

TE Vwgh Erkenntnis 2009/7/1 2009/04/0096

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.07.2009

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2 lit a;

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2;

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 § 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. 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 Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde der W GmbH in P, vertreten durch Czernich Hofstädter Guggenberger & Partner, Rechtsanwälte in 6020 Innsbruck, Bozner Platz 4, gegen den am 31. Oktober 2008 verkündeten Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten, Zl. KUVS-K2-1701/11/2008 (schriftliche Ausfertigung zur Zl. KUVS-K2-1701/12/2008), betreffend Zurückweisung eines Nachprüfungsantrages (mitbeteiligte Partei: F Gesellschaft m.b.H. in G, vertreten durch Dr. Ulrich Suppan, Rechtsanwalt in 9300 St. Veit/Glan, Grabenstraße 1a), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Kärnten hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.211,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Nachprüfungsantrag vom 2. Oktober 2008 gab die beschwerdeführende Partei bekannt, die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) habe im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Lieferung und Installation einer Beschneigungsanlage ausgeschrieben. Von den abgegebenen Angeboten (zwischen EUR 507.241,40 und EUR 721.694,25 netto) habe die beschwerdeführende Partei das billigste Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 9. September 2008 habe die Auftraggeberin die beschwerdeführende Partei aus näher genannten Gründen vom Vergabeverfahren ausgeschieden; diese Entscheidung werde mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag bekämpft. Dazu führte die beschwerdeführende Partei näher aus, weshalb die Auftraggeberin, deren Geschäftsanteile zu 99,99 % von der Gemeinde G. gehalten würden, als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) anzusehen und weshalb die genannte Ausscheidensentscheidung rechtswidrig sei. Die beschwerdeführende Partei beantragte unter anderem, die Ausscheidensentscheidung vom 9. September 2008 für nichtig zu erklären und die Auftraggeberin zum Ersatz der von der beschwerdeführenden Partei für diesen Antrag entrichteten Gebühren zu verpflichten. Mit Nachprüfungsantrag vom 2. Oktober 2008 gab die beschwerdeführende Partei bekannt, die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) habe im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Lieferung und Installation einer Beschneigungsanlage ausgeschrieben. Von den abgegebenen Angeboten (zwischen EUR 507.241,40 und EUR 721.694,25 netto) habe die beschwerdeführende Partei das billigste Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 9. September 2008 habe die Auftraggeberin die beschwerdeführende Partei aus näher genannten Gründen vom Vergabeverfahren ausgeschieden; diese Entscheidung werde mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag bekämpft. Dazu führte die beschwerdeführende Partei näher aus, weshalb die Auftraggeberin, deren Geschäftsanteile zu 99,99 % von der Gemeinde G. gehalten würden, als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) anzusehen und weshalb die genannte Ausscheidensentscheidung rechtswidrig sei. Die beschwerdeführende Partei beantragte unter anderem, die Ausscheidensentscheidung vom 9. September 2008 für nichtig zu erklären und die Auftraggeberin zum Ersatz der von der beschwerdeführenden Partei für diesen Antrag entrichteten Gebühren zu verpflichten.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung "mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen" zurück und den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 21 Abs. 4 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz (K-VergRG) ab. Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung "mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen" zurück und den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 21, Absatz 4, Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz (K-VergRG) ab.

In der Begründung gab die belangte Behörde die Stellungnahmen der beschwerdeführenden Partei und der Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren wieder und hielt fest, dass in der am 31. Oktober 2008 durchgeführten Verhandlung der Gesellschaftsvertrag der Auftraggeberin und ein Notariatsakt vom 5. Oktober 2002 vorgelegt worden seien. In dieser Verhandlung habe die Auftraggeberin vorgebracht, dass ihr Tätigkeitsfeld in der gewerblichen Nutzung der Lifte in F. liege, nämlich in der Errichtung, Erhaltung und Betreibung der gegenständlichen Liftanlage sowie eines Gaststättenbetriebes. Nach ihren Angaben habe die Auftraggeberin die Lifte an einen Dritten verpachtet, der auch die Reparatur und Wartungsarbeiten durchzuführen habe. Aus dieser Verpachtung erziele sie ihre einzigen Einnahmen im Ausmaß von jährlich EUR 15.000,--, als Ausgaben fielen lediglich das Grundbenützungsentgelt und die Versicherung der Betriebsanlagen an. Daher erziele die Auftraggeberin nach ihren Angaben in der Verhandlung weder einen Gewinn noch einen Verlust. Was das gegenständliche Projekt, nämlich die Herstellung der Beschneigungsanlage betreffe, so liege dafür eine Finanzierungszusage des Landes Kärnten vor. Zum wirtschaftlichen Risiko habe die Auftraggeberin ausgeführt, dass die Gemeinde G. zwar zu 99,99 % Hauptgesellschafterin sei, aber keine Ausfallhaftung übernommen habe. Der (u.a.) mit dem genannten Notariatsakt vom 5. Oktober 2002 erfolgte Erwerb von Gesellschaftsanteilen der Auftraggeberin durch die Gemeinde G. diene nach dem Inhalt dieses Notariatsaktes dazu, die Gesellschaft später an einen Investor zu übertragen, der ein größeres Projekt im gegenständlichen Schigebiet plane und der den Wunsch nach einem (einzigen) Ansprechpartner geäußert habe.

Die beschwerdeführende Partei habe in der Verhandlung ausgeführt, dass die Auftraggeberin mit ihren Einnahmen (Pachtzins) nicht in der Lage sei, die finanziellen Mittel für die gegenständliche Beschneigungsanlage selbst aufzubringen. Vielmehr werde die Realisierung dieses Projektes "nur durch Zuschüsse der öffentlichen Hand"

gewährleistet.

Ausgehend von diesem Parteivorbringen prüfte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid die Frage, ob die Auftraggeberin als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 anzusehen sei und verneinte diese Frage im Ergebnis damit, dass die von der Auftraggeberin erfüllten Aufgaben "gewerblicher Art" seien. Ausgehend von diesem Parteivorbringen prüfte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid die Frage, ob die Auftraggeberin als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 anzusehen sei und verneinte diese Frage im Ergebnis damit, dass die von der Auftraggeberin erfüllten Aufgaben "gewerblicher Art" seien.

Dazu führte die belangte Behörde aus, dass zwar durch die Errichtung und den Betrieb einer Schilftanlage eine Aufgabe im "Allgemeininteresse" im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a BVergG 2006 erfüllt werde. Voraussetzung für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber sei nach dieser Bestimmung aber zusätzlich, dass dieser Aufgaben "nicht gewerblicher Art" erfülle. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) sei dabei insbesondere zu prüfen, ob die Tätigkeit in einem wettbewerblich geprägten Umfeld erfolge, weil diese ebenso wie eine allfällige Gewinnerzielungsabsicht auf eine gewerbliche Tätigkeit hinweise. Dazu führte die belangte Behörde aus, dass zwar durch die Errichtung und den Betrieb einer Schilftanlage eine Aufgabe im "Allgemeininteresse" im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2006 erfüllt werde. Voraussetzung für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber sei nach dieser Bestimmung aber zusätzlich, dass dieser Aufgaben "nicht gewerblicher Art" erfülle. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) sei dabei insbesondere zu prüfen, ob die Tätigkeit in einem wettbewerblich geprägten Umfeld erfolge, weil diese ebenso wie eine allfällige Gewinnerzielungsabsicht auf eine gewerbliche Tätigkeit hinweise.

Im gegenständlichen Fall sei einerseits davon auszugehen, dass im Hinblick auf die Vielzahl erschlossener Schigebiete im Bundesland eine unmittelbare Konkurrenz um die Kunden der Auftraggeberin vorhanden sei. Auch habe die Auftraggeberin nach Rechtsansicht der belangten Behörde das wirtschaftliche Risiko für ihre Tätigkeit zu tragen, weil ihr von Seiten der öffentlichen Hand keine Ausfallhaftung oder eine sonstige Sonderstellung auf dem Markt eingeräumt worden sei. Dagegen führe der Umstand - so die belangte Behörde weiter -, dass die "gegenständliche Beschneiungsanlage zur Gänze aus Mitteln der öffentlichen Hand finanziert wird", ihres Erachtens nicht dazu, dass die Auftraggeberin am Markt eine bevorzugte Stellung inne habe. Es sei nämlich durchaus üblich, dass auch private Aktivitäten bzw. andere Schigebiete von der öffentlichen Hand "finanziell unterstützt" würden. Auch aus dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag und dem Notariatsakt könne nicht abgeleitet werden, dass der Auftraggeberin eine Sonderstellung am Markt zukomme. Daher vertrete die belangte Behörde zusammenfassend die Rechtsauffassung, dass die Auftraggeberin ein auf Gewinn orientiertes Unternehmen sei, das seine Tätigkeit im freien Wettbewerb mit anderen Unternehmen ausübe und daher das Tatbestandselement "nicht gewerblicher Art" im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a BVergG 2006 nicht erfüllt sei. Da im gegenständlichen Fall somit ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006 fehle, komme der belangten Behörde keine Zuständigkeit zu, über den Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (gemeint: Ausscheidensentscheidung) inhaltlich zu entscheiden. Im gegenständlichen Fall sei einerseits davon auszugehen, dass im Hinblick auf die Vielzahl erschlossener Schigebiete im Bundesland eine unmittelbare Konkurrenz um die Kunden der Auftraggeberin vorhanden sei. Auch habe die Auftraggeberin nach Rechtsansicht der belangten Behörde das wirtschaftliche Risiko für ihre Tätigkeit zu tragen, weil ihr von Seiten der öffentlichen Hand keine Ausfallhaftung oder eine sonstige Sonderstellung auf dem Markt eingeräumt worden sei. Dagegen führe der Umstand - so die belangte Behörde weiter -, dass die "gegenständliche Beschneiungsanlage zur Gänze aus Mitteln der öffentlichen Hand finanziert wird", ihres Erachtens nicht dazu, dass die Auftraggeberin am Markt eine bevorzugte Stellung inne habe. Es sei nämlich durchaus üblich, dass auch private Aktivitäten bzw. andere Schigebiete von der öffentlichen Hand "finanziell unterstützt" würden. Auch aus dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag und dem Notariatsakt könne nicht abgeleitet werden, dass der Auftraggeberin eine Sonderstellung am Markt zukomme. Daher vertrete die belangte Behörde zusammenfassend die Rechtsauffassung, dass die Auftraggeberin ein auf Gewinn orientiertes Unternehmen sei, das seine Tätigkeit im freien Wettbewerb mit anderen Unternehmen ausübe und daher das Tatbestandselement "nicht gewerblicher Art" im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2006 nicht erfüllt sei. Da im gegenständlichen Fall somit ein

öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006 fehle, komme der belangten Behörde keine Zuständigkeit zu, über den Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung (gemeint: Ausscheidensentscheidung) inhaltlich zu entscheiden.

Gegen diesen Bescheid erhob die beschwerdeführende Partei zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der die Behandlung dieser Beschwerde mit Beschluss vom 24. Februar 2009, B 1859/08-7, abgelehnt und diese dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hat. Die beschwerdeführende Partei hat ihre Beschwerde ergänzt, die belangte Behörde hat den Verwaltungsakt vorgelegt und, ebenso wie die mitbeteiligte Partei, eine Gegenschrift erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die beschwerdeführende Partei erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht auf Sachentscheidung verletzt und bekämpft in diesem Zusammenhang die Rechtsansicht der belangten Behörde, es handle sich bei der mitbeteiligten Auftraggeberin um keinen öffentlichen Auftraggeber. Hinsichtlich der Voraussetzungen für den öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a BVergG 2006 sei unstrittig, dass die Aufgaben der Auftraggeberin, den Wintersport zu fördern, im Allgemeininteresse lägen. Unzutreffend sei aber, wenn die belangte Behörde zu den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen meine, die Auftraggeberin trage das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit selbst und ihre Aufgaben seien daher gewerblicher Art. Gegen die gewerbliche Art spreche nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei zunächst, dass die Auftraggeberin weder einen Gewinn noch einen Verlust erziele. Vor allem aber habe die Auftraggeberin kein wirtschaftliches Risiko zu tragen, weil (so die Beschwerde auf das Wesentliche zusammengefasst) die Neuerrichtung der gegenständlichen Beschneiungsanlage ausschließlich durch Zuschüsse des Landes Kärnten finanziert werde. Außerdem sei die Gemeinde G. als Hauptgesellschafterin der Auftraggeberin nach dem genannten Notariatsakt vom 5. Oktober 2002 sogar verpflichtet, den Betrieb der Lifte zu garantieren, die Auftraggeberin schuldenfrei zu führen und diese Verpflichtungen durch geeignete Sicherungsmittel abzusichern. Die beschwerdeführende Partei erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht auf Sachentscheidung verletzt und bekämpft in diesem Zusammenhang die Rechtsansicht der belangten Behörde, es handle sich bei der mitbeteiligten Auftraggeberin um keinen öffentlichen Auftraggeber. Hinsichtlich der Voraussetzungen für den öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2006 sei unstrittig, dass die Aufgaben der Auftraggeberin, den Wintersport zu fördern, im Allgemeininteresse lägen. Unzutreffend sei aber, wenn die belangte Behörde zu den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen meine, die Auftraggeberin trage das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit selbst und ihre Aufgaben seien daher gewerblicher "Art". Gegen die gewerbliche Art spreche nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei zunächst, dass die Auftraggeberin weder einen Gewinn noch einen Verlust erziele. Vor allem aber habe die Auftraggeberin kein wirtschaftliches Risiko zu tragen, weil (so die Beschwerde auf das Wesentliche zusammengefasst) die Neuerrichtung der gegenständlichen Beschneiungsanlage ausschließlich durch Zuschüsse des Landes Kärnten finanziert werde. Außerdem sei die Gemeinde G. als Hauptgesellschafterin der Auftraggeberin nach dem genannten Notariatsakt vom 5. Oktober 2002 sogar verpflichtet, den Betrieb der Lifte zu garantieren, die Auftraggeberin schuldenfrei zu führen und diese Verpflichtungen durch geeignete Sicherungsmittel abzusichern.

Mit diesem Vorbringen ist die Beschwerde im Recht:

Das Bundesvergabegesetz 2006 lautet auszugsweise:

"Öffentliche Auftraggeber und sonstige zur Anwendung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verpflichtete Auftraggeber

§ 3. (1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind Paragraph 3, (1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. 1.Ziffer eins
der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,
2. 2.Ziffer 2
Einrichtungen, die
 - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen,

die nicht gewerblicher Art sind, und

1. b) Litera b

zumindest teilrechtsfähig sind und

2. c) Litera c

überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind,

3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß

Z 1 oder 2 bestehen. Ziffer eins, oder 2 bestehen.

1. (2) Absatz 2, ..."

Im vorliegenden Beschwerdefall geht es im Kern um die Frage, ob die Auftraggeberin - eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gesellschaftsanteile zu 99,99 % im Eigentum einer Gemeinde stehen - die Tatbestandsvoraussetzung des § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a BVergG 2006 erfüllt, da die wesentliche Begründung des angefochtenen Bescheid in der Verneinung dieser Frage besteht. Im vorliegenden Beschwerdefall geht es im Kern um die Frage, ob die Auftraggeberin - eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gesellschaftsanteile zu 99,99 % im Eigentum einer Gemeinde stehen - die Tatbestandsvoraussetzung des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2006 erfüllt, da die wesentliche Begründung des angefochtenen Bescheid in der Verneinung dieser Frage besteht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 12. Dezember 2007, Zl. 2006/04/0179, zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die von einem Auftraggeber erfüllten Aufgaben "gewerblicher Art" sind, Folgendes dargelegt:

"Dazu ist zunächst auszuführen, dass es sich beim Terminus 'gewerblicher Art' - wie dargestellt - um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff handelt, der autonom auszulegen ist, was eine Definition allein anhand der Gewerbeordnung 1994 unzulässig macht (vgl. Holoubek/Fuchs, a.a.O., Rz 51)." Dazu ist zunächst auszuführen, dass es sich beim Terminus 'gewerblicher Art' - wie dargestellt - um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff handelt, der autonom auszulegen ist, was eine Definition allein anhand der Gewerbeordnung 1994 unzulässig macht (vgl. Holoubek/Fuchs, a.a.O., Rz 51).

Der Zweck der Vergaberichtlinien ist es, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (vgl. etwa das Urteil des EuGH vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-08035, Randnr. 17; Gruber/Gruber/Sachs, a.a.O., 160). Demgemäß kann das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs und insbesondere der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, darauf hinweisen, dass es sich nicht um eine Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt (vgl. etwa das Urteil des EuGH vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/96, BFI Holding, Slg. 1998, I-06821, Randnr. 49; Gruber/Gruber/Sachs, a. a.O., 154). Eine Einrichtung, die zwar keine Gewinnerzielungsabsicht hat, aber dennoch nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet sowie mangels Mechanismus zum Ausgleich finanzieller Verluste selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, ist 'gewerblicher Art' und daher nicht als Einrichtung öffentlichen Rechts anzusehen (Urteil des EuGH vom 10. Mai 2001 in den Rechtssachen C-223/99 und C-260/99, Agora und Excelsior, Slg. 2001, I-03605, Randnr. 40; Gruber/Gruber/Sachs, a.a.O., 168). "Der Zweck der Vergaberichtlinien ist es, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (vgl. etwa das Urteil des

EuGH vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-08035, Randnr. 17; Gruber/Gruber/Sachs, a.a.O., 160). Demgemäß kann das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs und insbesondere der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, darauf hinweisen, dass es sich nicht um eine Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt vergleiche , etwa das Urteil des EuGH vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/96, BFI Holding, Slg. 1998, I-06821, Randnr. 49; Gruber/Gruber/Sachs, a. a.O., 154). Eine Einrichtung, die zwar keine Gewinnerzielungsabsicht hat, aber dennoch nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet sowie mangels Mechanismus zum Ausgleich finanzieller Verluste selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, ist 'gewerblicher Art' und daher nicht als Einrichtung öffentlichen Rechts anzusehen (Urteil des EuGH vom 10. Mai 2001 in den Rechtssachen C-223/99 und C-260/99, Agora und Excelsior, Slg. 2001, I-03605, Randnr. 40; Gruber/Gruber/Sachs, a.a.O., 168)."

Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis ausgesprochen, der Umstand, dass das Vorhaben zum Teil aus öffentlichen Förderungen finanziert werde, spreche nicht gegen eine Ausrichtung der Tätigkeit nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien, wobei im damaligen Beschwerdefall ein bedeutender Teil des Vorhabens vom Auftraggeber selbst finanziert wurde.

Im vorliegenden Beschwerdefall ist vorweg festzuhalten, dass die mitbeteiligte Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 29. Oktober 2008 (wiedergegeben auf Seite 5 des angefochtenen Bescheides) davon ausgeht, öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 zu sein, ein Vergabeverfahren durchgeführt und die beschwerdeführende Partei förmlich aus diesem ausgeschieden hat. Im vorliegenden Beschwerdefall ist vorweg festzuhalten, dass die mitbeteiligte Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 29. Oktober 2008 (wiedergegeben auf Seite 5 des angefochtenen Bescheides) davon ausgeht, öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu sein, ein Vergabeverfahren durchgeführt und die beschwerdeführende Partei förmlich aus diesem ausgeschieden hat.

Zwar hindert dies die belangte Behörde nicht, zu prüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen des öffentlichen Auftraggebers auch tatsächlich erfüllt sind. Die belangte Behörde hat diese Frage im vorliegenden Fall deshalb verneint, weil ihrer Ansicht nach die Tätigkeit der Auftraggeberin "gewerblicher Art" sei, zumal diese einerseits im regionalen Wettbewerb mit anderen Unternehmen stehe und andererseits das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit selbst trage. Zu prüfen ist, ob diese Rechtsansicht richtig ist:

Was zunächst den Wettbewerb betrifft, so ist evident, dass die Auftraggeberin im Hinblick auf nahe gelegene große Wintersportgebiete (Katschberg, Bad Kleinkirchheim, usw.) in Konkurrenz mit anderen Anbietern gleichartiger Leistungen steht. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Aufgabe "gewerblicher Art" im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a BVergG 2006 ist, ist nach der obzitierten Rechtsprechung aber nicht nur entscheidend, ob eine Einrichtung (Unternehmen) auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, sondern auch, ob diese Einrichtung das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit selbst trägt, wofür insbesondere ausschlaggebend ist, ob es einen Mechanismus zum Ausgleich finanzieller Verluste oder zur Hintanhaltung der Insolvenz dieser Einrichtung gibt, und wie weit diese das Vorhaben aus eigenen oder öffentlichen Mitteln finanziert. (Nach dem genannten Erkenntnis kommt es allerdings, anders als die Beschwerde meint, nicht darauf an, ob der Auftraggeber einen Gewinn anstrebt oder diesen tatsächlich erwirtschaftet.) Was zunächst den Wettbewerb betrifft, so ist evident, dass die Auftraggeberin im Hinblick auf nahe gelegene große Wintersportgebiete (Katschberg, Bad Kleinkirchheim, usw.) in Konkurrenz mit anderen Anbietern gleichartiger Leistungen steht. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Aufgabe "gewerblicher Art" im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2006 ist, ist nach der obzitierten Rechtsprechung aber nicht nur entscheidend, ob eine Einrichtung (Unternehmen) auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, sondern auch, ob diese Einrichtung das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit selbst trägt, wofür insbesondere ausschlaggebend ist, ob es einen Mechanismus zum Ausgleich finanzieller Verluste oder zur Hintanhaltung der Insolvenz dieser Einrichtung gibt, und wie weit diese das Vorhaben aus eigenen oder öffentlichen Mitteln finanziert. (Nach dem genannten Erkenntnis kommt es allerdings, anders als die Beschwerde meint, nicht darauf an, ob der Auftraggeber einen Gewinn anstrebt oder diesen tatsächlich erwirtschaftet.)

Bezüglich des wirtschaftlichen Risikos der Auftraggeberin ist einerseits aus dem im Akt erliegenden und von der Beschwerde ins Treffen geführten Notariatsakt vom 5. Oktober 2002 (vgl. dort Pkt. 1.10) ersichtlich, dass die Gemeinde G. (die beinahe sämtliche Gesellschaftsanteile der Auftraggeberin hält) beim Erwerb der

Gesellschaftsanteile die Verpflichtung übernommen hat, bis zur Weitergabe der Geschäftsanteile an einen Investor. Bezüglich des wirtschaftlichen Risikos der Auftraggeberin ist einerseits aus dem im Akt erliegenden und von der Beschwerde ins Treffen geführten Notariatsakt vom 5. Oktober 2002 (vergleiche, dort Pkt. 1.10) ersichtlich, dass die Gemeinde G. (die beinahe sämtliche Geschäftsanteile der Auftraggeberin hält) beim Erwerb der Geschäftsanteile die Verpflichtung übernommen hat, bis zur Weitergabe der Geschäftsanteile an einen Investor

"a) den Liftbetrieb der Gesellschaft mindestens im bisherigen Umfang und Ausmaß in der bisherigen Qualität zu garantieren (Betriebsgarantie) und

1. b) Litera b
die Gesellschaft schuldenfrei zu führen und
2. c) Litera c
diese Verpflichtungen durch geeignete Sicherungsmittel abzusichern".

Schon daraus ist ersichtlich, dass die Auftraggeberin das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit nicht selbst trägt. Im Übrigen soll - nach den Annahmen der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid, die von der mitbeteiligten Partei in der Gegenschrift bestätigt werden - die Finanzierung der gegenständlich ausgeschriebenen Beschneidungsanlage "zur Gänze aus Mitteln der öffentlichen Hand" erfolgen. (Der gegenständliche Fall unterscheidet sich damit in einem wesentlichen Punkt von jenem, der dem zitierten hg. Erkenntnis Zl. 2006/04/0179 zu Grunde lag, weil, wie erwähnt, im dortigen Fall ein bedeutender Teil des Vorhabens vom Auftraggeber selbst und lediglich der Rest über Förderungen finanziert wurde und auch vergleichbare Garantien nicht vorhanden waren.)

Da die belangte Behörde somit unzutreffend davon ausgegangen ist, die mitbeteiligte Auftraggeberin habe das wirtschaftliche Risiko hinsichtlich des gegenständlichen Auftrages selbst zu tragen und erfülle damit Aufgaben "gewerblicher Art", hat sie die Tatbestandsvoraussetzung des § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a zu Unrecht verneint. Da die belangte Behörde somit unzutreffend davon ausgegangen ist, die mitbeteiligte Auftraggeberin habe das wirtschaftliche Risiko hinsichtlich des gegenständlichen Auftrages selbst zu tragen und erfülle damit Aufgaben "gewerblicher Art", hat sie die Tatbestandsvoraussetzung des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, zu Unrecht verneint.

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

Die Kostenentscheidung beruht - innerhalb des gestellten Begehrens - auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung beruht - innerhalb des gestellten Begehrens - auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt, römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 1. Juli 2009

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2009040096.X00

Im RIS seit

05.08.2009

Zuletzt aktualisiert am

28.09.2009

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