistung (konkret für den vom F. zu erbringenden Teil der Leistung) nicht nachvollzogen werden könne und weil Maßstab für eine etwaige Ertragserzielungsabsicht des F. nicht die gesamte Tätigkeit des F., sondern die konkret zu beurteilende Leistung sei. Die Frage, ob diese Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts zutreffend ist, ist derzeit aufgrund einer Beschwerde der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim VfGH anhängig.

Bei der vorliegenden Konstellation ist der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit zuzugestehen, im Rahmen einer fortgesetzten Angebotsprüfung nachzuweisen, dass sie die vom Verwaltungsgericht aufgezeigten

Voraussetzungen für den Entfall des Erfordernisses einer Gewerbeberechtigung des F. erfüllt. Ein ausreichend konkretes Verlangen der Antragsgegnerin, auf welche Weise das F. das Fehlen von Ertragserzielungsabsicht nachzuweisen hat, ist daher erstmals nach Erlassung des oben genannten Erkenntnisses des Verwaltungsgerichts in der fortgesetzten Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin erfolgt und wurde von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ausreichend beantwortet.

Darüber hinaus ist der präsuntiven Zuschlagsempfängerin einzuräumen, dass die Rechtsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit vom Anwendungsbereich des Gewerbeberchts ausgenommen ist, zumindest bis zum Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 15.02.2024, VGW-123/077/15212/2023, wie von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vorgenommen argumentierbar erschien und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin daher für die Erbringung des Nachweises, dass das F. seinen Teil der Leistung lediglich mit den anfallenden Kosten kalkuliert hat, eine angemessene Beantwortungszeit einzuräumen war. Die bloße Tatsache, dass diese Frage in der mündlichen Verhandlung vom 07.02.2024, VGW-123/077/15212/2023, nicht beantwortet werden konnte, bewirkt somit nicht, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin im Rahmen der fortgesetzten Angebotsprüfung von einer diesbezüglichen Aufklärung präkludiert wäre.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hat somit zulässigerweise erst in der fortgesetzten Angebotsprüfung aufgeklärt, dass das F. den auf ihn entfallenden Teil der Leistung lediglich mit den anfallenden Kosten kalkuliert hat und daher mangels Ertragserzielungsabsicht keine Gewerbeberechtigung benötigt.

Zu den von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 17.04.2024 vorgebrachten und in der mündlichen Verhandlung näher ausgeführten umsatzsteuerrechtlichen Überlegungen hat der Senat erwogen:

Die Umsatzsteuerpflicht betrifft den Empfänger der Leistung und damit die Antragsgegnerin. Es handelt sich somit um eine von der Antragsgegnerin zu zahlende Steuer. Das Unternehmen, das die Rechnung ausstellt, hat die

steuerrechtliche Pflicht, die Umsatzsteuer in der Rechnung auszuweisen, vom Empfänger der Leistung einzuheben und an das Finanzamt abzuführen.

Die Umsatzsteuer ist somit nicht Teil des Entgelts, sondern eine auf der Grundlage des Entgelts zu bemessende Steuer. Etwaige Unklarheiten bezüglich der Höhe dieser von der Auftraggeberin zu entrichtenden Steuer können somit keine unplausible Zusammensetzung des Preises bewirken.

Nicht zuletzt bewirkt bereits die Tatsache, dass Unternehmer die Umsatzsteuer vom Leistungsempfänger einzuheben und an das Finanzamt abzuführen haben, dass die eingehobene Umsatzsteuer den einhebenden Unternehmen nicht zugutekommt und damit über die Vorschreibung der Umsatzsteuer eine etwaige spekulative Preisgestaltung oder unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises von vornherein nicht in Betracht kommen.

Etwaige Fragen des Vorsteuerabzugs hat die Antragstellerin nicht aufgeworfen. Darüber hinaus ist aber auch nicht ersichtlich, welcher Zusammenhang mit der von der Antragstellerin ventilierten Frage der Höhe des Umsatzsteuersatzes für die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen und einer allfälligen Berechtigung zum Vorsteuerabzug bestehen sollten.

Die Ausführungen der Antragstellerin zur Höhe des von der präsidentlichen Zuschlagsempfängerin in Rechnung zu stellenden Umsatzsteuersatzes gehen daher ins Leere.

Der Nachprüfungsantrag hat sich damit als unbegründet erwiesen.

Zu den Pauschalgebühren ist auszuführen, dass der von der Antragsgegnerin geschätzte Auftragswert für die gegenständliche Leistung das Zehnfache des EU-Schwellenwertes (für 3 Jahre) überschreitet. Auf die Bemessung der Pauschalgebühren war daher § 2 Abs. 1 der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2020 anzuwenden. Weiters war auf den ausgewiesenen Gebührenersatz § 14 Abs. 5 WVRG 2020 anzuwenden. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der gesetzlichen Höhe entrichtet. Da

die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht erfolgreich war, hat sie die von ihr entrichteten Gebühren selbst zu tragen.

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 Eingabengebühr 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.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

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.ⁱⁿ Lettner