

TE Vwgh Erkenntnis 2012/11/8 2010/04/0128

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.11.2012

Index

E3L E06301000;
E3L E06304000;
E6j;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31992L0050 Vergabekoordinierungs-RL Dienstleistungsaufträge;
32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art8;
62004CJ0029 Kommission / Österreich;
BVerGG 2006 §3 Abs2;
BVerGG 2006 §312;
BVerGG 2006 §320;
VwGG §42 Abs2 Z1;

1. BVerGG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerGG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVerGG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerGG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVerGG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVerGG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVerGG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVerGG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerGG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVerGG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der X GmbH & Co KG in Y, vertreten durch Dr. Gerald Haas, Dr. Anton Frank, Mag. Ursula Schilchegger-Silber, Mag. Dr. Andreas Rabl und Dr. Andreas Auer, Rechtsanwälte in 4600 Wels, Bauernstraße 9/WDZ 3, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 8. November 2010, Zl. N/0085-BVA/12/2010-32, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung nach dem BVergG 2006 (mitbeteiligte Partei: A reg. Gen.m.b.H. in B, vertreten durch Puttinger, Vogl & Partner Rechtsanwälte GmbH in 4910 Ried im Innkreis, Claudistraße 5; weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der römisch zehn GmbH & Co KG in Y, vertreten durch Dr. Gerald Haas, Dr. Anton Frank, Mag. Ursula Schilchegger-Silber, Mag. Dr. Andreas Rabl und Dr. Andreas Auer, Rechtsanwälte in 4600 Wels, Bauernstraße 9/WDZ 3, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 8. November 2010, Zl. N/0085-BVA/12/2010-32, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung nach dem BVergG 2006 (mitbeteiligte Partei: A reg. Gen.m.b.H. in B, vertreten durch Puttinger, Vogl & Partner Rechtsanwälte GmbH in 4910 Ried im Innkreis, Claudistraße 5; weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Neubau und Sanierung des Bundesschulzentrums B" der mitbeteiligten Partei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der mitbeteiligten Partei vom 17. September 2010 sowie der Zuschlagsentscheidung der mitbeteiligten Partei vom 20. September 2010 gemäß den §§ 3 Abs. 1 und 2 iVm § 312 BVergG 2006 und § 6 Abs. 1 AVG mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückgewiesen (Spruchpunkt 1.) sowie der Antrag auf Pauschalgebührenersatz gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen (Spruchpunkt 2.). Mit dem angefochtenen Bescheid wurde im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Neubau und Sanierung des Bundesschulzentrums B" der mitbeteiligten Partei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der mitbeteiligten Partei vom 17. September 2010 sowie der Zuschlagsentscheidung der mitbeteiligten Partei vom 20. September 2010 gemäß den Paragraphen 3, Absatz eins und 2 in Verbindung mit Paragraph 312, BVergG 2006 und Paragraph 6, Absatz eins, AVG mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückgewiesen (Spruchpunkt 1.) sowie der Antrag auf Pauschalgebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen (Spruchpunkt 2.).

Begründend stellte die belangte Behörde zunächst fest, die mitbeteiligte Partei habe die gegenständlichen Leistungen im offenen Verfahren nach dem BVergG 2006 im Oberschwellenbereich ausgeschrieben und trete als Auftraggeberin und ausschreibende Stelle auf. Als zuständige Vergabekontrollbehörde sei (in der Ausschreibung) die belangte Behörde benannt worden.

Die mitbeteiligte Partei sei eine Genossenschaft im Sinne des Gesetzes vom 9. April 1973, RGBl. Nr. 70 (Genossenschaftsgesetz), und habe ihren Sitz in Ried im Innkreis. Gegenstand des Unternehmens sei die Errichtung und Verwaltung von Wohnungen im eigenen und im fremden Namen sowie die Schaffung von Wohnungseigentum. Der Zweck des Unternehmens sei darauf gerichtet, seinen Mitgliedern zu angemessenen Preisen Wohnungen im Sinne des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes (WGG) zu verschaffen, auch Wohnungseigentum an diesen zu begründen und diese und auch andere Wohnungen zu verwalten. Mitglieder könnten entweder natürliche Personen oder juristische Personen sowie eingetragene Personengesellschaften werden. Die mitbeteiligte Partei stehe am Wohnungsmarkt im Wettbewerb mit anderen gemeinnützigen Bauvereinigungen und mit nicht gemeinnützigen Bauvereinigungen. Es gebe keine Ausfallhaftungen von Gebietskörperschaften.

Die Stadtgemeinde B sei Eigentümer der Liegenschaft, worauf sich das Bundesschulzentrum befinde. Der Bund sei nicht Eigentümer des Bundesschulzentrums, könne es aber auf Verlangen werden. Der ursprüngliche Mietvertrag aus dem Jahr 1971/1972 sei im Grundbuch enthalten. Der in Aussicht genommene Mietvertrag zwischen der mitbeteiligten

Partei und dem Bund sei derzeit noch nicht im Grundbuch eingetragen, da der neue Mietvertrag noch nicht unterzeichnet sei (nach der Darstellung des Verfahrensganges im angefochtenen Bescheid hat die mitbeteiligte Partei der belangten Behörde die abzuschließenden Verträge übermittelt und ergänzend darauf hingewiesen, dass der Inhalt der Urkunden bereits zwischen den vertragsabschließenden Teilen akkordiert und beschlossen sei und es nur mehr der formellen Unterfertigung bedürfe). Derzeitiger Eigentümer am Gebäude sei die Stadtgemeinde B. Nach Unterfertigung der Verträge werde die mitbeteiligte Partei Eigentümerin. Im Vorfeld der gegenständlichen Ausschreibung habe es Besprechungen zwischen der mitbeteiligten Partei und dem Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur gegeben. Mit der Stadtgemeinde Ried sei akkordiert worden, dass die mitbeteiligte Partei für das gegenständliche Projekt heranzuziehen sei. Einen formellen (schriftlichen) Auftrag des Bundes an die mitbeteiligte Partei, das gegenständliche Projekt zu realisieren, gebe es nicht. Laut Schreiben der Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur vom 16. November 2007 verpflichtete sich das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, der Stadt Ried die gesamten Planungskosten (bis zur Erstellung der Einreichplanung) der L Architektur ZT GmbH (welche die Prüfung der Angebote samt Vergabevorschlag vorgenommen habe) auch im Falle der Nichtdurchführung der beschriebenen Baumaßnahmen zu ersetzen. Weiters solle in allen Planungsstadien das Einvernehmen mit dem Bund hergestellt werden. Im Übrigen lasse sich dem Vergabeakt kein Hinweis darauf entnehmen, dass der Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, in das gegenständliche Vergabeverfahren involviert gewesen wäre. Es seien lediglich mündliche Abstimmungen zwischen der mitbeteiligten Partei und dem Bundesministerium durchgeführt worden. So habe das Bundesministerium der EU-weiten Bekanntmachung der Ausschreibung sowie dem Vergabevorschlag vom 17. September 2010 nur mündlich zugestimmt. Diese Aussagen fänden Übereinstimmung mit dem vorgelegten Vergabeakt der mitbeteiligten Partei, wonach keine schriftliche Zustimmung des Bundesministeriums vorliege. Des Weiteren existierten keine schriftlichen Aufzeichnungen über allfällige Fördergenehmigungen seitens des Bundes zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Die Stadtgemeinde B sei Eigentümer der Liegenschaft, worauf sich das Bundesschulzentrum befinde. Der Bund sei nicht Eigentümer des Bundesschulzentrums, könne es aber auf Verlangen werden. Der ursprüngliche Mietvertrag aus dem Jahr 1971 aus 1972, sei im Grundbuch enthalten. Der in Aussicht genommene Mietvertrag zwischen der mitbeteiligten Partei und dem Bund sei derzeit noch nicht im Grundbuch eingetragen, da der neue Mietvertrag noch nicht unterzeichnet sei (nach der Darstellung des Verfahrensganges im angefochtenen Bescheid hat die mitbeteiligte Partei der belangten Behörde die abzuschließenden Verträge übermittelt und ergänzend darauf hingewiesen, dass der Inhalt der Urkunden bereits zwischen den vertragsabschließenden Teilen akkordiert und beschlossen sei und es nur mehr der formellen Unterfertigung bedürfe). Derzeitiger Eigentümer am Gebäude sei die Stadtgemeinde B. Nach Unterfertigung der Verträge werde die mitbeteiligte Partei Eigentümerin. Im Vorfeld der gegenständlichen Ausschreibung habe es Besprechungen zwischen der mitbeteiligten Partei und dem Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur gegeben. Mit der Stadtgemeinde Ried sei akkordiert worden, dass die mitbeteiligte Partei für das gegenständliche Projekt heranzuziehen sei. Einen formellen (schriftlichen) Auftrag des Bundes an die mitbeteiligte Partei, das gegenständliche Projekt zu realisieren, gebe es nicht. Laut Schreiben der Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur vom 16. November 2007 verpflichtete sich das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, der Stadt Ried die gesamten Planungskosten (bis zur Erstellung der Einreichplanung) der L Architektur ZT GmbH (welche die Prüfung der Angebote samt Vergabevorschlag vorgenommen habe) auch im Falle der Nichtdurchführung der beschriebenen Baumaßnahmen zu ersetzen. Weiters solle in allen Planungsstadien das Einvernehmen mit dem Bund hergestellt werden. Im Übrigen lasse sich dem Vergabeakt kein Hinweis darauf entnehmen, dass der Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, in das gegenständliche Vergabeverfahren involviert gewesen wäre. Es seien lediglich mündliche Abstimmungen zwischen der mitbeteiligten Partei und dem Bundesministerium durchgeführt worden. So habe das Bundesministerium der EU-weiten Bekanntmachung der Ausschreibung sowie dem Vergabevorschlag vom 17. September 2010 nur mündlich zugestimmt. Diese Aussagen fänden Übereinstimmung mit dem vorgelegten Vergabeakt der mitbeteiligten Partei, wonach keine schriftliche Zustimmung des Bundesministeriums vorliege. Des Weiteren existierten keine schriftlichen Aufzeichnungen über allfällige Fördergenehmigungen seitens des Bundes zum gegenständlichen Vergabeverfahren.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, eine Zuständigkeit der belangten Behörde nach § 3 Abs. 1 BVergG 2006 sei zu verneinen: So sei eine Zuständigkeit nach § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 nicht gegeben, da eine Beteiligung des Bundes an der mitbeteiligten Partei im Sinne der lit. c nicht vorliege. Ob die mitbeteiligte Partei auf Grund der Beteiligungsanteile der Gemeinden allenfalls als Landesauftraggeber im Sinne des

§ 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 einzustufen sei und somit als Vergabekontrollbehörde der UVS Oberösterreich im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z. 2 lit. e B-VG zuständig wäre, habe nicht abschließend geklärt werden können. Eine offenkundige Unzuständigkeit der belangten Behörde bzw. offenkundige Zuständigkeit des UVS Oberösterreich liege keinesfalls vor, weshalb eine Weiterleitung nach § 6 Abs. 1 AVG nicht in Betracht zu ziehen gewesen sei. Die mitbeteiligte Partei sei auch kein Verband im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006. In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, eine Zuständigkeit der belangten Behörde nach Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 sei zu verneinen: So sei eine Zuständigkeit nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 nicht gegeben, da eine Beteiligung des Bundes an der mitbeteiligten Partei im Sinne der Litera c, nicht vorliege. Ob die mitbeteiligte Partei auf Grund der Beteiligungsanteile der Gemeinden allenfalls als Landesauftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 einzustufen sei und somit als Vergabekontrollbehörde der UVS Oberösterreich im Sinne des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e, B-VG zuständig wäre, habe nicht abschließend geklärt werden können. Eine offenkundige Unzuständigkeit der belangten Behörde bzw. offenkundige Zuständigkeit des UVS Oberösterreich liege keinesfalls vor, weshalb eine Weiterleitung nach Paragraph 6, Absatz eins, AVG nicht in Betracht zu ziehen gewesen sei. Die mitbeteiligte Partei sei auch kein Verband im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006.

Somit verbleibe als möglicher Anwendungstatbestand nur mehr § 3 Abs. 2 BVergG 2006: In dieser Hinsicht sei auf Grund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens davon auszugehen, dass das vorgeschriebene Bauvorhaben vom Bund nicht direkt subventioniert werde. Dies ergebe sich schon aus dem Umstand, dass die mitbeteiligte Partei keine schriftlichen Dokumente vorlegen habe können, aus denen nachvollziehbar hervorgegangen wäre, dass der Bund das gegenständliche Vergabeverfahren im Sinne des § 3 Abs. 2 BVergG 2006 gefördert hätte (siehe man vom Schreiben der Bundesministerin vom 16. November 2007 zur "Übernahme der Planungskosten durch den Bund" ab, das jedoch nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der hier antragsgegenständlichen Losvergabe gebracht werden könne). Somit verbleibe als möglicher Anwendungstatbestand nur mehr Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006: In dieser Hinsicht sei auf Grund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens davon auszugehen, dass das vorgeschriebene Bauvorhaben vom Bund nicht direkt subventioniert werde. Dies ergebe sich schon aus dem Umstand, dass die mitbeteiligte Partei keine schriftlichen Dokumente vorlegen habe können, aus denen nachvollziehbar hervorgegangen wäre, dass der Bund das gegenständliche Vergabeverfahren im Sinne des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 gefördert hätte (siehe man vom Schreiben der Bundesministerin vom 16. November 2007 zur "Übernahme der Planungskosten durch den Bund" ab, das jedoch nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der hier antragsgegenständlichen Losvergabe gebracht werden könne).

Soweit die Beschwerdeführerin vermeine, der gegenständliche Bauauftrag werde "de facto" vom Bund (über den Mietzins) finanziert, verkenne sie, dass sämtliche entscheidungsrelevanten Verträge (Baurechtsvertrag zwischen der Stadtgemeinde Ried im Innkreis und der mitbeteiligten Partei, 6. Nachtrag zum Mietvertrag vom 22. Oktober 1971 bzw. 16. Februar 1972 zwischen der Stadtgemeinde B und der Republik Österreich unter Beitritt der mitbeteiligten Partei sowie Mietvertrag zwischen der mitbeteiligten Partei und der Republik Österreich) zwischen den vertragschließenden Teilen - trotz offenkundig in Aussicht genommener formeller Vorsehung dafür (Hinweis auf die Vertragsschablonen mitsamt vorgesehenen Fertigungen laut OZ 19 des Nachprüfungsaktes) - noch nicht abgeschlossen worden seien. "Mangels noch nicht bestehendem" Baurechtsvertrag, welcher der mitbeteiligten Partei ein Baurecht an der Liegenschaft einräumen solle und der damit einhergehenden Eigentumsübertragung der Gebäude, habe demzufolge auch kein Mietvertrag zwischen der mitbeteiligten Partei und der Republik Österreich abgeschlossen werden können. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass es nur mehr der "formellen Unterfertigung" des Mietvertrages bedürfe und demzufolge bereits grundsätzliche Einigung über die Finanzierung bestünde. Die mitbeteiligte Partei habe nämlich selbst in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde eingeräumt, dass es in dem Abschlussgespräch zwischen der mitbeteiligten Partei und dem Bundesministerium noch "punktuelle Veränderungen" über die abzuschließenden Mietverträge gegeben hätte.

Es sei daher festzuhalten, dass ein lediglich in Aussicht genommener Mietvertrag, der im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens noch nicht abgeschlossen sei, nicht unter die Definition der "direkten" Subventionierung im Sinn des § 3 Abs. 2 BVergG 2006 subsumiert werden könne. Die Ausschreibung durch die mitbeteiligte Partei sei also offenkundig zu einem (verfrühten) Zeitpunkt erfolgt, in welchem noch nicht einmal absehbar gewesen sei, ob der Bund tatsächlich die Kosten des Vergabeverfahrens überwiegend tragen könne. Es sei daher festzuhalten, dass ein lediglich in Aussicht genommener Mietvertrag, der im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens noch nicht

abgeschlossen sei, nicht unter die Definition der "direkten" Subventionierung im Sinn des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 subsumiert werden könne. Die Ausschreibung durch die mitbeteiligte Partei sei also offenkundig zu einem (verfrühten) Zeitpunkt erfolgt, in welchem noch nicht einmal absehbar gewesen sei, ob der Bund tatsächlich die Kosten des Vergabeverfahrens überwiegend tragen könne.

Soweit die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (OGH) zu 1 Ob 201/99m vermeine, gegenständlich sei der wahre öffentliche Auftraggeber der Bund, verkenne sie Wortlaut und Intention des BVergG 2006. Gemäß § 2 Z. 8 BVergG 2006 sei Auftraggeber jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteile oder zu erteilen beabsichtige. Die Materialien hielten zu dieser Bestimmung fest, dass sich die Auftraggebereigenschaft alleine danach richte, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden solle. Dass im gegenständlichen Vergabeverfahren ausschließlich die mitbeteiligte Partei Vertragspartner werden solle, ergebe sich unzweifelhaft aus den Vergabeunterlagen und sei auch von der mitbeteiligten Partei in der mündlichen Verhandlung bestätigt worden. Soweit die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (OGH) zu 1 Ob 201/99m vermeine, gegenständlich sei der wahre öffentliche Auftraggeber der Bund, verkenne sie Wortlaut und Intention des BVergG 2006. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG 2006 sei Auftraggeber jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteile oder zu erteilen beabsichtige. Die Materialien hielten zu dieser Bestimmung fest, dass sich die Auftraggebereigenschaft alleine danach richte, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden solle. Dass im gegenständlichen Vergabeverfahren ausschließlich die mitbeteiligte Partei Vertragspartner werden solle, ergebe sich unzweifelhaft aus den Vergabeunterlagen und sei auch von der mitbeteiligten Partei in der mündlichen Verhandlung bestätigt worden.

Soweit die Beschwerdeführerin auf die Gefahr allfälliger Umgehungsabsichten öffentlicher Auftraggeber hinweise, sei anzumerken, dass das gegenständliche Vergabeverfahren seitens der mitbeteiligten Partei ohnedies nach dem BVergG 2006 ausgeschrieben worden sei. Fälschlicherweise sei in den Ausschreibungsunterlagen von der Zuständigkeit der belangten Behörde ausgegangen worden. Eine derartige Festlegung sei jedoch nicht geeignet, die Zuständigkeit der belangten Behörde zu begründen, da durch Vereinbarung der Parteien die Zuständigkeit der Behörde weder begründet noch geändert werden könne (Verweis auf § 6 Abs. 2 AVG). Soweit die Beschwerdeführerin auf die Gefahr allfälliger Umgehungsabsichten öffentlicher Auftraggeber hinweise, sei anzumerken, dass das gegenständliche Vergabeverfahren seitens der mitbeteiligten Partei ohnedies nach dem BVergG 2006 ausgeschrieben worden sei. Fälschlicherweise sei in den Ausschreibungsunterlagen von der Zuständigkeit der belangten Behörde ausgegangen worden. Eine derartige Festlegung sei jedoch nicht geeignet, die Zuständigkeit der belangten Behörde zu begründen, da durch Vereinbarung der Parteien die Zuständigkeit der Behörde weder begründet noch geändert werden könne (Verweis auf Paragraph 6, Absatz 2, AVG).

Letztlich sei Punkt 7.6. des noch nicht abgeschlossenen einschlägigen Mietvertrages dahingehend auszulegen, dass der Bund bereits in jedes auszuschreibende Projekt von Anfang an nachvollziehbar einzubeziehen sei und Vergaben und Zuschläge von der mitbeteiligten Partei nur nach schriftlicher Zustimmung vorgenommen werden dürften. Lediglich mündlich erfolgte Zustimmungen zu Bekanntmachungen bzw. Zuschlagsentscheidungen könnten dieser in Aussicht genommenen Bestimmung, welche ausdrücklich die schriftliche Zustimmung verlange, nicht entsprechen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Vorauszuschicken ist, dass die im Beschwerdefall in der Ausschreibung der mitbeteiligten Partei festgelegte Zuständigkeit der belangten Behörde für sich genommen keine Zuständigkeit der belangten Behörde begründen kann, weil sich die Anwendbarkeit des BVergG 2006 an sich sowie die Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden einer gestaltenden Festlegung durch die Auftraggeberin entziehen und daher eine solche Festlegung auch nicht bestandsfest werden kann (vgl. hierzu das hg. Erkenntnis vom 17. April 2012, Zl. 2008/04/0112). 1. Vorauszuschicken ist, dass die im Beschwerdefall in der Ausschreibung der mitbeteiligten Partei festgelegte Zuständigkeit der belangten Behörde für sich genommen keine Zuständigkeit der belangten Behörde begründen kann, weil sich die Anwendbarkeit

des BVergG 2006 an sich sowie die Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden einer gestaltenden Festlegung durch die Auftraggeberin entziehen und daher eine solche Festlegung auch nicht bestandsfest werden kann vergleiche , hiezu das hg. Erkenntnis vom 17. April 2012, Zl. 2008/04/0112).

2. Im Beschwerdefall verbleibt somit die strittige Frage, ob die belangte Behörde gemäß § 3 Abs. 2 BVergG 2006 zuständig war, über die Nachprüfungsanträge der Beschwerdeführerin meritorisch zu entscheiden. 2. Im Beschwerdefall verbleibt somit die strittige Frage, ob die belangte Behörde gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 zuständig war, über die Nachprüfungsanträge der Beschwerdeführerin meritorisch zu entscheiden.

3. Die Beschwerde bringt hiezu vor, im Beschwerdefall werde der von der mitbeteiligten Partei ausgeschriebene Bauauftrag de facto vom Bund finanziert und zwar über den Mietzins, den der Bund nach Fertigstellung des Bauvorhabens der mitbeteiligten Partei für die Anmietung des umgebauten bzw. erweiterten Bundesschulzentrums zu leisten habe. Die Höhe des Mietzinses sei so abgestimmt, dass das Sanierungsdarlehen, welches die mitbeteiligte Partei zur Finanzierung des Bauvorhabens aufgenommen habe, über den Mietzins des Bundes refinanziert werde. Diese an den Gesamtinvestitionskosten orientierte Mietzinszahlung stelle ohne Zweifel eine einseitige Leistungsgewährung dar, da ein an den Marktverhältnissen orientierter Mietzins wesentlich geringer anzusetzen wäre. Es sei offenkundig, dass ein derartiger jährlicher Mietzins für zusätzlich errichtete Schulräume völlig überhöht sei und außer Verhältnis zur Gegenleistung stehe. Die vom Bund und von der Stadtgemeinde B gewählte Vertragskonstruktion sei daher als "direkte Subvention" im Sinne des § 3 Abs. 2 BVergG 2006 zu qualifizieren. 3. Die Beschwerde bringt hiezu vor, im Beschwerdefall werde der von der mitbeteiligten Partei ausgeschriebene Bauauftrag de facto vom Bund finanziert und zwar über den Mietzins, den der Bund nach Fertigstellung des Bauvorhabens der mitbeteiligten Partei für die Anmietung des umgebauten bzw. erweiterten Bundesschulzentrums zu leisten habe. Die Höhe des Mietzinses sei so abgestimmt, dass das Sanierungsdarlehen, welches die mitbeteiligte Partei zur Finanzierung des Bauvorhabens aufgenommen habe, über den Mietzins des Bundes refinanziert werde. Diese an den Gesamtinvestitionskosten orientierte Mietzinszahlung stelle ohne Zweifel eine einseitige Leistungsgewährung dar, da ein an den Marktverhältnissen orientierter Mietzins wesentlich geringer anzusetzen wäre. Es sei offenkundig, dass ein derartiger jährlicher Mietzins für zusätzlich errichtete Schulräume völlig überhöht sei und außer Verhältnis zur Gegenleistung stehe. Die vom Bund und von der Stadtgemeinde B gewählte Vertragskonstruktion sei daher als "direkte Subvention" im Sinne des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 zu qualifizieren.

Diese Finanzierung des Bauauftrages durch den Bund und die Einräumung des Baurechtes durch die Stadtgemeinde B sei von Anfang beschlossen gewesen, sodass der Umstand der noch fehlenden formellen Unterfertigung der betreffenden Verträge im gegebenen Zusammenhang keine rechtliche Relevanz habe.

Letztlich regte die Beschwerdeführerin an, an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gemäß Art. 267 AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung von Art. 8 lit. a der Richtlinie 2004/18/EG zu richten. Letztlich regte die Beschwerdeführerin an, an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gemäß Artikel 267, AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung von Artikel 8, Litera a, der Richtlinie 2004/18/EG zu richten.

4. § 3 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 (BVergG 2006), lautet wie folgt: 4. Paragraph 3, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, (BVergG 2006), lautet wie folgt:

"Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Abs. 1 ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges I oder Bauaufträge im Sinne des Anhanges II oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 vH direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes." "Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Absatz eins, ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges römisch eins oder Bauaufträge im Sinne des Anhanges römisch zwei oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 vH direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes."

Mit dieser Bestimmung wurde Art. 8 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 114 (Richtlinie 2004/18), umgesetzt (vgl. auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar2, Rz. 97 zu § 3) Mit

dieser Bestimmung wurde Artikel 8, der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Amtsblatt, L 134 vom 30. April 2004, S. 114 (Richtlinie 2004/18), umgesetzt vergleiche, auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar2, Rz. 97 zu Paragraph 3,).

Art. 8 der Richtlinie 2004/18 lautet auszugsweise wie folgt: Artikel 8, der Richtlinie 2004/18 lautet auszugsweise wie folgt:

"Artikel 8

Aufträge, die zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern subventioniert werden

Die Bestimmungen dieser Richtlinie finden Anwendung auf die Vergabe von

a) Bauaufträgen, die zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern direkt subventioniert werden und deren geschätzter Wert netto ohne MwSt mindestens 6 242 000 EUR beträgt.

- -Strichaufzählung
wenn diese Bauaufträge Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhang I betreffen; wenn diese Bauaufträge Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhangs I betreffen;
- -Strichaufzählung
wenn diese Bauaufträge die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- und Freizeitanlagen, Schulen und Hochschulen sowie Verwaltungsgebäuden zum Gegenstand haben;

b) Dienstleistungsaufträgen, die zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern direkt subventioniert werden und deren geschätzter Wert ohne MwSt mindestens 249 000 EUR beträgt, wenn diese Aufträge mit einem Bauauftrag im Sinne des Buchstaben a verbunden sind.

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit die die Subvention gewährenden öffentlichen Auftraggeber für die Einhaltung dieser Richtlinie Sorge tragen, wenn diese Aufträge nicht von ihnen selbst, sondern von einer oder mehreren anderen Einrichtungen vergeben werden, ..."

5. Die belangte Behörde hat ihre Auffassung, § 3 Abs. 2 BVergG 2006 sei im Beschwerdefall nicht anwendbar, tragend auf die Auffassung gestützt, dass die im Nachprüfungsverfahren von der mitbeteiligten Partei vorgelegten Verträge noch nicht abgeschlossen, sondern lediglich in Aussicht genommen worden seien und deshalb nicht zu berücksichtigen seien. 5. Die belangte Behörde hat ihre Auffassung, Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 sei im Beschwerdefall nicht anwendbar, tragend auf die Auffassung gestützt, dass die im Nachprüfungsverfahren von der mitbeteiligten Partei vorgelegten Verträge noch nicht abgeschlossen, sondern lediglich in Aussicht genommen worden seien und deshalb nicht zu berücksichtigen seien.

Aus diesem Grund hat sich die belangte Behörde auch nicht damit beschäftigt, ob der Inhalt dieser abzuschließenden Verträge und der von der mitbeteiligten Partei sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch in der Beschwerde vorgebrachte Umstand, dass nach diesem Inhalt das vorliegende Vergabevorhaben durch den Bund über den am Ausmaß der Gesamtinvestitionskosten orientierten Mietzins refinanziert werde, als direkte Subventionierung nach § 3 Abs. 2 BVergG 2006 anzusehen sei (vgl. insoweit zum selben Projekt zwischenzeitlich den Bescheid der belangten Behörde vom 10. Jänner 2011, N/0097-BVA/09/2010- 68 = RPA 2011, 29 und ZVB 2011/35). Aus diesem Grund hat sich die belangte Behörde auch nicht damit beschäftigt, ob der Inhalt dieser abzuschließenden Verträge und der von der mitbeteiligten Partei sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch in der Beschwerde vorgebrachte Umstand, dass nach diesem Inhalt das vorliegende Vergabevorhaben durch den Bund über den am Ausmaß der Gesamtinvestitionskosten orientierten Mietzins refinanziert werde, als direkte Subventionierung nach Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 anzusehen sei vergleiche, insoweit zum selben Projekt zwischenzeitlich den Bescheid der belangten Behörde vom 10. Jänner 2011, N/0097-BVA/09/2010- 68 = RPA 2011, 29 und ZVB 2011/35).

6. § 3 Abs. 2 BVergG 2006 setzt Art. 8 der Richtlinie 2004/18 um. Somit ist der Begriff der direkten Subventionierung in dieser Bestimmung im Sinne des unionsrechtlichen Begriffes der direkten Subventionierung in Art. 8 der genannten Richtlinie zu verstehen (in der deutschen Fassung "direkt subventioniert", in der französischen Fassung "subventionné directement", in der englischen Fassung "subsidised directly"). 6. Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 setzt Artikel 8, der Richtlinie 2004/18 um. Somit ist der Begriff der direkten Subventionierung in dieser Bestimmung im Sinne des unionsrechtlichen Begriffes der direkten Subventionierung in Artikel 8, der genannten

Richtlinie zu verstehen (in der deutschen Fassung "direkt subventioniert", in der französischen Fassung "subventionnées directement" , in der englischen Fassung "subsidised directly").

Vor diesem unionsrechtlichen Hintergrund ist aber auf das Urteil des EuGH vom 10. November 2005 in der Rechtssache C-29/04, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich ("Abfallentsorgung Stadt Mödling"), Slg. 2005, I-09705, hinzuweisen. Im dortigen Vertragsverletzungsverfahren hielt der EuGH fest, dass es sich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag gehandelt habe, der über eine mehrere gesonderte Schritte umfassende künstliche Konstruktion vergeben worden sei (Randnr. 40). Die Vergabe dieses Auftrages sei daher unter Berücksichtigung der Gesamtheit dieser Schritte sowie ihrer Zielsetzung zu prüfen und nicht anhand ihrer rein zeitlichen Abfolge (Randnr. 41). Sodann verwies der EuGH auf die praktische Wirksamkeit der (dort noch maßgeblichen) Richtlinie 92/50. Das mit dieser verfolgte Ziel, nämlich die Dienstleistungsfreiheit und die Öffnung für den unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten, wäre gefährdet, wenn die öffentlichen Auftraggeber eine Verfahrensgestaltung wählen könnten, die die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verschleiern solle (Randnr. 42).

Diese Überlegungen im Hinblick auf die praktische Wirksamkeit (hier) der Richtlinie 2004/18 sind im Beschwerdefall dahingehend zu berücksichtigen, dass zur Beurteilung eines vergaberechtlich relevanten Vorganges nicht - wie die belangte Behörde meint - alleine auf den formellen Gesichtspunkt der Unterfertigung, sondern vielmehr bereits auf den akkordierten wesentlichen Inhalt der in Aussicht genommenen Verträge abzustellen ist, zumal unstrittig ist, dass diese Verträge in weiterer Folge abgeschlossen werden sollten.

Davon ausgehend hat die belangte Behörde auch keine Feststellungen über den wesentlichen Inhalt der im Beschwerdefall in Aussicht genommenen Verträge getroffen. Entsprechende Feststellungen wären letztlich auch für ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH erforderlich, zumal dieses zumindest eine Darstellung der tatsächlichen Umstände, auf denen die Fragen beruhen, zu enthalten hat (vgl. Art. 94 lit. a der Verfahrensordnung des Gerichtshofes, ABl. L 265 vom 29.9.2012, S. 1). Davon ausgehend hat die belangte Behörde auch keine Feststellungen über den wesentlichen Inhalt der im Beschwerdefall in Aussicht genommenen Verträge getroffen. Entsprechende Feststellungen wären letztlich auch für ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH erforderlich, zumal dieses zumindest eine Darstellung der tatsächlichen Umstände, auf denen die Fragen beruhen, zu enthalten hat vergleiche , Artikel 94, Litera a, der Verfahrensordnung des Gerichtshofes, Amtsblatt , L 265 vom 29.9.2012, S. 1).

7. Der angefochtene Bescheid war daher aus diesem Grund wegen der vorrangigen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben. 7. Der angefochtene Bescheid war daher aus diesem Grund wegen der vorrangigen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

8. Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. 8. Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455. Wien, am 8. November 2012

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2012:2010040128.X00

Im RIS seit

04.12.2012

Zuletzt aktualisiert am

02.09.2015

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at