



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-123/077/4436/2025-15
A. GmbH

Wien, 05.06.2025

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. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalts GmbH, auf Feststellung, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens der Stadt Wien, Magistratsabteilung 31, vertreten durch Rechtsanwalt, zur Beschaffung der Leistungen für die technische Instandhaltung und Pflege von Monumental- und Denkmalbrunnen der Stadt Wien - MA 31 ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018 rechtswidrig war,

durch mündliche Verkündung zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag vom 20.03.2025, festzustellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens zur Beschaffung der Leistungen für die technische Instandhaltung und Pflege von Monumental- und Denkmalbrunnen der Stadt Wien - Magistratsabteilung 31 ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018 rechtswidrig war, sowie der Eventualantrag, festzustellen, dass die Zuschlagserteilung im o.a. Vergabeverfahren wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018 rechtswidrig war, werden 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 zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die A. GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) hat am 20.03.2025 gegen die Stadt Wien, Magistratsabteilung 31, einen Antrag auf Feststellung eingebracht, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens zur Beschaffung der Leistungen für die technische Instandhaltung und Pflege von Monumental- und Denkmalbrunnen der Stadt Wien - Magistratsabteilung 31 ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVerG 2018 rechtswidrig war. In einem hat die Antragstellerin den Eventualantrag eingebracht, festzustellen, dass die Zuschlagserteilung im o.a. Vergabeverfahren wegen eines Verstoßes gegen das BVerG 2018 rechtswidrig war.

Die Antragstellerin führt in ihrem Antrag im Wesentlichen aus, die Antragsgegnerin habe die betreffenden Leistungen jährlich in einem offenen Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags nach dem BVerG ausgeschrieben. Die Ausschreibungen seien jährlich im Unterschwellenbereich erfolgt. In den vergangenen Jahren sei die Antragstellerin Auftragnehmerin für diese Leistungen gewesen.

Für das Jahr 2025 sei entgegen den bisherigen Gepflogenheiten bis Februar keine Ausschreibung für die technische Instandhaltung und Pflege von Monumental- und Denkmalbrunnen der Stadt Wien - MA 31 veröffentlicht worden. Mitte Februar 2025 sei in Gesprächen von Mitarbeitern der Magistratsabteilung 31 angedeutet worden, dass es keine Ausschreibung der Leistung mehr geben würde und diese Leistungen künftig von einem Unternehmen namens „B.“ erbracht würden. Es werde vermutet, dass es sich dabei um die B. GmbH handeln würde, die eine 100%ige Tochtergesellschaft der Wiener Stadtwerke GmbH sei. Auf Anfrage des Rechtsvertreters der Antragstellerin habe dann die Antragsgegnerin am 4.3.2025

bestätigt, dass eine „C. GmbH“ auf Basis einer In-House-Vergabe bereits beauftragt worden sei.

Die gegenständlich beschafften Leistungen würden nicht zur Ausübung einer Sektorentätigkeit dienen, auch wenn sich die Antragsgegnerin auf eine Gesetzesstelle des 3. Teils des BVergG beziehen würde. Denkmalbrunnen würden nicht der Abgabe oder Einspeisung von Trinkwasser im Sinne des § 171 Abs. 1 BVergG 2018 dienen. Aus Denkmalbrunnen dürfe man bekanntlich gar nicht trinken, was im Übrigen auf vielen Denkmalbrunnen ausdrücklich ausgeschildert sei.

Die Vergabe von Leistungen stelle daher eine Vergabe eines Dienstleistungsauftrags nach dem 2. Teil des BVergG 2018 dar. Bei dem angegebenen Auftragswert von etwa EUR 400.000 für das Jahr handle es sich daher um eine Vergabe im Oberschwellenbereich. Die Vergebührung nach der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2020 sei mit einem Betrag von EUR 380 für Direktvergaben erfolgt.

Das von der Antragsgegnerin behauptete In-House-Verhältnis würde nicht vorliegen.

Eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle würde nicht vorliegen. Die „C. GmbH“ sei eine 100%ige Tochtergesellschaft der „B. GmbH“, die wiederum eine 100%ige Tochtergesellschaft der Wiener Stadtwerke GmbH sei, welche wiederum zu 100% im Eigentum der Stadt Wien stehe.

Der Auftrag sei von der Stadt Wien - Magistratsabteilung 31 direkt an die „C. GmbH“ erfolgt. Es werde bereits bestritten, dass die Stadt Wien - Magistratsabteilung 31 über die „C. GmbH“ eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübe.

Eine bloße Beteiligungskette mit 100%igen Beteiligungen sage noch nichts aus. Es sei nicht wirklich realistisch, dass die Magistratsabteilung 31 die „C. GmbH“ über zwei weitere Rechtsträger auch tatsächlich und effektiv beherrsche. Aufgrund der entfernten Beteiligungsverhältnisse und der völlig unterschiedlichen handelnden

Personen sei eine strukturelle, funktionelle und wirksame (effektive) Kontrolle, wie sie der EuGH fordere, nicht denkbar.

Das 80 %-Kriterium des Umsatzes werde nicht erfüllt.

Die „C. GmbH“ sei – genau wie die „B. GmbH“ – überwiegend am freien Markt tätig und erbringe ihre Dienstleistungen keinesfalls zu mehr als 80 % für die Stadt Wien oder früher von der Stadt Wien kontrollierte Rechtsträger. Sie verfüge über Gewerbeberechtigungen für Leistungen im Bereich der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung, der Haus- und Gartenbetreuung und der Überlassung von Arbeitskräften, was als gewerberechtlicher „Eigenbetrieb“ gar nicht notwendig sei.

Allein aus dem marktorientiert professionell gestalteten gemeinsamen Internetauftritt der Gesellschaften geht klar hervor, dass diese nie und nimmer zu mehr als 80 % für die Stadt Wien oder für von der Stadt Wien kontrollierte Rechtsträger tätig seien.

Es werde ein Auszug der am Markt angebotenen gewerblichen Tätigkeiten von der Homepage der Gesellschaften (die vor ihrer Umfirmierung D. GmbH und E. GmbH geheißen hätten) zitiert:

- 2001 Erste Auslandsbeteiligung in F..
- Facility Management Auftrag G. (über 600 Wohnungen, 41.000 m² Büro- und Geschäftsflächen).
- Gründung mehrerer Tochtergesellschaften in der H.
- 179 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter österreichweit im Jahr 2009, insgesamt etwa 680 inklusive Auslandsbeteiligungen.
- Eröffnung Biomassewerk I..
- Ökostrom aus Heizkraftwerk J..
- K. setzt auf Öko-Energie mit Kühlwasser aus dem Inn.
- Blockheizwerk in der L. optimiert.
- D. GmbH ist Marktführer bei thermischen Solar-Großanlagen in Wien.
- Zweites Biomasse-Heizwerk in der slowakischen Stadt I..
- Über 800 Biomasseanlagen in ganz Österreich.
- Errichtung von freifinanzierten Wohnungen in M..

Wie könnten Unternehmen, die 800 Biomasseanlagen in ganz Österreich betreuen, Heizwerke in der H. betreiben, freifinanzierten Wohnungen in M. errichten und im Jahr 2009 insgesamt 680 Mitarbeiter haben - davon aber nur 179 in Österreich - mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten für den oder die (möglicherweise) „die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber“, also die Stadt Wien und die Wiener Stadtwerke ausüben?

Die C. GmbH (im Folgenden: Mitbeteiligte Partei) hat auf den Feststellungsantrag mit Schriftsatz vom 4.4.2025 repliziert.

In ihrer Replik hat die mitbeteiligte Partei im Wesentlichen dargelegt, dass sie zur Antragsgegnerin in einem In-House-Verhältnis stehen würde.

Die Stadt Wien kontrolliere die mitbeteiligte Partei über ihre Muttergesellschaften. Die B. GmbH sei 100%ige Muttergesellschaft der mitbeteiligten Partei, die Wiener Stadtwerke GmbH sei 100%ige Muttergesellschaft der letztgenannten Gesellschaft und die Stadt Wien sei 100%ige Eigentümer der Wiener Stadtwerke GmbH.

Eine Beherrschung erfolge auch über die Aufsichtsräte der in Rede stehenden Gesellschaften, in denen die Stadt Wien durch maßgebliche Personen vertreten sei.

Die strategische und operative Steuerung der mitbeteiligten Partei würde direkt durch die Stadt Wien erfolgen, insbesondere über die Geschäftsgruppe „Finanzen, Wirtschaft; Arbeit, Internationales und Wiener Stadtwerke“. Zudem bestünde ein umfassendes Weisungssystem innerhalb des Wiener Stadtwerke-Konzerns, welches auch die Auftragnehmerin mitumfasse. Es werde auch auf den gemeinsamen Werbeauftritt mit den Wiener Stadtwerken verwiesen.

Die Antragstellerin gebe in ihrem Antrag offenkundig die historischen Meilensteine der Muttergesellschaft B. GmbH an und verzerre dadurch, um die In-House-Fähigkeit infrage zu stellen, die strategische Neuausrichtung des Unternehmens seit 2018. Seither konzentriere sich die Firma auf das Facility Management und habe ihre Auslandsbeteiligungen sowie Biomasseanlagen abgespalten. Die

Kerntätigkeiten seien das technische und infrastrukturelle Facility Management, das zu mehr als 80 % innerhalb des Wiener Stadtwerke Konzerns sowie für diverse Magistratsabteilungen der Stadt Wien (zum Beispiel Pflegewohnhäuser des Wiener Gesundheitsverbands) erbracht werde. In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass anhand des Firmenbuchauszuges die Abspaltungen und anhand des Gesellschaftsvertrages die Kerntätigkeit bzw. Geschäftsgrundlage im Bereich Facility Management klar erkennbar sei.

Über die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen hinaus werde durch entsprechende Konzernrichtlinien sichergestellt, dass die Wiener Stadtwerke GmbH und somit folglich auch die Stadt Wien eine effektive Kontrolle auf die einzelnen Konzernunternehmen - daher auch auf die mitbeteiligte Partei – ausübe.

Es wird auch darauf hingewiesen, dass die In-House-Fähigkeit der mitbeteiligten Partei intern durch die Vergabeabteilung geprüft worden sei und auch Gutachten von Rechtsanwalt MMag. Dr. N. aus den Jahren 2020 bis 2024 vorliegen würden, die die rechtliche Grundlage für die In-House-Vergabe und somit für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes der In-House-Vergabe bestätigen würden.

Die Stadt Wien - Magistratsabteilung 31 (im Folgenden: Antragsgegnerin) hat mit Schriftsatz vom 4.4.2025 zum Feststellungsantrag im Wesentlichen Folgendes repliziert:

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin würden auch die Monumental- und Denkmalbrunnen ausschließlich mit Trinkwasser gespeist. Auch diese Monumental- und Denkmalbrunnen seien Teil des Trinkwasserleitungsnetzes.

Bei den ausschreibungsgegenständlichen Monumental- und Denkmalbrunnen sei wie folgt zu unterscheiden:

- 48 Denkmalbrunnen, wovon zwei im Jahr 2025 nicht in Betrieb seien,
- eine Sonderanlage (Wasserbecken mit freiem Zufluss), und
- 16 Trinkbrunnen.

Diese Brunnen ließen sich in Bezug auf das zum Einsatz gelangende Wasser (Trinkbrunnen und Umwälzbetrieb) wie folgt unterscheiden:

- Es werden insgesamt 37 Brunnen mit Trinkwasser betrieben, davon stehen 16 Brunnen als reine Trinkbrunnen zur Verfügung.
- 26 Brunnen werden im Umwälzbetrieb betrieben, diese werden ebenfalls mit Trinkwasser befüllt, zusätzlich erfolgt hierbei der Einsatz von Pflegemitteln (Chlortabletten, Algizid) nach der Befüllung.

Unstrittig sei die Auftraggeberin in Bezug auf ihren Betrieb MA 31-Wiener Wasser eine Sektorenauftraggeberin. Sie übe die Sektorentätigkeit des § 171 BVergG 2018 aus. Dazu würden auch die Bereitstellung und der Betrieb der streitgegenständlichen Denkmalbrunnen zählen. Belegt werde dies durch den Umstand, dass sogar die Mehrheit der ausschreibungsgegenständlichen Brunnen mit Trinkwasser betrieben werden, ja sogar 16 dieser Brunnen ausgewiesene Trinkbrunnen und weitere 21 Trinkwasserbrunnen seien, und auch die übrigen Brunnen zwar kein Trinkwasser enthalten, aber mit einem solchen gespeist werden.

Die Antragsgegnerin verweist weiters auf ihre Kostenschätzung und führt aus, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich für Sektorenauftraggeber handeln würde, wenn das BVergG 2018 anwendbar wäre.

Zur Beherrschung der mitbeteiligten Partei führt die Antragsgegnerin im Wesentlichen aus:

Die Stadt Wien selbst würde die mitbeteiligte Partei mittelbar über die Wiener Stadtwerke GmbH und über die B. GmbH beherrschen. Die Stadt Wien beherrsche diese Gesellschaften jeweils durchgehend zu 100%.

Der Gesellschafter habe jeweils ein uneingeschränktes Weisungsrecht gemäß § 20 GmbH-Gesetz. Dieses lautet wie folgt:

„§ 20. (1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die in dem Gesellschaftsvertrage, durch Beschluss

der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrates für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.“

Dazu werde allgemein und unstrittig vertreten, dass bei einer GmbH die Gesellschafter den Geschäftsführern Weisungen erteilen können. Der Gegenstandsbereich solcher Weisungen sei beliebig. Möglich seien einzelfallbezogene Anordnungen ebenso wie generelle Weisungen (zB Geschäftsordnung der Geschäftsführung). Eine gesonderte gesellschaftsvertragliche Basis sei nicht erforderlich. Der Mehrheitsgesellschafter einer GmbH beherrsche sohin eine GmbH wie eine eigene Dienststelle im vergaberechtlichen Sinn.

Dieses Beherrschungsverhältnis der Stadt Wien über die Wiener Stadtwerke GmbH und in weiterer Folge auch über die mitbeteiligte Partei werde in der Praxis vollzogen. Schon ein Blick in die eingerichteten Aufsichtsräte der Wiener Stadtwerke GmbH bzw. der mitbeteiligten Partei zeige, dass in den Aufsichtsräten unter anderem die maßgeblichen Personen der sie beherrschenden Gesellschafter bzw. Rechtsträger sitzen.

Bestätigt werde die durch das GmbH-Gesetz vorgesehene Weisungsbefugnis des Gesellschafters in concreto durch die Gesellschaftsverträge bzw. Errichtungserklärungen. Sie würden unmissverständlich festschreiben, dass die Geschäftsführer *„an die Beschlüsse der Gesellschafter gebunden sind und der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sind, bei Ausübung ihrer Befugnisse alle Anordnungen und Beschränkungen einzuhalten, die ... durch Beschlüsse der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter ... festgelegt werden“* (zB Pkt. 6.3 Errichtungserklärung Wiener Stadtwerke GmbH).

Die Beherrschung der Wiener Stadtwerke und all ihrer Tochterunternehmer inklusive der mitbeteiligten Partei zeige sich in strategischer Hinsicht und in der laufenden Praxis durch eine Integration der Wiener Stadtwerke in die aktuelle Geschäftsgruppe *„Finanzen, Wirtschaft, Arbeit, Internationales und Wiener Stadtwerke“*, geleitet durch den jeweiligen Amtsführenden Stadtrat.

Der Wiener Stadtwerke Konzern selbst sei so gestaltet, dass alle Konzerntochtergesellschaften, so auch die mitbeteiligte Partei, in ein matrixartiges Weisungssystem eingebunden sei. Die Rede sei auch von einem „Kugellager“. Neben der bereits oben dargestellten Weisungsbefugnis gemäß GmbH-Gesetz, den Errichtungserklärungen und den Geschäftsfeldern gebe es darüber hinaus weitere Weisungsbefugnisse entsprechend den Funktionen, wie zum Beispiel Personalwesen, IT, Controlling oder Vergabewesen. Hier bestünde seitens der Konzernunternehmen und der mitbeteiligten Partei eine Informations- und Berichtspflicht auch gegenüber den jeweiligen Bereichsleitern der Wiener Stadtwerke GmbH und umgekehrt ein diesbezügliches Weisungsrecht der Bereichsleiter gegenüber den jeweils operativen Einheiten wie der mitbeteiligten Partei. Entsprechende Konzernrichtlinien der Wiener Stadtwerke GmbH, die als standardisierte Weisung gemäß § 20 GmbHG zu verstehen seien, würden diese Steuerung und Funktion absichern.

Der Stadtrechnungshof, ein Organ der Stadt Wien, sei ausdrücklich aufgrund der jeweiligen Errichtungserklärungen berechtigt, die Gebarung der Wiener Stadtwerke GmbH und der mitbeteiligten Partei vollständig zu prüfen und unmittelbar der Stadt Wien zu berichten (z.B. Pkt. 10.3 Errichtungserklärung der mitbeteiligten Partei).

Zur Frage der Erfüllung des Umsatzkriteriums führt die Antragsgegnerin aus:

Die mitbeteiligte Partei erfülle mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten für den Stadtwerke Wien Konzern, insbesondere für ihre Muttergesellschaft B. und die Stadt Wien, also im weitesten Sinn für die sie kontrollierenden Rechtsträger, die alle dem Beherrschungsverhältnis der Stadt Wien unterliegen würden. Maßgeblich seien die Umsätze der letzten 3 Jahre (§ 179 Abs. 4 BVergG 2018). Die In-House-Leistungen und die Gesamtleistungen würden sich wie folgt darstellen:

- 2021: 90,27 %
- 2022: 92,04 %
- 2023: 92,44 %
- 2024: 92,3 %
- Summe: 92 %

Zu den In-House-Umsätzen seien – vorsichtshalber – nur gezählt worden: Die Umsätze, die die mitbeteiligte Partei mit und innerhalb des Wiener Stadtwerke Konzerns gehabt habe, die Umsätze mit ihrer Muttergesellschaft B. und die Umsätze aus der Arbeitskräfteüberlassung mit der Konzerngesellschaft Wien Energie (AKÜ).

Die Antragsgegnerin habe das Vorliegen der oben ausgeführten In-House-Tatbestände geprüft und diese als gegeben festgestellt. Dabei seien der Antragsgegnerin außer den in ihrer Stellungnahme zitierten Unterlagen vor allem auch die von der mitbeteiligten Partei eingeholten Gutachten von Rechtsanwalt MMag. Dr. N. vom 14.1.2020, 12.3.2021, 17.5.2023 und 26.7.2024 vorgelegen. Auf dieser Basis sei der Ausnahmetatbestand der In-House-Vergabe offenkundig vorgelegen.

Das Verwaltungsgericht hat daraufhin beim Vertreter der Antragsgegnerin telefonisch nachgefragt, worin die Antragsgegnerin in den von Rechtsanwalt MMag. Dr. N. erstellten Gutachten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse erblickt, und um Vorlage von hinsichtlich etwaiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geschwärzten Ausfertigungen dieser Gutachten zwecks Weiterleitung an die Antragstellerin ersucht.

Rechtsanwalt MMag. Dr. N. hat darauf hingewiesen, dass in diesen Gutachten insbesondere einzelne Umsätze näher angeführt seien und insoweit Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse vorliegen würden, und mit Schriftsatz vom 8.4.2025 diesbezüglich geschwärzte Ausfertigungen dieser Gutachten vorgelegt. Die erfolgten Schwärzungen sind in ihrem Umfang geringfügig. Die geschwärzten Fassungen wurden der Antragstellerin im Rahmen des Parteiengehörs weitergeleitet.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 24.4.2025 im Wesentlichen Folgendes repliziert:

Zum Umsatzkriterium:

Die mitbeteiligte Partei habe in den Jahren 2021 bis 2024 angeblich rund 92 % ihrer Erlöse als „In-House-Erlöse“ erwirtschaftet.

Laut dem Gutachten „ließe sich vertreten“, dass der mitbeteiligten Partei auch Umsätze „... für die sich daraus ergebenden Aufgaben des Facility Managements auf privaten Liegenschaften bzw. privaten Gebäuden ... als In-House-Erlöse gewertet“ werden könnten.

Gemäß § 10 bzw. § 179 Abs. 1 Ziffer 1 lit. b BVergG 2018 müsse der kontrollierte Rechtsträger aber mit mehr als 80 % seiner Tätigkeit von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierten Rechtsträgern betraut worden sein, damit eine In-House-Vergabe an den kontrollierten Rechtsträger möglich ist.

Es sei ein gewaltiger Kunstgriff, den In-House-Umsätzen der mitbeteiligten Partei auch Umsätze mit Unternehmen zuzurechnen, die nicht im Eigentum der Stadt Wien stehen, von dieser mangels Gesellschaftsbeteiligung auch nicht kontrolliert werden könnten und die mit der Stadt Wien wohl keine anderen Anknüpfungspunkte hätten, als dass sie Liegenschaften auf dem Gebiet der Stadt Wien besäßen.

Die Antragsgegnerin würde somit ganz zwanglos auch folgende Umsätze als In-House-Erlöse bewerten:

- Mit in Wien angesiedelten öffentlichen Unternehmen und Einrichtungen, auch wenn die Stadt Wien daran überhaupt nicht beteiligt sei (Damit wäre also vom Bund bis zur Wirtschaftskammer jede öffentliche Einrichtung umfasst, die in Wien Grundstücke besitzt),
- mit Einrichtungen, die bloß in einem institutionellen Naheverhältnis zur Stadt Wien stehen (namentlich genannt die Wiener Städtische Versicherung und deren Tochtergesellschaften – Die einem Verein gehören würde, und nicht der Stadt Wien),
- mit von der Stadt Wien auch nur (laut Gutachten: erheblich) geförderten Einrichtungen (damit werden also auch alle gemeinnützigen Bauträger eingerechnet), sowie

- mit anderen Subventionsempfängern, zum Beispiel Sport- und Sozialbereich (damit kämen sogar Umsätze mit Sport- und Sozialhilfevereinen zu den In-House-Umsätzen).

Dass die Stadt Wien (hoffentlich) weder die Republik Österreich noch den Sportverein Rapid Wien kontrollieren würde, schein bei dieser Berechnungsmethode nicht wirklich zu stören.

Vor diesem Hintergrund müsse die (für das Vorliegen der Ausnahme nicht nur behauptungs-, sondern beweispflichtige) Antragsgegnerin tatsächlich darstellen, welche Umsätze mit ganz genau welchen angeblich von der Stadt Wien kontrollierten Einrichtungen sie nun tatsächlich in ihre „In-House-Berechnung“ miteinbezogen habe.

Ebenfalls laut Gutachten MMag. Dr. N. vom 12.03.2021 hätte die mitbeteiligte Partei von 2018 bis 2020 rund 42% ihres Umsatzes für die Mutter, die B. GmbH, 32% für den Wiener Stadtwerke Konzern und 3,31 % für die Stadt Wien, deren Tochter- und Enkelgesellschaften erbracht. Abgesehen davon, dass die B. GmbH und der Wiener Stadtwerke Konzern unter dem Begriff „Tochter- und Enkelgesellschaften“ der Stadt Wien fallen würden und diese Umsätze damit möglicherweise doppelt gezählt worden wären, würden diese Umsätze addiert keine 80 % ergeben.

Es werde bestritten, dass die Antragsgegnerin oder ihre Muttergesellschaft seit 2018 ihre Auslandsbeteiligungen und Biomasseanlagen abgespalten habe, was in der Stellungnahme der mitbeteiligten Partei behauptet worden sei. In den Firmenbuchauszügen der Antragsgegnerin und ihrer Mutter würde sich schon seit dem Jahr 2015 keine einzige Abspaltung mehr befinden. Die angebliche strategische Neuausrichtung des Unternehmens mag sich in den zwei Neufassungen des Gesellschaftsvertrages seit 2018 niedergeschlagen haben, nicht aber in der gesellschaftsrechtlichen Abspaltung von Beteiligungen.

Genau deshalb hätten die Auftragnehmerin und ihre Muttergesellschaft ja noch am 19.3.2025 auf ihrer gemeinsamen Webseite die Meilensteine ihres geschäftlichen Erfolges von 1994 bis 2023 als „Geschichte“ ausführlich dargestellt. Genau diese,

von der mitbeteiligten Partei und ihrer Muttergesellschaft selbst veröffentlichten Daten (Beilage./ C) hätte die Antragstellerin ihrem Feststellungsantrag zugrunde gelegt. Interessanterweise sei genau diese Darstellung der vielen gewerblichen Tätigkeiten in ganz Österreich und der vielen hundert Mitarbeiter im Ausland am 23.4.2025 von der Homepage verschwunden.

Die mitbeteiligte Partei würde nun versuchen, darzustellen, dass die auf der Webseite als gemeinsame Erfolge angeführten Tätigkeiten im Ausland von der Muttergesellschaft B. GmbH erbracht würden. Dass diese Muttergesellschaft mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten für die Stadt Wien oder ihre Tochtergesellschaften erbringen würde, würde nicht einmal die Antragsgegnerin behaupten. Diese Gesellschaft sei in den unterschiedlichsten Bereichen der Immobilienverwaltung, Immobilienberatung und Immobilienbetreuung gewerblich und offensiv am freien Markt tätig.

Sie würde gemeinsam mit der Auftragnehmerin technische Leistungen wie Planung- und Errichtungsleistungen im Bereich Elektro und Heizungstechnik, Photovoltaikanlagen, Reinigungs- und andere Serviceleistungsarten anbieten. Sie betreibe ein sicherheitstechnisches Zentrum, stelle Brandschutz- und Abfallbeauftragte und übernehme gegen Entgelt die gesamte Betriebsführung von Immobilien sowie der Versorgung mit Wärme und Kälte. Als „O.“ würde sie freifinanzierte Wohnungen auch außerhalb Wiens errichten.

Kurz: Es werde auf der Webseite - ausdrücklich gemeinsam mit der Auftragnehmerin – die „Rundum-Betreuung“ für den *„gesamten Lebenszyklus einer Immobilie“* angeboten - und zwar keineswegs nur für die Stadt Wien oder andere öffentliche Einrichtungen, sondern für jedermann am freien Markt.

Die Antragstellerin würde davon ausgehen, dass sich die Antragsgegnerin nicht auf eine In-House-Vergabe an die Auftragnehmerin berufen können, wenn ein Unternehmen in der „In-House-Kette“ das 80 % Kriterium nicht einmal im Entferntesten erfülle, denn sonst wäre für eine vergaberechtlich verbotene Umgehungs konstruktion Tür und Tor geöffnet.

Das würde insgesamt bedeuten, dass das Wesentlichkeits- oder 80 % Kriterium natürlich nicht nur bei der mitbeteiligten Partei, sondern bei allen

zwischengeschalteten Gesellschaften erfüllt sein müsse, was bei der B. GmbH zweifellos nicht der Fall sei.

Doch selbst wenn man dies rechtlich beurteilen möge: Die Heranziehung einer Tochtergesellschaft, um weiterhin öffentliche In-House-Aufträge lukrieren zu können, obwohl die ansonsten gemeinsam mit der Bezeichnung „...“ auftretenden Unternehmen insgesamt zu weit mehr als 20 % am freien Markt tätig seien, sei vergaberechtlich als Umgehung des BVergG zu werten und damit verboten. Eine In-House-Beauftragung der mitbeteiligten Partei durch die Antragsgegnerin sei daher schon allein wegen der Umgehung vergaberechtlicher Bestimmungen nicht erlaubt.

Zur Frage der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Sie würde die Beteiligungsverhältnisse von der Antragsgegnerin bis zur mitbeteiligten Partei nicht verkennen. Sie weise aber darauf hin, dass eine effektive und tatsächliche Kontrolle bei diesen Beteiligungsverhältnissen mit zwei zwischengeschalteten Gesellschaften und ohne auch nur einer einzigen Personengleichheit in der Geschäftsführung der Gesellschaften praktisch nicht möglich sei.

Die im §§ 10/179 Abs. 1 Z 1 letzter Absatz BVergG 2018 dargestellte mittelbare Kontrollmöglichkeit bezöge sich auf die grundsätzliche Zulässigkeit einer indirekten Kontrolle durch die Zwischenschaltung einer Holdingeinrichtung (Heid in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018, § 10, RZ 7) – und nicht beliebig vieler operativer Gesellschaften, die nicht einmal mehr hauptsächlich für die öffentliche Mutter tätig seien.

Das in der Literatur und in den Erläuternden Bemerkungen zum BVergG 2018 konkret genannte Indiz für das Vorliegen von Kontrolle in einer solchen Konstellation sei die Identität von Organen leitender Funktion (Heid in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018, § 10, RZ 7). Bis auf einen Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei, der auch Prokurist bei der Mutter B. GmbH sei, gäbe es von der Stadt Wien bis zur mitbeteiligten Partei keine einzige

Person, die in mehreren Gesellschaften in der Geschäftsführung tätig sei. Genau dieses eine, von den Erläuternden Bemerkungen zu § 10 und vom zitierten Kommentar geforderte Indiz liege also im gegenständlichen Fall nicht vor.

Zur Frage der Sektorenauftraggebereigenschaft führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, ihr sei bewusst, dass auch die Denkmal- und Monumentalbrunnen der Stadt Wien einmal im Jahr mit Trinkwasser neu befüllt würden. In den Wasserleitungen der Stadt Wien gebe es kein anderes Wasser als Trinkwasser. In der Folge würden noch Verdunstungsverluste aus der Wasserleitung aufgefüllt.

Dieses Wasser werde dann mit Chemikalien - genau wie in einem Schwimmbad - haltbar gemacht und mit einer Umwälzpumpe immer wieder zirkuliert. Dieses Wasser sei keinesfalls trinkbar und sei ganz sicher nicht zur *„Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser“* gedacht.

Der Betrieb eines Monumentalbrunnens stelle zweifellos keine Einspeisetätigkeit in Netze dar und könne daher nur unter § 171 Abs. 1 Ziffer 1 BVergG 2018 fallen. Der Betrieb eines Monumentalbrunnens stelle aber auch kein Betreiben eines *„festen Netzes“* dar, genauso wenig wie er zur *„Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser“* diene. Durch Monumentalbrunnen werde nun einmal kein Trinkwasser abgegeben, es werde nicht fortgeleitet und auch nicht gewonnen.

Die ebenfalls im Auftrag enthaltene Instandhaltung von Trinkbrunnen - die für sich genommen auch aus der Sicht der Antragstellerin eine Sektorentätigkeit darstellen würde - sei im vergebenen Auftrag gegenüber den Instandhaltungsleistungen für die Monumental- und Denkmalbrunnen völlig untergeordnet. Die Instandhaltungsleistungen für die Monumental- und Denkmalbrunnen würden den Hauptgegenstand des Auftrags darstellen und wertmäßig bei weitem überwiegen. Die Abgrenzung zwischen Sektorentätigkeit und Nicht-Sektorentätigkeit erfolge rein auftragsbezogen nach dem Überwiegen bzw. dem Hauptgegenstand des Auftrages, der hier aber keine Sektorentätigkeit darstelle.

Ein Auftraggeber sei immer nur in Bezug auf jene Beschaffungen Sektorenauftraggeber, die er für eine Sektorentätigkeit durchführe. Führe er keine Sektorentätigkeit aus, unterliege er als öffentlicher Auftraggeber dem zweiten Teil des Bundesvergabegesetzes 2018.

Die mitbeteiligte Partei hat mit Schriftsatz vom 26.05.2025 insbesondere Folgendes vorgebracht:

Die Antragstellerin verfügte zwar über Gewerbeberechtigungen für Gas- und Sanitärtechnik sowie für Elektrotechnik, nicht aber über die gegenständlich erforderliche Gewerbeberechtigung für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung. Die mitbeteiligte Partei verfüge über die erforderliche Gewerbeberechtigung für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung.

Wie aus dem Leistungsverzeichnis, Seiten 15 ff, hervorginge, würden Leistungen des Gewerbes der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung den Hauptschwerpunkt der gegenständlichen Leistung bilden. Es handle sich um qualifizierte Reinigungsarbeiten, die nicht als einfache Tätigkeiten Gegenstand eines freien Gewerbes bzw. des freien Gewerbes der Hausbetreuung wären. Diese Reinigungsarbeiten könnten von der Antragstellerin auch nicht im Rahmen der Nebenrechte des § 32 Abs. 1 GewO 1994 erbracht werden. Der Anteil der zu erbringenden, befähigungsnachweisgebundenen Reinigungsarbeiten würde mehr als 15% der ausgeschriebenen Leistungen ausmachen und sei daher gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 nicht durch die Nebenrechte des § 32 Abs. 1 GewO 1994 gedeckt. Die Antragstellerin habe in ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht geltend gemacht, dass sie beabsichtigt hätte, mit einem befugten Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger eine Bietergemeinschaft einzugehen oder einen solchen als Subunternehmer beizuziehen. Der Antragstellerin sei daher nicht antragslegitimiert.

Darüber hinaus verwies die Teilnahmeberechtigte darauf, dass sie – entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin – keine Auslandsumsätze habe. Auch ihre Muttergesellschaft habe seit dem Verschmelzungsvertrag vom 06.06.2016 keine Auslandsumsätze mehr. Die Voraussetzungen für eine In-House-Vergabe an die Teilnahmeberechtigte seien daher gegeben.

Daraufhin hat das Gericht den Verfahrensparteien am 30.5.2025 unter Hinweis auf § 29 GewO 1994 aufgetragen, jeweils eine schriftliche Stellungnahme zur Frage abzugeben, worin die auftragsgegenständlichen „Reinigungsarbeiten“ in fachlicher Hinsicht bestehen und welche technischen Kenntnisse und Werkzeuge ihrer Ansicht nach für deren fachliche Durchführung erforderlich sind.

Die Antragsgegnerin hat dazu mit Schriftsatz vom 3.6.2025 im Wesentlichen ausgeführt:

Es werde auf die im Schriftsatz näher angeführten Seiten des Leistungsverzeichnisses verwiesen. Bei der Reinigung kämen spezifische chemische Mittel zum Einsatz, darunter insbesondere Reinigungsmittel zur Entfernung von Graffiti. Als Instrumente herangezogen würden insbesondere Hochdruckreiniger, Bürsten, Tücher, Besen.

Für die Reinigungsarbeiten bedürfe es eines gewissen Sachverstandes. Die Reinigungsleistungen würden an zum Teil denkmalgeschützten Brunnen erbracht, wobei nicht alle Oberflächen zu reinigen wären. Dort, wo restauratorische Arbeiten nötig sind, habe der beauftragte Unternehmer rückzufragen und allenfalls die Arbeiten einem von der MA 31 beauftragten Restaurator zu überlassen. Das mit der Reinigung beauftragte Unternehmen müsse die Unterschiede und die Bedeutung erkennen und erkennen, wann gewisse Reinigungsleistungen zu erbringen oder gerade nicht zu erbringen seien und wann rückzufragen sei. Bei der Durchführung der Reinigungsarbeiten sei auf den Zustand und die Beschaffenheit der zu reinigenden baulichen Substanz sowie auf die Art und das Ausmaß der Verschmutzung besonders Bedacht zu nehmen.

Die mitbeteiligte Partei hat mit Schriftsatz vom 3.6.2025 im Wesentlichen ausgeführt:

Der gegenständliche Auftrag bestünde im Wesentlichen aus Reinigungsleistungen. Lediglich 10 % des Gesamtauftrages würde aus sonstigen Störungsbehebungsleistungen bestehen.

Es folgt eine detaillierte Darstellung einzelner Reinigungsleistungen, darunter Sonderreinigungen einschließlich Graffitientfernung. Generell sei in der allgemeinen Leistungsbeschreibung festgehalten, dass der Einsatz mechanischer Reinigungsmethoden sowie der Einsatz chemischer Mittel geeignet sein müsse. Eine Beschädigung der Brunnenanlagen (zum Beispiel Materialausbruch oder -abtrag, Verfärbungen, Beschädigung der Abdichtungen, Korrosion etc.) sowie eine Gefährdung der Umwelt/Öffentlichkeit müsse ausgeschlossen werden. Schon daraus folge, dass der ordnungsgemäße Einsatz von Reinigungsmitteln Sach- und Fachkunde verlange, die jedenfalls ausschließlich Gewerbetreibende des Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigungsgewerbes aufweisen würden.

Die Verordnung der Bundesinnung der chemischen Gewerbe und der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger über die Meisterprüfung für das Handwerk Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung sehe zur erfolgreichen Ablegung der Meisterprüfung insbesondere vor, dass Kandidaten in der Lage sein müssten, eine Zuordnung von Oberflächen unterschiedlicher Bau- und Werkstoffe sowie deren Untergründen zu Anwendungstechniken vorzunehmen (§ 8 Abs. 2 Ziffer 1 der Verordnung), die Zuordnung der Wirkungsweisen von Geräten, Maschinen und Anlagen auf zu bearbeitende Oberflächen unterschiedlicher Bau- und Werkstoffe und deren Untergründe vorzunehmen (§ 8 Abs. 2 Ziffer 2 der Verordnung), sowie chemische und physikalische Arbeitsmittel wie zum Beispiel Reinigungs-, Pflege-, Desinfektions- und Oberflächenbehandlungsmittel anzuwenden, zu lagern und einer umweltgerechten Entsorgung zuzuführen (§ 8 Abs. 2 Ziffer 4 der Verordnung). All diese Fähigkeiten seien zur ordnungsgemäßen Erfüllung des gegenständlichen Auftrags unbedingt erforderlich.

Nach Vorlage des gegenständlichen Leistungsverzeichnisses habe auch die Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger bestätigt, dass es sich gegenständlich um Tätigkeiten handle, die dem Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung vorbehalten seien.

Diese Tätigkeiten seien von Reinigungstätigkeiten des freien Gewerbes der Hausbetreuer (Hausbesorger) abzugrenzen. Letztere würden schon dem Wortlaut nach lediglich Reinigungsarbeiten umfassen, die in einem räumlichen Zusammenhang mit Wohnhäusern stünden (zum Beispiel Reinigungstätigkeiten im

privaten Wohnhäusern, Reinigung von Fenstern in privaten Wohnhäusern, Reinigung von Wohnungen, jeweils unter Einsatz der in Haushalten üblicherweise gewendeten Reiniger und Geräte, weiters Hausbesorgerdienstleistungen wie zum Beispiel das Reinigen von Verkehrsflächen). Schon das Leistungsverzeichnis lege fest, dass es sich bei den gegenständlichen Arbeiten um Arbeiten im öffentlichen Raum (zum Beispiel in Parkanlagen, Fußgängerzonen) handle, sodass gar keine Hausbetreuungstätigkeit vorliegen könne.

Die Antragstellerin hat am 4.6.2025 einen Schriftsatz eingebracht und im Wesentlichen ausgeführt:

Der Verwaltungsgerichtshof habe mit Erkenntnis vom 16.12.2015, Ro 2014/04/0065, entschieden, dass es für die Antragslegitimation betreffend die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung keines Nachweises bedürfe, dass der Antragsteller zum Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt habe. Dies sei - so der VwGH - schon deshalb überschießend, weil in der Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Angebotsfrist auch dafür genutzt werden könne, die Erfüllung der geforderten Eignungsanforderungen erst herzustellen. Es sei daher keine Eignungsprüfung rückwirkend für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durchzuführen. Vielmehr sei, so der VwGH, „... *Eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen, für die alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden könnten.*“

Im Erkenntnis vom 01.10.2018, RA 2015/04/0060, habe der VwGH diese Ansicht wiederholt und ausgeführt, dass zur Antragslegitimation im Feststellungsverfahren lediglich ein entsprechendes Interesse am Vertragsabschluss mit einem drohenden Schaden in plausibler Weise dokumentiert werden müsse.

Das von der mitbeteiligten Partei zitierte Erkenntnis des VwG Wien vom 10.11.2020, VGW-123/077/868/2020/E, widerspreche dem nicht, sondern behandle einen nicht ausreichend konkretisierten Feststellungsantrag. Im dortigen Feststellungsverfahren habe die Antragstellerin – so dass VwG Wien wörtlich –

„durchgehend argumentiert, dass sie über alle für die Erbringung der Leistung erforderlichen Befugnisse selbst verfüge, wobei die Antragstellerin insbesondere ihre Befugnis für das Handelsgewerbe als für die Erbringung des Auftrags ausreichend angesehen hat.“

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr drohenden Schaden behauptet. Das Interesse am Vertragsabschluss ergebe sich schon daraus, dass die Antragstellerin den Auftrag bis zuletzt zur vollen Zufriedenheit der Auftraggeberin ausgeführt habe und dies mit ihren vorhandenen Befugnissen auch durfte und konnte. Die Antragstellerin habe daher im gegenständlichen Verfahren davon ausgehen dürfen, dass ihre Eignung gegeben sei.

Hätte die Antragsgegnerin den Auftrag ausgeschrieben und wäre – was die Antragstellerin bestreite - das Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung tatsächlich erforderlich, dann hätte sich die Antragstellerin jedenfalls eines Subunternehmers oder eines ARGE-Partners bedient, der über alle allenfalls notwendigen Befugnisse verfüge, oder das Gewerbe allenfalls selbst angemeldet.

Gerade aufgrund der jahrzehntelangen Ausübung des Auftrags durch die Antragstellerin sei selbstverständlich, dass die Antragstellerin auf eine neue (angebliche) Eignungsanforderung der Auftraggeberin jedenfalls dadurch reagiert hätte, dass sie sich auch diese angeblich notwendige Gewerbeberechtigung und die entsprechenden Kompetenzen verschafft hätte. Die Antragstellerin habe den Auftrag in den letzten drei Jahrzehnten für die Auftraggeberin durchgeführt und die Auftraggeberin habe sich an der angeblich fehlenden Befugnis nie gestoßen.

Der Auftragsgegenstand möge zwar auch Reinigungstätigkeiten enthalten. Diese seien aber derart spezifisch, dass sie von einem Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger nach Ansicht der Antragstellerin nur in untergeordnetem Ausmaß durchgeführt werden könnten. Bei den (zumindest in den Vorjahren) ausgeschriebenen Leistungen der Hauptreinigung handle es sich nämlich nahezu durchwegs um Tätigkeiten, die sinnvollerweise nur von einem GWH-Installateur ausgeführt werden könnten.

Die wöchentliche Betreuung der Monumental- und Denkmalbrunnen umfasse das Ausfischen von Verunreinigungen, das Überprüfen der Wasserstandshöhe und der Pumpe, das Reinigen und Überprüfen der Filter, die Sichtkontrolle der Wasserleitungen auf Undichtheit, das Nachfüllen des Wasserstandes und das Einsetzen von Chlortabletten in die Brunnenstube vor dem Pumpenfilter. Hierzu sei eine Schachtbegehung erforderlich, die wiederum eine Zertifizierung des Mitarbeiters als „fachkundiger und Aufsichtsperson für das Befahren von Behältern TÜV“ verlange.

Diese Tätigkeiten hätten mit dem Gewerbe des Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger nichts zu tun. Die Reinigung von Filtern und das Einsetzen von nur Chlortabletten in eine Wasseranlage sei keinesfalls dem genannten Gewerbe vorbehalten.

Die Hauptreinigung der Monumental- und Denkmalbrunnen umfasse das Öffnen des Schachtes (obgenannte Zertifizierung des Mitarbeiters gemäß TÜV erforderlich), das Anbringen der Absturzsicherung, die Sicherstellung der Schachtbelüftung, die Außerbetriebnahme der Pumpe, die Entfernung der Standrohre (Überlaufrohre), die Entleerung des Beckens, die Reinigung des Beckens, die Montage der Überlaufrohre, das Befüllen des Beckens, die Entlüftung und Inbetriebnahme der Pumpe, den dosierten Einsatz des Algizids, die Überprüfung der Laufzeiten der Programmierung der Pumpensteuerung und die Koordination der Elektroarbeiten. Von diesen Arbeiten habe ausschließlich die Reinigung des Beckens mit dem Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung zu tun. Aber auch dafür sei hauptsächlich die Erfahrung im Umgang mit historischen Brunnenanlagen erforderlich.

Die Inbetriebnahme sei ident zur Hauptreinigung ohne die Leistungen Pumpe außer Betrieb nehmen, Standrohre entfernen, Becken entleeren.

Die Außerbetriebnahme (Winterpause) sei ebenfalls ident zur Hauptreinigung ohne einen im Schriftsatz angeführte Teil der Leistungen der Hauptreinigung.

Störungsbehebungen würden variieren und etwa das Tauschen der Pumpe, des Kugelhahns oder von Leitungen, das Ersetzen der Standrohre (Sonderanfertigung) und die Behebung größerer Verstopfung umfassen.

Es wurde am 5.6.2025 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Inhalt und Verlauf (etwaige Redaktionsversehen sind korrigiert):

„Auf Befragen des Berichters gibt der AGV an:

Das Vorbringen der AST, dass sie den Auftrag die letzten drei Jahrzehnte ausgeführt habe, ist zutreffend. Dabei könne aber nicht gesagt werden, ob es über diesen Zeitraum im Leistungsverzeichnis Änderungen gegeben hat.

Der Leistungsgegenstand des heurigen Auftrags ist im Grunde mit dem Auftrag der Vorjahre ident. Dies bedeutet nicht, dass es nicht auf der Detailebene, wie z.B. der Reinigung der Schächte, Änderungen gegeben haben könnte. Eine grundsätzliche Änderung des Inhalts des Auftrags im Sinne eines Aliuds im Vergleich zu den Vorjahren sei jedoch nicht erfolgt.

Die Aufgliederung einzelner durchzuführender „Reinigungsarbeiten“ im Schriftsatz der AST sei grundsätzlich auch im heurigen Auftrag enthalten. Die Darstellung sei jedoch verzerrt.

Die von der AST unter „wöchentliche Betreuung“ aufgelisteten Tätigkeiten würden zu einem erheblichen Teil nicht im Rahmen der wöchentlichen Reinigung, sondern im Rahmen der Hauptreinigung und im Bedarfsfall durchgeführt werden.

Die Aufzählung der durchzuführenden Arbeiten durch die AST bei der Hauptreinigung würde soweit auch im diesjährigen Auftrag anfallen.

Die Aufzählung der AST bei Inbetriebnahme, Außerbetriebnahme und Störungsbehebung würde soweit auch für den heurigen Auftrag passen.

Insgesamt habe die AST jedoch jene Aspekte der zu erbringenden Leistung herausgegriffen, die ihren Standpunkt unterstützen würden.

Die TNB bringt vor, in inhaltlicher Hinsicht habe sie nichts zu ergänzen. In quantitativer Hinsicht würde aber die Reinigungstätigkeit den Hauptgegenstand der Leistung bilden.

Die AST hält dem entgegen, die Aufzählung der Tätigkeiten bei der wöchentlichen Betreuung würde den Tatsachen entsprechen. Insbesondere sei auch bei der wöchentlichen Betreuung eine Begehung der Schächte erforderlich. Die Chlortabletten könnten nicht schlicht in das Wasser geworfen werden, sondern müssten in den technischen Wasserkreislauf eingesetzt werden, wozu eine Begehung der Schächte erforderlich sei. Dies entspreche Tätigkeiten des Gas/Wasser/Heizung-Installateurs. In den

Leistungsverzeichnissen der vorherigen Ausschreibungen seien daher auch Facharbeiter für Elektrotechnik und Facharbeiter für Sanitärtechnik gefordert worden und erst an weiterer Stelle ein Arbeitnehmer mit Zweckausbildung für Hilfsreinigungs- und Kontrolltätigkeiten („Helfer“).

Der AGV gibt dazu auf Frage des Berichters an, dieses Fachpersonal sei zwar auch im heurigen Auftrag verlangt, dies aber für den Leistungsteil Störungsbehebung, wobei es sich um eine Regieleistung handle. Mit der zu erbringenden Reinigungsleistung habe diese Anforderung nichts zu tun.

Der ASTV bringt vor, es sei bei den Voraufträgen der Wunsch der AG gewesen, dass bei den wöchentlichen Reinigungen immer ein Facharbeiter für Wasserinstallation mitfahre.

Der AGV hält dem entgegen, eine solche Begleitung bei den wöchentlichen Reinigungsarbeiten sei im heurigen Leistungsgegenstand nicht enthalten und sei auch in den Vorjahren nicht enthalten gewesen.

Der ASTV bringt auf Frage des Berichters vor, die von der AG und von der TNB in ihren Stellungnahmen näher ausgeführten Reinigungsarbeiten seien zwar in der zu erbringenden Leistung auch in den Vorjahren enthalten gewesen, seien aber von der AST über viele Jahre ohne Beanstandung seitens der AG erbracht worden. Beispielsweise sei es selbstverständlich, dass im Zuge der Installationsarbeiten des Ausbaus eines Filters sowohl der Filter als auch die Rohre vom Installateur gereinigt werden. Sowohl die AST als auch die AG seien davon ausgegangen, dass die Befugnisse der AST für die gegenständlichen Arbeiten ausreichen würden.

Zur Frage des Interesses am Auftrag gibt die AST auf Frage des Berichters an, es sei für die AST langjährige Tradition und auch wichtig, diesen Auftrag der Stadt Wien zu haben. Wenn nun tatsächlich erstmals hervorkommen sollte, dass für den ggst. Auftrag auch eine Befugnis für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung erforderlich sei, so hätte die AST dieses Hindernis beseitigt. Eine solche Gewerbeberechtigung könne im Bedarfsfall vergleichsweise einfach und kurzfristig begründet werden und hätte die AST möglicherweise eine solche Befugnis begründet. Sie hätte allerdings auch die Alternativen gehabt, mit einem Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger eine Bietergemeinschaft einzugehen oder einen solchen als Subunternehmer beizuziehen, und hätte sich für eine dieser Möglichkeiten entschieden.

Die TNB bringt vor, der Leistungsgegenstand bestünde zu 90% aus qualifizierten Reinigungsleistungen, welche dem Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger vorbehalten seien. Das freie Gewerbe der Hausbetreuung komme hier nicht zum Tragen.

Zum Thema des Inhalts der auszuführenden Arbeiten sowie der Antragslegitimation der AST besteht kein weiteres Vorbringen.

Die Verhandlung wird um 10:28 Uhr unterbrochen. Die Verhandlung wird um 10:32 Uhr fortgesetzt.

Erörtert wird der Themenbereich Inhousevergabe. Zunächst wird das Kriterium der Kontrolle erörtert.

Der ASTV bringt dazu vor, das Kontrollkriterium könne nicht erfüllt sein bzw. würde eine unzulässige Umgehung vorliegen, wenn die vermeintlich kontrollierte Gesellschaft in der Kontrollkette erst an vierter Stelle sei und die Muttergesellschaft nicht selbst zu mehr als 80% für die Stadt Wien tätig sei. Auf diese Weise könne man sich „das Beste aus beiden Welten holen“, indem die Muttergesellschaft auf dem freien Markt tätig ist und von der Mutter eine Tochtergesellschaft gegründet wird, um mit der Tochtergesellschaft Inhouseaufträge zu lukrieren.

Auf Vorhalt des Berichters, dass die Erörterung dieser Problematik im Zusammenhang mit dem Umsatzkriterium beabsichtigt ist, führt der ASTV aus, dass er sehr wohl auch einen Konnex zum Kontrollkriterium erblicke. Die beiden Kriterien der Kontrolle und des Umsatzes seien im Konnex zu sehen. Es sei der Zweck zu berücksichtigen, was man unter einer Inhousevergabe verstehe. Die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle könne nicht bejaht werden, wenn die vermeintlich kontrollierte Gesellschaft das vierte Glied darstelle und deren Mutter nicht das Umsatzkriterium erfülle.

Der AGV führt dazu aus, die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle werde in der Praxis auch gelebt. Es gäbe regelmäßig Jour fixes, insbesondere auch auf unterschiedlichen fachlichen Ebenen, und es komme durchaus auch zu unmittelbaren Weisungen der zuständigen Stadträtin an die TNB. Im Übrigen würde es sich bei der TNB nicht um die vierte Ebene, sondern um die dritte Ebene handeln (Gesellschaftsrechtlich: Urenkelin der Stadt Wien).

Die TNB schließt sich dem an und beschreibt kurz, wie die Praxis von Jour fixes und von unmittelbaren Weisungen der Stadt Wien an die TNB gelebt werde.

Der Bericht hält dazu fest, dass der Themenkreis der Kontrolle umfangreich im vorgelegten Vergabeakt dokumentiert ist. Aus Sicht des Berichters ist ein Erfordernis nicht ersichtlich, Details dieser Dokumentation, die gegenüber der AST Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen, unter Ausschluss der AST zu erörtern, da die Dokumentation ausreichen sollte, sich über die Kontrolle ein Bild zu machen.

Der AGV bringt auf Frage des Berichters weiter vor, für das Kontrollkriterium sei es unerheblich, ob die Muttergesellschaft der TNB zu mehr als 80% für die Stadt Wien tätig sei oder nicht. Für das Kontrollkriterium sei maßgeblich, ob die Stadt Wien in der Lage sei, der TNB Weisungen zu erteilen und diese zu kontrollieren.

Die TNB schließt sich dem an.

Zum Umsatzkriterium fasst der Bericht kurz zusammen:

Die Umsatzzahlen der TNB und der Anteil der Umsätze für die Stadt Wien und den Wiener Stadtwerke Konzern wurden von der AG durch ein Dokument eines Wirtschaftsprüfers bestätigt. Die Problematik besteht darin, dass in diese Zahlen auch Umsätze eingerechnet wurden, die an Konzerngesellschaften

erbracht wurden, die nicht nachweislich zu mehr als 80% für die Stadt Wien tätig sind. Darunter sind insbesondere in für die Einhaltung des Umsatzkriteriums maßgeblichen Ausmaß Umsätze für die Muttergesellschaft der TNB, zu welcher die AST unwidersprochen vorgebracht hat, dass diese Muttergesellschaft zu überwiegenden Teilen auf dem freien Markt tätig sei. Der AGV hat letzterem entgegengehalten, dass die Umsätze der Muttergesellschaft keine rechtliche Relevanz hätten. Im Ergebnis würde das bedeuten, dass in die Inhouse-Umsätze auch solche Umsätze eingerechnet wären, die Teile von am freien Markt erbrachten Leistungen der Konzerngesellschaften wären. Die Argumentation der AST geht dahin, dass Umsätze herauszurechnen wären, die an Konzerngesellschaften erbracht werden, welche ihrerseits nicht selbst zu mehr als 80% für die Stadt Wien tätig sind.

Der ASTV bringt vor, die Ausführungen des Berichters würden im Prinzip die Problematik zutreffend zusammenfassen. Aus Sicht der AST könne es nicht sein, dass man zwar beim Kontrollkriterium eine durchgehende Kette verlange, beim Umsatzkriterium eine solche durchgehende Kette nicht verlange, dann aber die Umsätze an die Mutter, die dieses Kriterium nicht erfülle, mitrechnen wolle.

Der AGV bestreitet das Vorbringen des ASTV und verweist einerseits auf sein bisheriges Vorbringen und andererseits darauf, dass der eindeutige Wortlaut sowohl des Textes als auch der Erläuterungen sowohl des Gesetzes als auch der Richtlinie keine diesbezügliche Einschränkung für die Einrechnung der Umsätze in die Inhouse-Umsätze enthalte.

Darüber hinaus würde jedoch auch die Muttergesellschaft der TNB das Umsatzkriterium von mehr als 80% Inhouse-Umsätzen erfüllen. Die AG habe dies nur nicht nachgewiesen und bisher nicht vorgebracht, weil sie dies rechtlich für nicht erforderlich halte. Dieses 80% Kriterium werde auch von allen anderen Konzerngesellschaften, an die die TNB Leistungen erbracht habe und die in die Inhouse-Umsätze der TNB eingerechnet worden seien, erfüllt.

Der ASTV hält dem entgegen, dass der AGV für das Zutreffen dieses Vorbringens beweispflichtig sei, zumal die AST das Gegenteil ausdrücklich vorgebracht habe.

Der Berichter hält fest, dass nach dem Verfahrensstand keine Feststellungen darüber getroffen werden können, ob die Muttergesellschaft der TNB und die anderen Konzerngesellschaften, an die die TNB als Inhouse-Umsätze berücksichtigte Leistungen erbracht hat, ihrerseits das Umsatzkriterium von zumindest 80% erfüllen oder nicht. Die Rechtsfrage würde demnach auf der Grundlage eines Sachverhaltes erfolgen, bei dem von einer Erfüllung dieses Umsatzkriteriums durch andere Konzerngesellschaften mangels Nachweises nicht ausgegangen werden kann.

Der AGV gibt an, dass dies in seinem Sinne sei, zumal mit dem Nachweis der Umsätze für die anderen Konzerngesellschaften ein erheblicher Aufwand verbunden wäre und dieser Nachweis nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes zu den Umsätzen der anderen Konzerngesellschaften nicht geführt werden müsse.

Der ASTV bringt ergänzend vor, hinsichtlich Inhouse-Vergaben würde eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes vorliegen, Ausnahmen seien als solche eng auszulegen und es wäre daher umso verwunderlicher, wenn der Gesetzgeber eine Ausnahme und in dieser ein 80%-Kriterium festlegen würde, welches von einer Gesellschaft, die dieses Kriterium nicht erfülle, schlicht durch Gründung einer Tochtergesellschaft unwirksam gemacht werden könne.“

Im Anschluss an die Verhandlung wurde das Erkenntnis mündlich verkündet und von der Antragstellerin eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses verlangt.

Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt steht als erwiesen fest:

Zu Auftrag und Antragstellerin:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und im Sektor der Trinkwasserversorgung tätig. Sie hat bisher in regelmäßigen Abständen Rahmenverträge für Dienstleistungsaufträge für die technische Instandhaltung und Pflege von Monumental- und Denkmalbrunnen im Sektor in offenen Verfahren ausgeschrieben.

Für das Jahr 2025 hat sie die Kosten für die zu vergebende Instandhaltung und Pflege von Monumental- und Denkmalbrunnen wie im Vergabeakt ausgewiesen geschätzt. Die Höhe des geschätzten Auftragswerts entspricht auch für den Fall eines Dienstleistungsauftrags im Sektor der Oberschwelle.

Die Antragstellerin hat die Instandhaltung und Pflege der Monumental- und Denkmalbrunnen für die Stadt Wien vor der antragsgegenständlichen Vergabe über einen Zeitraum von etwa 30 Jahren durchgeführt. Das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin, die Instandhaltung und Pflege der Monumental- und Denkmalbrunnen für die Stadt Wien auch weiterhin durchzuführen, wurde von der Antragstellerin schlüssig und nachvollziehbar dargelegt und ist gegeben.

Die von der Antragsgegnerin nachgefragten Tätigkeiten wurden im Vergleich zu den Vorjahren in inhaltlicher Hinsicht nicht grundlegend geändert. Im Wesentlichen sind die gleichen Tätigkeiten auszuführen, die auch bereits in den Vorjahren auszuführen waren. Inhaltliche Änderungen des Leistungsinhaltes, die

allenfalls geeignet sein könnten, das Interesse der Antragstellerin am Erhalt des Auftrags in Frage zu stellen, bestehen nicht.

Die Antragstellerin hat die in den Vorjahren auftragsgegenständlichen Leistungen – wie ausgeführt, weitgehend ident mit den heuer auszuführenden Leistungen – im Wesentlichen auf ihre Gewerbeberechtigung für Gas- und Wasserleitungsinstallation gestützt. Außer über die genannte Gewerbeberechtigung (GISA-Zahl: ...) verfügt die Antragstellerin noch über eine Reihe weiterer Gewerbeberechtigungen, und zwar das freie Reinigungsgewerbe (GISA-Zahl: ...), Lüftungsanlagenbauer (GISA-Zahl: ...), Gewerbsmäßiger Betrieb und Errichtung von Bedürfnisanstalten (GISA-Zahl: ...), Zentralheizungsbauer (GISA-Zahl: ...), Großhandel mit sanitärem Installationsbedarf (GISA-Zahl:...) sowie Schlosser (GISA-Zahl: ...). Die Antragstellerin verfügt jedoch über keine Befugnis für das Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung.

Die zu erbringenden Leistungen bestehen zum überwiegenden Teil aus Leistungen, die man als „Reinigungsleistungen“ bezeichnen kann. Die Angaben der mitbeteiligten Partei, wobei die „Reinigungsleistungen“ etwa 90% des Auftrags ausmachen würden, sind plausibel.

Inhaltlich gliedern sich diese „Reinigungsleistungen“ jedoch auf:

Ein nicht unerheblicher Teil dieser Reinigungsleistungen betrifft entweder unmittelbar technische Komponenten der Brunnenanlagen oder setzt qualifizierte Kenntnisse und Fähigkeiten über diese technischen Komponenten voraus. Dies betrifft insbesondere Arbeiten am technischen Wasserkreislauf, um etwa technische Komponenten vor der Reinigung zu zerlegen und nach der Reinigung wieder zusammenzubauen, aber auch die Begehung von Schächten, die Behebung von Verstopfungen und das Einlegen von Chlortabletten in die dafür vorgesehenen Behälter. Dazu kommen – wenn auch nicht in großem Umfang – Tätigkeiten, die unter den Begriff der Reinigungsarbeiten auch nicht im weitesten Sinn subsumiert werden können, sondern das Erkennen und die Behebung von technischen Störungen insbesondere auf dem Gebiet der Wasserleitungsinstallation betreffen, z.B. das Erkennen und Beheben der Undichtheit eines Wasserleitungsrohres.

Ein weiterer Teil der Reinigungsleistungen weist zwar einen engen Konnex zum Tätigkeitsbereich des Wasserleitungsinstallateurs auf, erfordert aber für sich allein nicht die Ausbildung zum Wasserleitungsinstallateur. Dazu zählt z.B. die Außenreinigung von Wasserleitungsrohren. Diese Tätigkeiten erfordern keine Ausbildung als Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger und sind auch nicht dem Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger vorbehalten.

Schließlich umfasst der Auftrag auch die Reinigung von Böden und von Außenflächen sowohl von Denkmälern als auch von baulichen Anlagen. Die fachgerechte Ausführung dieser Arbeiten erfordert zumindest zum Teil solche Kenntnisse und Fähigkeiten, wie sie in der Ausbildung zum Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger vermittelt werden.

Die Berechnung der mitbeteiligten Partei, wonach der Anteil der „Reinigungsleistungen“ am Gesamtauftrag 90% ausmachen würde, beruht darauf, dass die mitbeteiligte Partei dabei insbesondere nicht zwischen solchen Reinigungsleistungen, wie sie von Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigern im Rahmen ihrer Befugnis erbracht werden, und solchen Reinigungsleistungen, wie sie von Gas- und Wasserleitungsinstallateuren (nunmehr Gas- und Sanitärtechnik) erbracht werden, differenziert hat. Die Antragstellerin deckt bereits mit ihrer Befugnis für Gas- und Wasserleitungsinallation zumindest einen wichtigen Teil des Auftrags ab.

Im Fall der öffentlichen Ausschreibung des Auftrags durch die Antragsgegnerin hätte die Antragstellerin unter anderem folgende Gelegenheiten gehabt:

1. Sie hätte einen Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger als Partner einer Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer beiziehen können.
2. Sie hätte das Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung durch Gewerbeanmeldung begründen können.

Die Antragstellerin hat schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass ihr Interesse am Erhalt des Auftrags auch dann unverändert bestünde, wenn sie für den Erhalt des Auftrags einen befugten Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger als

Subunternehmer oder als Partner beiziehen oder selbst eine solche Befugnis begründen müsste.

Die Antragsgegnerin hat sich dafür entschieden, dieses Mal den Rahmenvertrag nicht öffentlich in einem offenen Verfahren auszuschreiben, sondern stattdessen mit der C. GmbH (mitbeteiligte Partei) in Verhandlungen über eine In-House-Vergabe zu treten.

Sie hat die Ausschreibungsunterlagen dahingehend adaptiert, dass diese auf die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags in einem Verhandlungsverfahren lauten, und die Ausschreibungsunterlagen an die mitbeteiligte Partei zwecks Abgabe eines Angebots übermittelt.

Die mitbeteiligte Partei hat fristgerecht ein Angebot übermittelt. Dieses wurde von der Antragsgegnerin geprüft und schließlich der mitbeteiligten Partei mit Schreiben vom 12.2.2025 der „Zuschlag“ erteilt, somit der Auftrag an die mitbeteiligte Partei durch die Annahme des von ihr gelegten Angebotes erteilt.

Die Antragstellerin hat am 24.2.2025 durch ihre rechtliche Vertretung schriftlich nachgefragt, auf welcher Rechtsgrundlage die Antragsgegnerin die B. GmbH (das ist die Muttergesellschaft der mitbeteiligten Partei) beauftragt habe.

Die Antragsgegnerin hat daraufhin der Antragstellerin mit E-Mail vom 4.3.2024 mitgeteilt, dass die C. GmbH auf Basis einer In-House-Vergabe beauftragt worden ist. Der Nachprüfungsantrag wurde daraufhin am 20.3.2025, 20:45 Uhr, eingebracht.

Die Laufzeit des Auftrags beträgt ein Jahr mit einer Verlängerungsoption um ein weiteres Jahr. Die leistungsgegenständlichen Monumental- und Denkmalbrunnen sind im Leistungsverzeichnis auf den Seiten 3 bis 6 aufgelistet. Ein kleinerer Teil der aufgelisteten Brunnen sind Trinkbrunnen. Die Mehrheit der aufgelisteten Brunnen sind keine Trinkbrunnen. Es werden zwar sämtliche Brunnen mit Trinkwasser gespeist, jedoch werden dem Wasser bei den Brunnen, die keine Trinkbrunnen sind, zum Teil Chemikalien wie z.B. Algizide zugefügt.

Zur Frage der In-House-Eigenschaft:

Die mitbeteiligte Partei (C. GmbH) ist im Firmenbuch mit der FN ... und dem Geschäftszweig Hausbetreuung eingetragen. Alleinige Gesellschafterin ist die B. GmbH.

Die B. GmbH ist im Firmenbuch mit der FN ... eingetragen. Alleinige Gesellschafterin ist die Wiener Stadtwerke GmbH.

Die Wiener Stadtwerke GmbH ist im Firmenbuch mit der FN 127783t eingetragen. Alleinige Gesellschafterin ist die Stadt Wien.

Die Stadt Wien hat sich als Alleingesellschafterin der Wiener Stadtwerke GmbH über den Gesellschaftsvertrag und durch organisatorische Maßnahmen umfassende Durchgriffsrechte auf die Geschäftsführung der Wiener Stadtwerke GmbH gesichert.

In gleicher Weise hat sich die Wiener Stadtwerke GmbH über den Gesellschaftsvertrag und durch organisatorische Maßnahmen umfassende Durchgriffsrechte auf die Geschäftsführung der C. GmbH gesichert.

Die C. GmbH hat sich wiederum über den Gesellschaftsvertrag und durch organisatorische Maßnahmen umfassende Durchgriffsrechte auf die Geschäftsführung der B. GmbH gesichert.

Es besteht eine komplexe Struktur aus Konzernrichtlinien, Bereichsleitungen, Berichtswesen und Weisungsbefugnissen, die es der Stadt Wien ermöglichen, die Kontrolle über die B. GmbH trotz Zwischenschaltung der Wiener Stadtwerke GmbH und der C. GmbH effektiv auszuüben.

Die Kontrolle der Stadt Wien über die C. GmbH wird in der Praxis intensiv gelebt. Abstimmungen erfolgen unter anderem über regelmäßige Jour Fixes, über ein eingerichtetes Berichtswesen und über Weisungen. Diese Kontrolle wird nicht nur über eine politische Kontrolle gelebt, sondern auch über eingerichtete Fachbereiche mit fachlichen Jour-Fixes und Fachbereichsleitungen. Die

umfangreiche Dokumentation zur Ausübung der Kontrolle im Vergabeakt lässt keinen Zweifel an der Effektivität der gelebten Kontrolle erkennen.

Private Kapitalbeteiligungen bestehen nicht.

Die Kontrollbefugnisse der Stadt Wien differenzieren nicht danach, ob bzw. inwieweit die kontrollierte Gesellschaft Leistungen im Wettbewerb am freien Markt oder für die Stadt Wien erbringt. Das heißt, Tätigkeiten der mitbeteiligten Partei, die am freien Markt erbracht werden, unterliegen in gleicher Weise der Kontrolle durch die Stadt Wien wie Tätigkeiten, die nicht für den freien Markt bestimmt sind.

Zu den Umsätzen ist festzustellen:

Die mitbeteiligte Partei erbringt einen Teil ihrer Umsätze für ihre Muttergesellschaft, die C. GmbH. Diese Umsätze sind im Vergabeakt dokumentiert und bewegen sich in einer solchen Höhe, dass die mitbeteiligte Partei die Umsatzschwelle von 80% nicht erreichen würde, wenn die Umsätze der mitbeteiligten Partei mit ihrer Muttergesellschaft nicht eingerechnet würden.

Diese Umsätze hat Rechtsanwalt MMag. Dr. N. in seinen Gutachten zur Gänze als In-House-Leistungen gerechnet. Die C. GmbH erbringt jedoch auch Leistungen am freien Markt. Eine Differenzierung der Leistungen, die an die C. GmbH erbracht wurden, in solche, die für den freien Markt bestimmt waren, und solche, die für die Stadt Wien bestimmt waren, ist nicht erfolgt.

Die mitbeteiligte Partei erbringt einen weiteren Teil ihrer Umsätze für die Wiener Stadtwerke GmbH und für unterschiedliche Gesellschaften im Konzernverhältnis zur Wiener Stadtwerke GmbH. Diese Umsätze bewegen sich ebenfalls in einer solchen Höhe, dass ihre Nichteinrechnung für die mitbeteiligte Partei das Nichterreichen der Umsatzschwelle von 80% zur Folge hätte.

Diese Umsätze hat Rechtsanwalt MMag. Dr. N. in seinen Gutachten ebenfalls zur Gänze als In-House-Leistungen gerechnet. In welchem Ausmaß dabei die Wiener Stadtwerke GmbH und die mit ihr konzernmäßig verbundenen Gesellschaften Leistungen am freien Markt erbringen, ist nicht bekannt. Eine Differenzierung der

Leistungen, die an den Konzern der Wiener Stadtwerke GmbH erbracht wurden, in solche, die für den freien Markt bestimmt waren, und solche, die für die Stadt Wien bestimmt waren, ist nicht erfolgt.

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung erstmals vorgebracht, dass die obgenannten Gesellschaften ebenfalls – so wie die mitbeteiligte Partei – mehr als 80% ihrer Leistungen In-House erbringen würden. Die Antragsgegnerin hat jedoch bewusst keine Nachweise für die Richtigkeit dieser Behauptungen vorgelegt, weil einerseits die Erstellung dieser Nachweise für die Antragsgegnerin mit erheblichem Aufwand verbunden gewesen wäre und andererseits nach der Rechtsansicht der Antragsgegnerin das Beweisthema – die Umsätze der obgenannten Konzerngesellschaften – keine rechtliche Relevanz habe. Es konnten daher zu der Frage, ob auch die obgenannten Gesellschaften mehr als 80% ihrer Umsätze mit Leistungen an die Stadt Wien oder an von der Stadt Wien vollständig beherrschte Gesellschaften erzielen, keine Feststellungen getroffen werden.

Die mitbeteiligte Partei erbringt weiters Leistungen unmittelbar an die Stadt Wien und ihre Dienststellen. Diese wurden als In-House-Umsätze berücksichtigt.

Die mitbeteiligte Partei erbringt Leistungen der Arbeitskräfteüberlassung an die Wien Energie. Diese wurden als In-House-Umsätze berücksichtigt. Auch zur Wien Energie liegt ein Nachweis, dass die Wien Energie selbst mehr als 80% ihres Jahresumsatzes durch In-House-Leistungen erzielt, nicht vor. Die Umsätze der mitbeteiligten Partei mit Wien Energie bewegen sich in einer Höhe, bei der die Frage der Einrechnung oder Nichteinrechnung dieser Umsätze Relevanz haben kann.

Ein Teil der Leistungen der mitbeteiligten Partei erfolgt im Bereich der Daseinsvorsorge, sodass die Entgelte letztlich von den Endabnehmern bezahlt werden. Dies betrifft unterschiedliche Daseinsvorsorgeaufgaben der Stadt Wien. Die entsprechenden Umsätze wurden als In-House-Umsätze berücksichtigt.

Ein Teil der Leistungen der mitbeteiligten Partei erfolgt für die oben genannten Rechtsträger außerhalb des Stadtgebietes von Wien. Eine Differenzierung der Umsätze in solche, bei denen die Leistungen im Stadtgebiet von Wien erfolgen,

und solchen, bei denen die Leistungen außerhalb des Stadtgebiets von Wien erfolgen, ist dabei nicht erfolgt.

Gemäß den erfolgten Berechnungen sowohl für die vorausgegangenen drei Kalenderjahre als auch für mehrere Jahre davor wurde die Schwelle, wonach mehr als 80 % der erfolgten Umsätze In-House-Leistungen betreffen müssen, jeweils deutlich überschritten und Prozentsätze von etwa 90% und darüber für den In-House-Anteil des jährlichen Gesamtumsatzes erreicht.

Die Jahresabschlüsse der C. GmbH wurden zu den Stichtagen 31.12.2021, 31.12.2022, 31.12.2023 und 31.12.2024 von einer befugten Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft geprüft.

Von der gleichen Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft wurde auch geprüft, wie hoch der prozentmäßige Anteil des konzerninternen Jahresumsatzes dieser Gesellschaft am gesamten Jahresumsatz dieser Gesellschaft ist. Dabei wurde der prozentmäßige Anteil des konzerninternen Jahresumsatzes dieser Gesellschaft am gesamten Jahresumsatz dieser Gesellschaft für die genannten Jahre mit einem Prozentsatz von jeweils mehr als 90 % ermittelt (91,51 % für das Jahr 2021, 90,73 % für das Jahr 2022, 93,11 % für das Jahr 2023 sowie 92,87 % für das Jahr 2024). Dabei weichen die Prozentsätze geringfügig von den Prozentsätzen, die Rechtsanwalt MMag. Dr. Claus N. berechnet hat, ab. Diese Abweichungen in den Prozentsätzen sind glaublich auf buchhalterische Gründe (z.B. Rückstellungen und Rücklagen) zurückzuführen und haben für das Ergebnis, dass sich dieser prozentmäßige Anteil jährlich in einem Bereich von etwa 90% bzw. knapp über 90% bewegt, keine Relevanz.

In diesen konzerninternen Jahresumsatz wurden alle Leistungen eingerechnet, welche die C. GmbH an ihre Muttergesellschaft (B. GmbH) oder an andere Konzerngesellschaften, die mittelbar oder unmittelbar im Alleineigentum der Stadt Wien stehen und von der Stadt Wien beherrscht werden, erbringt. Diese anderen Konzerngesellschaften erbringen zum Teil Leistungen am freien Markt und stehen dabei zum Teil im freien Wettbewerb.

Soweit daher eine Konzerngesellschaft (zum Beispiel die B. GmbH) Leistungen am freien Markt im Wettbewerb erbringt und sich dabei der C. GmbH als Subunternehmerin bedient, wurden auch solche Leistungen der C. GmbH zum konzerninternen Jahresumsatz der C. GmbH gerechnet.

Die Antragsgegnerin hat nicht offengelegt, wie hoch der Anteil an Leistungen der C. GmbH ist, die zwar intern für eine andere Konzerngesellschaft erbracht werden, dabei aber als Subunternehmerleistung der C. GmbH letztlich Teil einer am freien Markt erbrachten Leistung sind.

Die Antragsgegnerin hat auch nicht offengelegt, ob die Muttergesellschaft der C. GmbH sowie andere Gesellschaften des Konzerns, an die die C. GmbH ihrerseits konzernintern Leistungen erbringt, ihre eigenen Leistungen zu mehr als 80 % für die Stadt Wien erbringen oder etwa zu mehr als 20 % am freien Markt tätig sind.

Die Erfüllung des Umsatzkriteriums von 80% hängt entscheidungswesentlich davon ab, dass in die konzerninternen Umsätze der C. GmbH alle Leistungen an andere Konzerngesellschaften eingerechnet werden, und zwar unabhängig davon, ob die jeweilige Leistungsempfängerin ihrerseits das genannte Umsatzkriterium von mehr als 80% erfüllt, sowie unabhängig davon, ob die jeweilige Leistung mittelbar für die Stadt Wien erbracht wird oder als Subunternehmerleistung Teil einer am freien Markt erbrachten Leistung wird.

Zur Frage der Überschreitung der Umsatzschwelle von 80 % hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 15.05.2025 eine Bestätigung der P. GmbH über die konzerninternen Umsätze der mitbeteiligten Partei in den Kalenderjahren 2021 bis 2024 vorgelegt. Die darin bestätigten und aufgegliederten Umsätze wurden als erwiesen den gegenständlichen Sachverhaltsfeststellungen zu Grunde gelegt.

Die Unternehmen, mit denen die mitbeteiligte Partei diese Umsätze erzielt hat, wurden der Antragstellerin offengelegt. Als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geschwärzt wurde lediglich die Höhe der Umsätze. Begründete Zweifel daran, dass die in diesen Bestätigungen angeführten Unternehmen zum Konzern Wiener Stadtwerke zählen, wurden von der Antragstellerin nicht geäußert.

Das Verwaltungsgericht hat dazu erwogen, dass die Umsatzgrenze von 80 % gemäß der vorgelegten Bestätigung in jedem Kalenderjahr um mehr als 10 % überschritten wurde. Für prozentmäßig geringfügige Umsätze, deren Einrechnung oder Nichteinrechnung an der Überschreitung der 80 %-Schwelle auch in Kombination mit anderen geringfügigen Umsätzen nichts zu ändern vermag, war daher die Frage nicht entscheidungserheblich, ob es sich bei den betreffenden Unternehmen um von der Stadt Wien vollständig beherrschte Konzerngesellschaften handelt oder nicht. Darüber hinaus war auch bei diesen Gesellschaften - unbeschadet der nicht gegebenen Entscheidungsrelevanz - plausibel, dass es sich bei ihnen um von der Stadt Wien vollständig beherrschte Konzerngesellschaften handelt. Als nicht ergebnisrelevant erschienen dabei vor allem Umsätze, die nicht einmal die Schwelle von einem Prozent erreichen.

Die vom Verwaltungsgericht durchgeführte Plausibilitätsprüfung konnte sich daher auf die Unternehmen beschränken, mit denen die mitbeteiligte Partei die höchsten Umsätze erzielt hat, und zwar bis zur vom Gesetz geforderten Überschreitung der Umsatzschwelle von 80 %. Dabei war plausibel, dass jedenfalls diese „Umsatzträger“ von der Stadt Wien vollständig beherrschte Konzerngesellschaften sind.

Die Konzerngesellschaften, an die die mitbeteiligte Partei ihre Leistungen erbracht hat, sind zumindest zu einem Teil in der Daseinsvorsorge tätig. Diese Konzerngesellschaften sind zum Teil auch außerhalb des Stadtgebiets von Wien tätig. Mangels eines diesbezüglichen Nachweises konnte auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese Konzerngesellschaften (die „Umsatzträger“) mehr als 80 % ihrer eigenen Umsätze durch Leistungen an die Stadt Wien erzielen würden.

Bei der Beweiswürdigung wurde erwogen:

Der von der Antragsgegnerin vorgelegten Bestätigung der P. GmbH wurde die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde für die darin bestätigten Prozentangaben der Umsätze der mitbeteiligten Partei mit den darin angeführten Konzerngesellschaften beigemessen.

Bei den in dieser Bestätigung angeführten Gesellschaften war plausibel, dass es sich dabei durchgehend um von der Stadt Wien vollständig beherrschte Gesellschaften handelt. Dies traf insbesondere auf die Gesellschaften zu, die auf Grund der Höhe der von der mitbeteiligten Partei mit ihnen erzielten Umsätze erforderlich waren, die Umsatzschwelle von 80% zu überschreiten. Die Plausibilitätsprüfung des Verwaltungsgerichtes war dabei dahingehend, dass zunächst auf die Gesellschaften geachtet wurde, mit denen die mitbeteiligte Partei jeweils die höchsten Prozentsätze an Umsatz erzielt hatte. Gesellschaften, die nur minimal zu den In-House-Umsätzen der mitbeteiligten Partei beigetragen haben, waren dabei für diese Plausibilitätsprüfung nicht ergebnisrelevant.

Darüber hinaus hat die Berücksichtigung dieser Gesellschaften in der obgenannten Bestätigung der P. GmbH zumindest die Vermutung für sich, dass es sich bei den berücksichtigten Gesellschaften um Konzerngesellschaften der Wiener Stadtwerke bzw. der Stadt Wien handelt.

Die Beherrschung der Konzerngesellschaften durch die Stadt Wien und die dazu getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich insbesondere aus der schlüssigen und nachvollziehbaren sowie detaillierten und umfangreichen Dokumentation des Beherrschungsverhältnisses in der von der Antragsgegnerin vorgelegten Aktendokumentation sowie den Darstellungen in den Schriftsätzen der Antragsgegnerin bzw. aus den Beilagen und aus der durchgeführten mündlichen Verhandlung.

Im Übrigen ergeben sich die Sachverhaltsfeststellungen aus der Aktendokumentation der Antragsgegnerin, aus dem Schriftverkehr im Nachprüfungsverfahren und aus der durchgeführten mündlichen Verhandlung.

In rechtlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht erwogen:

Zur Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin:

Die mitbeteiligte Partei hat mit Schriftsatz vom 28.05.2025 die Frage aufgeworfen, ob die Antragstellerin antragslegitimiert ist, zumal die Hauptleistung in der Reinigung der ausschreibungsgegenständlichen Brunnen bestünde und die

Antragstellerin zwar über Gewerbeberechtigungen für Gas- und Sanitärinstallation sowie für Elektroinstallation verfüge, nicht aber über die Gewerbeberechtigung für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung, welche für die gegenständliche Leistung erforderlich sei.

Dazu hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass die Antragstellerin gemäß § 32 Abs. 1 Z 8 GewO 1994 bereits dann befugt ist, Gesamtaufträge zu übernehmen, wenn ein wichtiger Teil des Auftrags ihrem Gewerbe zukommt, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie die Arbeiten, für deren Ausführung sie keine Gewerbeberechtigung besitzt, durch befugte Gewerbetreibende ausführen lässt. Für das Vorliegen eines wichtigen Teils kommt es auf einen bestimmten prozentualen Anteil an der Gesamtleistung nicht entscheidend an. Vielmehr kann auch ein geringer Anteil des Unternehmers aus organisatorischen, planerischen, technischen und wirtschaftlichen Gründen als wichtiger Teil des Auftrags zu qualifizieren sein (Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO, 4. Auflage 2020, § 32, RZ 19).

Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsverfahren schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass ein Teil der „Reinigungsarbeiten“ ihrem reglementierten Gewerbe der Gas- und Wasserleitungsinstallation zukommt. Auf das prozentuale Ausmaß dieses Teils an der Gesamtleistung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. So kommen dem Gewerbe Gas- und Wasserleitungsinstallation im Bereich von „Reinigungsarbeiten“ insbesondere solche Reinigungstätigkeiten zu, die unmittelbar technische Komponenten der Brunnen betreffen oder es für dessen fachgerechte Ausführung erfordern, solche technischen Komponenten vor der Reinigung zu zerlegen und nach der Reinigung wieder zusammenzubauen. Darüber hinaus beinhaltet der Auftrag auch das Erkennen von technischen Gebrechen und deren Behebung (z.B. Behebung von Verstopfungen).

Die Antragstellerin wäre daher auf der Grundlage ihrer Befugnis für Gas- und Wasserleitungsinstallation als wichtiger Teil der Gesamtleistung jedenfalls befugt gewesen, die Gesamtleistung unter Beiziehung eines befugten Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigers als Subunternehmer oder als Partner einer Bietergemeinschaft anzubieten, ohne dabei für Leistungen des Gewerbes der

Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger an die Grenze von maximal 15% der Gesamtleistung gemäß § 32 Abs. 1a zweiter Satz GewO 1994 gebunden zu sein.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin auch zutreffend darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des VwGH (VwGH 16.12.2015, Ro 2014/04/0065, VwGH 01.10.2018, RA 2015/04/0060) im Fall eines Feststellungsantrags gegen eine Direktvergabe die Eignung der Antragstellerin und damit auch das Vorliegen einer ausreichenden Befugnis der Antragstellerin nicht zu prüfen sind, zumal die Antragstellerin im Ausschreibungsfall auch die Möglichkeit hätte, eine für die Angebotslegung allenfalls erforderliche Befugnis für das reglementierte Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung kurzfristig zu begründen. Bei dem genannten Gewerbe handelt es sich um ein Anmeldegewerbe, d. h., die Befugnis entsteht grundsätzlich mit dem Tag der Gewerbeanmeldung.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Erhalt des Auftrags dadurch plausibel dargelegt, dass sie einerseits die Instandhaltung und Pflege der gegenständlichen Brunnen für die Auftraggeberin bereits etwa 30 Jahre lang durchgeführt hat und andererseits bereit und in der Lage gewesen wäre, für den verfahrensgegenständlichen Auftrag die allfällige Hürde, ein Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigungsunternehmen zumindest in der Form eines Subunternehmers beiziehen zu müssen, zu überwinden. Auch wenn im Feststellungsverfahren daher das Erfordernis hervorgekommen sein mag, dass für den nunmehr gegenständlichen Auftrag wegen der darin enthaltenen Leistungen des Gewerbes der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung für bestimmte Leistungsteile eine Befugnis für das Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung erforderlich ist, hat dieses Erfordernis dem Interesse der Antragstellerin keinen Abbruch getan.

Es war daher davon auszugehen, dass die Antragstellerin antragslegitimiert ist.

Zur Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrags:

§ 179 Abs. 1 BVergG 2018 samt Überschrift lautet:

„Ausgenommene öffentlich-öffentliche Verhältnisse

§ 179. (1) Dieses Bundesgesetz gilt nicht

1. für Aufträge, die ein öffentlicher Sektorauftraggeber durch einen Rechtsträger erbringen lässt,

a) über den der öffentliche Sektorauftraggeber eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,

b) mehr als 80% der Tätigkeiten des kontrollierten Rechtsträgers der Ausführung der Aufgaben dienen, mit denen er von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Sektorauftraggeber oder von anderen von diesem öffentlichen Sektorauftraggeber kontrollierten Rechtsträgern betraut wurde, und

c) keine direkte private Kapitalbeteiligung am kontrollierten Rechtsträger besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die jeweils in Übereinstimmung mit dem AEUV durch gesetzliche Bestimmungen eines Mitgliedstaates vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf den kontrollierten Rechtsträger vermitteln.

Eine Kontrolle im Sinne von lit. a liegt vor, wenn der öffentliche Sektorauftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des kontrollierten Rechtsträgers ausübt. Eine derartige Kontrolle kann auch durch einen anderen Rechtsträger ausgeübt werden, der vom öffentlichen Sektorauftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.“

Diese Bestimmung entspricht mit lediglich unwesentlichen Abweichungen in der Formulierung dem Art. 28 Abs. 1 lit. a) bis c) der Richtlinie 2014/25/EU (Sektoren-Richtlinie).

An der Erfüllung des Kriteriums des § 179 Abs. 1 Ziffer 1 lit. a BVergG 2018 (Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle) besteht im Anlassfall kein Zweifel. Die Antragsgegnerin hat durch eine engmaschige Konzernstruktur mit umfassenden Weisungsrechten und Berichtspflichten, Konzernrichtlinien und kapitalmäßiger Beherrschung eine Kontrolle über die C. GmbH wie über eine eigene Dienststelle eingerichtet.

Zum Kriterium des § 179 Abs. 1 Ziffer 1 lit. b BVergG 2018 (Umsatzkriterium) hat der Senat erwogen:

Die Antragsgegnerin vertritt zu diesem Kriterium den Rechtsstandpunkt, dass in den konzerninternen Umsatz jede Leistung eingerechnet werden kann, den die C. GmbH an ihre Muttergesellschaft, eine von der Stadt Wien vollständig kontrollierte Schwestergesellschaft oder an die Stadt Wien selbst erbringt, ohne dass danach zu differenzieren wäre, ob die Muttergesellschaft oder die Schwestergesellschaft ihrerseits zu mehr als 80% Leistungen für die Stadt Wien erbringt, und ohne

danach zu differenzieren, ob die Aufgaben, mit denen die C. GmbH von ihrer Muttergesellschaft oder von ihrer Schwestergesellschaft betraut wird, für den freien Markt oder für die Stadt Wien bestimmt sind.

Im Ergebnis würde es diese Rechtsansicht möglich machen, dass Konzerngesellschaften einerseits sogar überwiegend am freien Markt im Wettbewerb tätig sein können, andererseits aber andere Konzerngesellschaften als Subunternehmer beiziehen, wobei die Leistungen des Subunternehmers als konzerninterne Leistung den konzerninternen Umsätzen zugerechnet werden könnte. Im Ergebnis würde somit diese Rechtsansicht ermöglichen, in einer Kette konzernmäßiger Beherrschungen, bei der eine Muttergesellschaft das Kriterium, mehr als 80% ihrer Leistungen konzernintern zu erbringen, nicht mehr erfüllt, eine Tochter zu gründen, die ihre Leistungen hauptsächlich für diese Muttergesellschaft erbringt und ihrerseits das in Rede stehende Umsatzkriterium wieder erfüllt.

Wenn die Antragsgegnerin dem in der mündlichen Verhandlung entgegengehalten hat, dass auch sämtliche anderen Konzerngesellschaften, zu denen Umsätze der mitbeteiligten Partei als konzerninterne Umsätze eingerechnet worden sind, das Umsatzkriterium des § 179 Abs. 1 Ziffer 1 lit. b BVergG 2018 erfüllen würde, die Antragsgegnerin aber wegen des damit verbundenen Aufwandes und des Fehlens eines rechtlichen Erfordernisses den diesbezüglichen Nachweis nicht erbringe, so ist dazu festzuhalten, dass ein solcher Nachweis der Antragsgegnerin obliegen wäre. Die entsprechenden Umsatzzahlen stellen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragsgegnerin und der betroffenen Konzerngesellschaften dar. Somit können diese Zahlen weder amtswegig erhoben noch von der Antragstellerin im Rahmen ihrer Mitwirkung ermittelt werden. Es war daher für die weitere Beurteilung davon auszugehen, dass die anderen Konzerngesellschaften das zitierte Umsatzkriterium jeweils selbst nicht erfüllen würden. Die entscheidende Rechtsfrage lag vielmehr darin, ob es überhaupt erforderlich ist, zu prüfen, ob auch die anderen Konzerngesellschaften das zitierte Umsatzkriterium erfüllen.

Der Senat hat dazu erwogen, dass mit der Richtlinie 2014/25/EU und in deren Umsetzung mit dem BVergG 2018 eine ausdrückliche Kodifizierung des in Rede stehenden Umsatzkriteriums erfolgt ist. Dieser Kodifizierung sind auf EU-Ebene

Bestrebungen der Europäischen Kommission vorausgegangen, eine strengere Regelung zu erreichen. Das Ergebnis der Kodifizierung stellt somit einen Kompromiss dahingehend dar, dass die Anforderungen in der Richtlinie (und dieser folgend im BVergG 2018) festgeschrieben sind, die für das Vorliegen eines In-House-Verhältnisses erfüllt werden müssen, und darüberhinausgehende Anforderungen an das Vorliegen eines In-House-Verhältnisses nicht zu stellen sind.

Aus dem Gesetzeswortlaut geht nicht hervor, dass es sich bei den In-House-Umsätzen um Umsätze aus der Ausführung von Aufgaben handeln muss, mit denen die mitbeteiligte Partei von der Stadt Wien beauftragt wurde. Vielmehr sind dem klaren Wortlaut der Bestimmung zu Folge auch die Umsätze aus der Ausführung von Aufgaben zu berücksichtigen, mit denen die mitbeteiligte Partei von einer von der Stadt Wien vollständig beherrschten Gesellschaft beauftragt wurde. Dabei stellt § 179 Abs. 1 Z 1 lit. b BVergG 2018 hinsichtlich dieser Konzerngesellschaften lediglich auf die vollständige Beherrschung durch die Stadt Wien ab. § 179 Abs. 1 Z 1 lit. b BVergG 2018 verlangt somit nicht, dass die als In-House-Umsätze gerechneten Leistungen der mitbeteiligten Partei unmittelbar oder mittelbar an die Stadt Wien erbracht werden. Vielmehr eröffnet der klare Wortlaut der zit. Bestimmung die Möglichkeit, Umsätze der mitbeteiligten Partei auch dann als In-House-Umsätze zu rechnen, wenn diese zwar an eine Konzerngesellschaft erbracht werden, die betreffende Konzerngesellschaft aber dabei auf dem freien Markt tätig ist.

Eine Fortentwicklung der Kriterien für die Berechnung des konzerninternen Umsatzes kann durch die Rechtsanwendung nicht erfolgen. Für die Beurteilung, ob die Schwelle von mehr als 80 % Umsatz durch konzernintern erbrachte Leistungen eingehalten wird, kann daher nur auf die von der genannten EU-Richtlinie und vom BVergG 2018 ausdrücklich kodifizierten Kriterien abgestellt werden.

Das Umsatzkriterium des § 179 Abs. 1 Ziffer 1 lit. b BVergG 2018 war daher erfüllt.

Das Kriterium des § 179 Abs. 1 Ziffer 1 lit. c BVergG 2018, wonach keine direkte private Kapitalbeteiligung am kontrollierten Rechtsträger bestehen darf, war im Hinblick darauf, dass die Stadt Wien mittelbar 100 % der Gesellschaftsanteile hält, ebenfalls erfüllt.

Wenn sich die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung darauf berufen hat, dass Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts eng auszulegen seien, so ist dem entgegenzuhalten, dass die in § 179 BVergG 2018 geregelten öffentlich-öffentlichen Verhältnisse – ebenso wie die im § 10 BVergG 2018 geregelten öffentlich-öffentlichen Verhältnisse – im rechtlichen Sinne keine Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts darstellen.

Das Vorliegen einer Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts im rechtlichen Sinne setzt voraus, dass die Anwendbarkeit des Vergaberechts zunächst gegeben ist, weil nur bei einer zunächst gegebenen Anwendbarkeit eine Ausnahme rechtlich greifen kann. Eine solche, zunächst gegebene Anwendbarkeit des Vergaberechts setzt jedoch unter anderem das Vorliegen eines Auftrags zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem von diesem verschiedenen Auftragnehmer voraus. Bei den in den zit. Gesetzesstellen geregelten öffentlich-öffentlichen Verhältnissen fehlt es jedoch bereits am Vorliegen eines Auftrags im obgenannten Sinn. Der In-House-Vergabe liegt dabei ein funktionaler Auftraggeberbegriff zu Grunde, dem zu Folge es sich bei der In-House beauftragten Gesellschaft funktional um keine vom Auftraggeber verschiedene Person handelt. Die Ausführungen der Antragstellerin, wonach Ausnahmen eng auszulegen seien, gehen somit bei der gegenständlich zu beurteilenden Frage des Vorliegens eines In-House-Verhältnisses gemäß § 179 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 ins Leere.

Im Ergebnis erfüllt die C. GmbH daher alle im § 179 Abs. 1 Ziffer 1 BVergG 2018 kodifizierten Anforderungen an das Vorliegen eines In-House-Verhältnisses zur Stadt Wien. Darauf, in welchem Ausmaß die C. GmbH mit ihren konzerninternen erbrachten Leistungen mittelbar am freien Markt tätig ist, kommt es nach den im § 179 Abs. 1 Ziffer 1 BVergG 2018 kodifizierten Anforderungen nicht an. Eine allfällige Entwicklung zusätzlicher Differenzierungskriterien hinsichtlich der Ermittlung des konzerninternen Umsatzes ist nicht die Aufgabe der Rechtsanwendung.

Der Nachprüfungsantrag war daher spruchgemäß abzuweisen.

Abschließend ist festzuhalten:

Gemäß § 171 Abs. 1 BVergG 2018 sind Sektorentätigkeiten im Bereich Wasser:

1. Die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser, und
2. Die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze.

Die auftragsgegenständlichen Brunnen dienen zwar überwiegend nicht der Abgabe von Trinkwasser und sind somit überwiegend nicht Teil der Versorgung von Trinkwasser. Eine Ausnahme stellen lediglich die vom Auftrag ebenfalls umfassten Trinkbrunnen dar.

Die Antragsgegnerin betreibt jedoch ein festes Netz zur Trinkwasserversorgung und stellt dieses bereit. Alle auftragsgegenständlichen Brunnen sind an dieses Netz zur Trinkwasserversorgung angeschlossen und somit Teil dieses Netzes.

Die Antragsgegnerin ist daher gegenständlich als Sektorenauftraggeberin tätig und es sind gegenständlich die Regelungen des BVergG 2018 für den Sektor anzuwenden. Allerdings ist der gegenständlich anzuwendende § 179 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 inhaltlich ident mit dem im klassischen Bereich anzuwendenden § 19 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018, sodass die Frage, ob die Antragsgegnerin gegenständlich als Sektorenauftraggeberin tätig ist, für den Ausgang des Verfahrens keine Bedeutung hat.

Die Pauschalgebühren bemessen sich für die Oberschwelle. Diese wurden von der Antragstellerin in der gesetzmäßigen Höhe entrichtet. Da die Antragstellerin mit ihrem Feststellungsantrag nicht erfolgreich war, lagen die Voraussetzungen für einen Gebührenersatz gemäß § 15 WVRG 2020 nicht vor und hat die Antragstellerin die Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Die ordentliche Revision ist aus folgenden Erwägungen zulässig:

Die Rechtsfrage hat über den Anlassfall hinausgehende Bedeutung. Es fehlt höchstgerichtliche Rechtsprechung dazu, ob die wörtliche Auslegung des § 179

Abs. 1 Z 1 lit. b BVergG 2018 dem Zweck der Bestimmungen über die Inhouse-Vergabe, wonach ein Umgehen des Vergaberechts verhindert werden soll, entgegensteht. Die zu lösende grundsätzliche Rechtsfrage bestand darin, ob es bei der Prüfung des Umsatzkriteriums des § 179 Abs. 1 Z 1 lit. b BVergG 2018 ausreicht, die in der zit. Gesetzesstelle ausdrücklich normierten Kriterien zu prüfen, ohne die Frage in diese Prüfung einzubeziehen, ob auch die Konzerngesellschaften, denen gegenüber konzerninterne Leistungen erbracht werden, ihre Leistungen zu mehr als 80% konzernintern erbringen.

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.

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