

TE Lvwg Erkenntnis 2015/12/15 LVwG-2015/S2/1888-8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.12.2015

Entscheidungsdatum

15.12.2015

Index

L72007 Beschaffung Vergabe Tirol

Norm

BVergG 2006 §41

1. BVergG 2006 § 41 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 41 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit Schriftsatz vom 04.08.2015, beim Landesverwaltungsgericht Tirol per E-Mail am 04.08.2015, 11.03 Uhr eingelangt, hat die Advokatur Dr. A A, LL.M., Rechtsanwalt-GmbH, Adresse, Y (im Weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch die Advokatur Dr. A A, LL.M., Rechtsanwalt-GmbH, ebendort, die Feststellung beantragt, dass die von der Gemeinde X, Adresse, X (im Weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vertreten durch Dr. B B, C Rechtsanwälte, Adresse, Y, vorgenommene Zuschlagerteilung bzw Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH mit der Dienstleistung (vergebende Stelle im Sinn des § 2 Z 42 BVergG 2006) betreffend den Beschaffungsvorgang bzw das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 (in eventu Z 14) BVergG 2006 idgF „als zentrale Beschaffungsstelle“ rechtswidrig war und wurde gleichzeitig beantragt, die Auftraggeberin zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten. Mit Schriftsatz vom 04.08.2015, beim Landesverwaltungsgericht Tirol per E-Mail am 04.08.2015, 11.03 Uhr eingelangt, hat die Advokatur Dr. A A, LL.M., Rechtsanwalt-GmbH, Adresse, Y (im Weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch die Advokatur Dr. A A, LL.M., Rechtsanwalt-GmbH, ebendort, die Feststellung beantragt, dass die von der Gemeinde römisch zehn, Adresse, römisch zehn (im Weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vertreten durch Dr. B B, C Rechtsanwälte, Adresse, Y, vorgenommene Zuschlagerteilung bzw Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH mit der Dienstleistung (vergebende Stelle im Sinn des Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006) betreffend den Beschaffungsvorgang bzw das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ unter Berufung auf

den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, (in eventu Ziffer 14,) BVergG 2006 idgF „als zentrale Beschaffungsstelle“ rechtswidrig war und wurde gleichzeitig beantragt, die Auftraggeberin zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Senat 2 unter Vorsitz von Dr. Volker-Georg Wurdinger, Herrn Dr. Sigmund Rosenkranz als Berichterstatter und Frau Mag. Bettina Weißgatterer als weitere Richterin nach öffentlicher mündlicher Verhandlung

zu Recht erkannt:

1.

Gemäß § 28 VwGVG wird der Feststellungsantrag/die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Gemäß Paragraph 28, VwGVG wird der Feststellungsantrag/die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

2.

Gemäß § 28 VwGVG wird der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr als unbegründet abgewiesen. Gemäß Paragraph 28, VwGVG wird der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr als unbegründet abgewiesen.

3.

Gemäß § 25a VwGG ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig. Gemäß Paragraph 25 a, VwGG ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Rechtsmittelbelehrung

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Entscheidungsgründe

I. römisch eins.

Sachverhalt:

Mit Schriftsatz vom 04.08.2015, beim Landesverwaltungsgericht Tirol am 04.08.2015, 11.03 Uhr, per E-Mail eingelangt, hat die Antragstellerin einen Feststellungsantrag betreffend die Zuschlagerteilung bzw Beauftragung der D Dienstleistung GmbH durch die Auftraggeberin mit der Dienstleistung „vergebende Stelle im Sinne des § 2 Z 42 BVergG 2006“ betreffend den Beschaffungsvorgang bzw das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 (in eventu Z 14) BVergG 2006 idgF „als zentrale Beschaffungsstelle“ gestellt, beantragt diese Zuschlagserteilung bzw Beauftragung als rechtswidrig festzustellen und gleichzeitig einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren erhoben. Mit Schriftsatz vom 04.08.2015, beim Landesverwaltungsgericht Tirol am 04.08.2015, 11.03 Uhr, per E-Mail eingelangt, hat die Antragstellerin einen Feststellungsantrag betreffend die Zuschlagerteilung bzw Beauftragung der D Dienstleistung GmbH durch die Auftraggeberin mit der Dienstleistung „vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006“ betreffend den Beschaffungsvorgang bzw das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, (in eventu Ziffer 14,) BVergG 2006 idgF „als zentrale Beschaffungsstelle“ gestellt, beantragt diese Zuschlagserteilung bzw Beauftragung als rechtswidrig festzustellen und gleichzeitig einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren erhoben.

Im Einzelnen wird im Schriftsatz vom 04.08.2015 ausgeführt wie folgt:

„Die Advokatur Dr. A A, LL.M., Rechtsanwalt-GmbH stellt den nachstehend näher ausgeführten

A N T R A G

auf Feststellung nach § 14 Abs. 1 Z 2 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 idgF auf Feststellung nach Paragraph 14, Absatz eins, Ziffer 2, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 idgF:

1. Die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens:

Die Antragstellerin beantragt gemäß § 14 Abs. 1 Z 2 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 idgF (nachfolgend kurz TirVergNPG) die Einleitung und Durchführung eines Verfahrens zur Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabe Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb, aufgrund der unzulässigen Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 BVergG 2006 idgF (nachfolgend kurz BVergG 2006) - Beschaffung einer Leistung von einer zentralen Beschaffungsstelle - in dessen Folge die Gemeinde X als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 die D Dienstleistungs GmbH (allfällige Zuschlagsempfängerin im Sinne des § 15 Abs. 1 Z 3 TirVergNPG) mit der Dienstleistung „Vergebende Stelle im Sinne des § 2 Z 42 BVergG 2006“ für den Beschaffungsvorgang bzw. das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ beauftragt hat, wegen Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Die Antragstellerin beantragt gemäß Paragraph 14, Absatz eins, Ziffer 2, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 idgF (nachfolgend kurz TirVergNPG) die Einleitung und Durchführung eines Verfahrens zur Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabe Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb, aufgrund der unzulässigen Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, BVergG 2006 idgF (nachfolgend kurz BVergG 2006) - Beschaffung einer Leistung von einer zentralen Beschaffungsstelle - in dessen Folge die Gemeinde römisch zehn als öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 die D Dienstleistungs GmbH (allfällige Zuschlagsempfängerin im Sinne des Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer 3, TirVergNPG) mit der Dienstleistung „Vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006“ für den Beschaffungsvorgang bzw. das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ beauftragt hat, wegen Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

2. Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes:

Im Boten für Tirol vom xx.xx.2015 wurde unter „Nr. **8 • Gemeinde X“ die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung für die „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ bekannt gemacht. Als Auftraggeber für diesen Beschaffungsvorgang scheint auf: „Gemeinde X, X Nr. **1, A-**** X“ - somit die Antragsgegnerin. Unter der Rubrik „Vergebende Stelle“ findet sich folgende Bekanntmachung: Im Boten für Tirol vom xx.xx.2015 wurde unter „Nr. **8 • Gemeinde X“ die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung für die „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ bekannt gemacht. Als Auftraggeber für diesen Beschaffungsvorgang scheint auf: „Gemeinde römisch zehn, römisch zehn Nr. **1, A-**** X“ - somit die Antragsgegnerin. Unter der Rubrik „Vergebende Stelle“ findet sich folgende Bekanntmachung:

„D Dienstleistungs GmbH, Adresse, Y, als zentrale Beschaffungsstelle.“

Im Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 der Gemeinde X, somit der Antragsgegnerin, findet sich unter Punkt 2) „Berichte des Bürgermeisters“ lit. b) folgender Eintrag: Im Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 der Gemeinde römisch zehn, somit der Antragsgegnerin, findet sich unter Punkt 2) „Berichte des Bürgermeisters“ Litera b,) folgender Eintrag:

„b) Der Gemeinderat beschließt einstimmig, die Gemeindeplattform D als Partner für die Begleitung der kommenden Vergabeverfahren zur Spiel- und Sportanlage auszuwählen. Alternative Angebote wurden nicht abgegeben, zudem hat die D nach Intervention von Bgm. E das ursprünglich geforderte Honorar von EUR 12.000,- netto auf nun EUR 11.000,- netto verbessert.“

Aus der vorzitierten Bekanntmachung im Boten für Tirol vom xx.xx.2015 und dem Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 erschließt sich, dass die Antragsgegnerin der D Dienstleistungs GmbH den Auftrag zur „Begleitung in den Vergabeverfahren zur Beschaffung der Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X als Vergebende Stelle im Sinne des § 2 Z 42 BVergG 2006“ erteilt hat, wobei diese Auftragserteilung/Zuschlagserteilung direkt unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 BVergG 2006 erfolgte, indem die D Dienstleistungs GmbH ihre Dienstleistungen als „zentrale Beschaffungsstelle“ angeboten hat. Die D Dienstleistungs GmbH ist keine

zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des § 10 Z 14 und Z 15 BVergG 2006. Aus der vorzitierten Bekanntmachung im Boten für Tirol vom xx.xx.2015 und dem Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 erschließt sich, dass die Antragsgegnerin der D Dienstleistungs GmbH den Auftrag zur „Begleitung in den Vergabeverfahren zur Beschaffung der Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal römisch zehn als Vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006“ erteilt hat, wobei diese Auftragserteilung/Zuschlagserteilung direkt unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, BVergG 2006 erfolgte, indem die D Dienstleistungs GmbH ihre Dienstleistungen als „zentrale Beschaffungsstelle“ angeboten hat. Die D Dienstleistungs GmbH ist keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Paragraph 10, Ziffer 14 und Ziffer 15, BVergG 2006.

Wie sich aus dem klaren Wortlaut der Definition der zentralen Beschaffungsstelle (vgl. Artikel 1 Abs. 10 der VergabeRL 2004, Artikel 1 Abs. 8 der SektorenRL 2004 und § 2 Z 48 BVergG 2006) ergibt, kann nur ein öffentlicher Auftraggeber gem. § 3 Abs. 1 BVergG 2006 oder ein öffentliches Unternehmen gem. § 165 BVergG 2006 (öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber) eine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Bundesvergabegesetzes und der Richtlinien sein (vgl. M. Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG Kommentar (2012), § 10 Rz 358). Wie sich aus dem klaren Wortlaut der Definition der zentralen Beschaffungsstelle vergleiche Artikel 1 Absatz 10, der VergabeRL 2004, Artikel 1 Absatz 8, der SektorenRL 2004 und Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006) ergibt, kann nur ein öffentlicher Auftraggeber gem. § 3 Absatz eins, BVergG 2006 oder ein öffentliches Unternehmen gem. Paragraph 165, BVergG 2006 (öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber) eine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Bundesvergabegesetzes und der Richtlinien sein vergleiche M. Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG Kommentar (2012), Paragraph 10, Rz 358).

Die D Dienstleistungs GmbH ist kein öffentlicher Auftraggeber gem. § 3 Abs. 1 BVergG 2006 Die D Dienstleistungs GmbH ist kein öffentlicher Auftraggeber gem. Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006.

Die D Dienstleistungs GmbH ist keine Einrichtung (des) öffentlichen Rechtes gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 Die D Dienstleistungs GmbH ist keine Einrichtung (des) öffentlichen Rechtes gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Um zu den öffentlichen Auftraggebern zu zählen, muss die Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Zudem muss die Einrichtung zumindest teilrechtsfähig sein und (vereinfacht und zusammengefasst) von der öffentlichen Hand beherrscht werden.

Das Vorliegen eines Allgemeininteresses an der Aufgabenerfüllung bejaht der EuGH insbesondere dann, wenn die von der jeweiligen Einrichtung ausgeübte Tätigkeit in einem gewissen Zusammenhang mit genuin öffentlichen iSv staatlichen, gemeinwohlorientierten Interessen steht (vgl. M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG Kommentar (2012), § 3 Rz 38). Darunter versteht der EuGH im Allgemeinen Aufgaben, „die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresse selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte“ (EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, BFF Holding; EuGH 16.10.2003, Rs C-373/00, Truley; EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00, SIEPSA). Das Vorliegen eines Allgemeininteresses an der Aufgabenerfüllung bejaht der EuGH insbesondere dann, wenn die von der jeweiligen Einrichtung ausgeübte Tätigkeit in einem gewissen Zusammenhang mit genuin öffentlichen iSv staatlichen, gemeinwohlorientierten Interessen steht vergleiche M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG Kommentar (2012), Paragraph 3, Rz 38). Darunter versteht der EuGH im Allgemeinen Aufgaben, „die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresse selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte“ (EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, BFF Holding; EuGH 16.10.2003, Rs C-373/00, Truley; EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00, SIEPSA).

Als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wurden bisher z.B. angesehen: Hochwasserschutz (BVA 19.01.2007, ****), Versorgung mit Gas, Wasser, Strom sowie Abfallbeseitigung (BVA 25.01.1999, ****, Yer Kommunalbetriebe AG; BVA 11.04.2008, ****, P Abwasserverband).

Alleine die aus einer gesetzlichen Norm, welcher private wie öffentliche Einrichtungen gleichermaßen unterliegen, erwachsende Verpflichtung, ein bestimmtes – im Allgemeininteresse liegendes – Verhalten zu setzen, kann noch nicht das Erfordernis einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabenzuweisung im Sinne des hier maßgeblichen Begriffsverständnisses begründen. In einem allgemeinen Gebot zur Einhaltung der Rechtsordnung wird für sich keine die Auftraggebereigenschaft begründende Betrauung mit Aufgaben, denen ein spezifischer, staatlicher oder

gemeinwohlorientierter Charakter zukommt, bewirkt (vgl. M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), § 3 Rz 44; BVA 12.07.2006, ****). Alleine die aus einer gesetzlichen Norm, welcher private wie öffentliche Einrichtungen gleichermaßen unterliegen, erwachsende Verpflichtung, ein bestimmtes – im Allgemeininteresse liegendes – Verhalten zu setzen, kann noch nicht das Erfordernis einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabenzuweisung im Sinne des hier maßgeblichen Begriffsverständnisses begründen. In einem allgemeinen Gebot zur Einhaltung der Rechtsordnung wird für sich keine die Auftraggebereigenschaft begründende Betrauung mit Aufgaben, denen ein spezifischer, staatlicher oder gemeinwohlorientierter Charakter zukommt, bewirkt vergleiche M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), Paragraph 3, Rz 44; BVA 12.07.2006, ****).

Im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 19.07.2011 ist unter Punkt III. „Gegenstand des Unternehmens“ festgelegt: Im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 19.07.2011 ist unter Punkt römisch drei. „Gegenstand des Unternehmens“ festgelegt:

„(1) Gegenstand des Unternehmens ist die Förderung der interkommunalen Zusammenarbeit, insbesondere die Erbringung von Sach- und Dienstleistungen für öffentliche Körperschaften.

(2) Außerdem ist die Gesellschaft zu allen Handlungen, Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die zur Erreichung des Gesellschaftszweckes notwendig bzw. förderlich erscheinen.

(3) Die Gesellschaft ist auch berechtigt, Geschäftsmodelle durch Franchising oder andere Verträge an Dritte weiterzugeben.

(4) Weiterer Gegenstand des Unternehmens, das als zentrale Beschaffungsstelle iSd Bundesvergabegesetzes eingerichtet ist, ist einerseits der nachhaltige Erwerb bestimmter Waren oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber und andererseits die nachhaltige Vergabe von Aufträgen für öffentliche Auftraggeber beziehungsweise der nachhaltige Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber.“

Der „Unternehmensgegenstand“ der D Dienstleistungs GmbH erfüllt keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 lit. a) BVergG 2006. Der „Unternehmensgegenstand“ der D Dienstleistungs GmbH erfüllt keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a,) BVergG 2006.

Gemäß GISA Gewerbeinformation Austria verfügt die D Dienstleistungs GmbH über die Gewerbe „Handelsagenten“ (GISA-Zahl ****) und „Unternehmensberatung einschließlich Unternehmensorganisation gemäß § 94 Z 74 GewO 1994“ (GISA-Zahl ****). Gemäß GISA Gewerbeinformation Austria verfügt die D Dienstleistungs GmbH über die Gewerbe „Handelsagenten“ (GISA-Zahl ****) und „Unternehmensberatung einschließlich Unternehmensorganisation gemäß Paragraph 94, Ziffer 74, GewO 1994“ (GISA-Zahl ****).

Zur Entstehungsgeschichte der D Dienstleistungs GmbH ist - sofern hier relevant - festzustellen, dass die D Dienstleistungs GmbH im Jahre 2010 von den Gesellschaftern

1. Institut I GmbH, FN ****1. Institut römisch eins GmbH, FN ****

2. R KG, FN ****

3. Tiroler Gemeindeverband, ZVR-Zahl ****

mit Gesellschaftsvertrag vom 22.06.2010 gegründet wurde. Es hat sich somit um eine gemischte Gesellschaft mit einer Beteiligungsmehrheit von privaten Gesellschaftern gehandelt. Der vorzitierte Punkt (4) „Weiterer Gegenstand des Unternehmens, das als zentrale Beschaffungsstelle iSd Bundesvergabegesetzes eingerichtet ist, ist einerseits der nachhaltige Erwerb bestimmter Waren oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber und andererseits die nachhaltige Vergabe von Aufträgen für öffentliche Auftraggeber beziehungsweise der nachhaltige Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber.“ wurde erst im Rahmen der außerordentlichen Generalversammlung vom 19.06.2011 in den Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH unter Punkt IIII. „Gegenstand des Unternehmens“ aufgenommen. Auch zu diesem Zeitpunkt war zumindest noch das private Unternehmen „R KG“ Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH. Es waren somit die privat-öffentlich-gemischten Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH selbst, die ihre Gesellschaft durch Einfügung eines neuen

Absatz (4) in den Punkt III. „Gegenstand des Unternehmens“ des Gesellschaftsvertrages „als zentrale Beschaffungsstelle iSd Bundesvergabegesetzes“ bezeichnet haben. mit Gesellschaftsvertrag vom 22.06.2010 gegründet wurde. Es hat sich somit um eine gemischte Gesellschaft mit einer Beteiligungsmehrheit von privaten Gesellschaftern gehandelt. Der vorzitierte Punkt (4) „Weiterer Gegenstand des Unternehmens, das als zentrale Beschaffungsstelle iSd Bundesvergabegesetzes eingerichtet ist, ist einerseits der nachhaltige Erwerb bestimmter Waren oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber und andererseits die nachhaltige Vergabe von Aufträgen für öffentliche Auftraggeber beziehungsweise der nachhaltige Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber.“ wurde erst im Rahmen der außerordentlichen Generalversammlung vom 19.06.2011 in den Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH unter Punkt IIII. „Gegenstand des Unternehmens“ aufgenommen. Auch zu diesem Zeitpunkt war zumindest noch das private Unternehmen „R KG“ Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH. Es waren somit die privat-öffentlich-gemischten Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH selbst, die ihre Gesellschaft durch Einfügung eines neuen Absatz (4) in den Punkt römisch drei. „Gegenstand des Unternehmens“ des Gesellschaftsvertrages „als zentrale Beschaffungsstelle iSd Bundesvergabegesetzes“ bezeichnet haben.

Dass eine Selbstdefinition im Gesellschaftsvertrag nicht tatsächlich zur rechtlichen Qualifikation als „zentrale Beschaffungsstelle“ iSd Bundesvergabegesetzes führt bzw. durch diese Selbstdefinition nicht der Ausnahmetatbestand des § 10 Z 14 und Z 15 BVergG 2006 erfüllt ist, versteht sich von selbst und bedarf aus Sicht der Antragstellerin eigentlich keiner näheren Erörterung mehr, zeigt jedoch bezogen auf den gegenständlichen Fall deutlich auf, mit welchem - verfehlten - Rechtsverständnis die D Dienstleistungs GmbH am Markt auftritt. Dass eine Selbstdefinition im Gesellschaftsvertrag nicht tatsächlich zur rechtlichen Qualifikation als „zentrale Beschaffungsstelle“ iSd Bundesvergabegesetzes führt bzw. durch diese Selbstdefinition nicht der Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 14 und Ziffer 15, BVergG 2006 erfüllt ist, versteht sich von selbst und bedarf aus Sicht der Antragstellerin eigentlich keiner näheren Erörterung mehr, zeigt jedoch bezogen auf den gegenständlichen Fall deutlich auf, mit welchem - verfehlten - Rechtsverständnis die D Dienstleistungs GmbH am Markt auftritt.

Betreffend die Abgrenzung von Tätigkeiten die im Allgemeininteresse liegen, von Tätigkeiten, die im entwickelten Wettbewerb am freien Markt (auch) von Privaten angeboten werden, ist auf die Rs-Lecce (19.12.2012, C-159/11) zu verweisen. In der Rs-Lecce hat eine regionale Gesundheitsbehörde einen Vertrag über die Erforschung und Bewertung der Erdbebensicherheit der regionalen Krankenhäuser mit einer Universität geschlossen. Der EuGH stellte zunächst klar, dass die Vertragspartner keine Gebietskörperschaften sein müssen. Er verneinte jedoch das Vorliegen einer gemeinsamen Aufgabe, sei doch die Untersuchung der Erdbebensicherheit, wenn gleich auf wissenschaftlicher Grundlage, keine gemeinsame Aufgabe der regionalen Behörde und der Universität, zumal es sich dabei um Tätigkeiten handelt, die im allgemeinen von Ingenieuren erbracht werden. Vielmehr liege darin ein Dienstleistungsauftrag vor. In der Rs-Lecce hat sich der EuGH mit der Frage nach den Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien Verwaltungskooperation zu befassen gehabt, die seit dem Urteil in der Rs Stadtreinigung Hamburg (C-480/06) zulässig ist, wenn ein zwischen Gebietskörperschaften geschlossener Vertrag die Wahrnehmung einer diesen Einrichtungen gemeinsam obliegenden Aufgabe zum Gegenstand hat, nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen Zusammenhängen.

Mit dem Kriterium der Aufgaben nicht gewerblicher Art kommt ein dem Vergaberegime zugrunde liegender Gedanke zum Ausdruck, der daran anknüpft, ob die Tätigkeit einer Einrichtung prinzipiell an den gleichen wirtschaftlichen Zielsetzungen ausgerichtet ist, wie die Tätigkeit anderer Wirtschaftsteilnehmer. Generalanwalt Leger führt in der Rs Mannesmann (SA GA Leger 16.09.1997, Rs C-44/96) dazu aus, dass das Vergaberegime für Einrichtungen (des) öffentlichen Rechtes nur auf solche Einrichtungen Anwendung finden soll, die „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen, die ganz oder teilweise nicht den Marktesetzen unterliegen“.

Prägnant hat diesen Gedanken die B-VKK in ihrer Entscheidung vom 11.07.2001, ****, formuliert, der zufolge darauf abzustellen ist, „ob das in Rede stehende Unternehmen seine Aufgaben in einer Wettbewerbssituation zu privaten bzw. an privatwirtschaftlichen Maximen orientierten Unternehmen erfüllt und damit der Markt als hinreichendes Korrektiv für eine effiziente unternehmerische Auftragsvergabe wirkt, oder ob auf Grund besonderer rechtlicher oder faktischer Aufgabenstellungen bzw. einer besonderen rechtlichen oder faktischen Stellung am einschlägigen Markt im

Zusammenhang mit der entsprechenden staatlichen Beherrschung dieses Korrektiv nicht wirkt“ (die B-VKK verweist an dieser Stelle zur Bedeutung eines „wettbewerbliche geprägten Umfeldes“ auf EuGH 10.05.2001, Rs C-223/99 und C-260/99, Agora und Excelsior, RdN 42).

Die von der Antragsgegnerin an die D Dienstleistungs GmbH erteilte Dienstleistung „Vergebende Stelle im Sinne des § 2 Z 42 BVergG“ ist keine Aufgabe, die im Sinne der Rs-Lecce mit „der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängt“. Im Gegenteil, analog wie vom EuGH in der Rs Lecce, Rs Mannesmann und Rs Agora und Excelsior erkannt und vom GA Leger ausgeführt, handelt es sich auch bei der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung typischerweise um eine Aufgabe, die von Dienstleistern am freien Markt, wie insbesondere von Ingenieurbüros, Unternehmensberatern und Rechtsanwaltskanzleien, erbracht wird (vgl. dazu auch EuGH in der Rs Piepenbrock, C-386/11). Die von der Antragsgegnerin an die D Dienstleistungs GmbH erteilte Dienstleistung „Vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG“ ist keine Aufgabe, die im Sinne der Rs-Lecce mit „der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängt“. Im Gegenteil, analog wie vom EuGH in der Rs Lecce, Rs Mannesmann und Rs Agora und Excelsior erkannt und vom GA Leger ausgeführt, handelt es sich auch bei der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung typischerweise um eine Aufgabe, die von Dienstleistern am freien Markt, wie insbesondere von Ingenieurbüros, Unternehmensberatern und Rechtsanwaltskanzleien, erbracht wird vergleiche dazu auch EuGH in der Rs Piepenbrock, C-386/11).

Es fehlt der D Dienstleistungs GmbH zur Qualifikation als „Einrichtung (des) öffentlichen Rechtes“ somit nicht nur der Unternehmensgegenstand „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen“, sondern auch das Kriterium der Aufgabenerfüllung, „die nicht gewerblicher Art sind“. Dem Merkmal der nicht gewerblichen Aufgabenerfüllung kommt eigenständige Bedeutung zu (vgl. M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), § 3 Rz 53). Es fehlt der D Dienstleistungs GmbH zur Qualifikation als „Einrichtung (des) öffentlichen Rechtes“ somit nicht nur der Unternehmensgegenstand „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen“, sondern auch das Kriterium der Aufgabenerfüllung, „die nicht gewerblicher Art sind“. Dem Merkmal der nicht gewerblichen Aufgabenerfüllung kommt eigenständige Bedeutung zu vergleiche M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), Paragraph 3, Rz 53).

Der Umstand, dass die Tätigkeit auf die Erzielung eines unternehmerischen Gewinns ausgerichtet ist, stellt ein gewichtiges Indiz für ihren gewerblichen Charakter dar. Die Gewinnerzielungsabsicht einer Einrichtung fungiert insoweit als negatives Abgrenzungskriterium zu nicht gewerblichen Tätigkeiten (vgl. M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), § 3 Rz 61). Der Umstand, dass die Tätigkeit auf die Erzielung eines unternehmerischen Gewinns ausgerichtet ist, stellt ein gewichtiges Indiz für ihren gewerblichen Charakter dar. Die Gewinnerzielungsabsicht einer Einrichtung fungiert insoweit als negatives Abgrenzungskriterium zu nicht gewerblichen Tätigkeiten vergleiche M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), Paragraph 3, Rz 61).

Die D Dienstleistungs GmbH ist auf die Erzielung eines unternehmerischen Gewinns ausgerichtet. Im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 19.07.2011 ist explizit der Vertragspunkt XVII. „Verwendung des Jahresgewinnes“ aufgenommen: Die D Dienstleistungs GmbH ist auf die Erzielung eines unternehmerischen Gewinns ausgerichtet. Im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 19.07.2011 ist explizit der Vertragspunkt römisch siebzehn. „Verwendung des Jahresgewinnes“ aufgenommen:

„(I) Verwendung. Über die Verwendung des Jahresgewinnes entscheide die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit nach freiem Ermessen.“ (römisch eins) Verwendung. Über die Verwendung des Jahresgewinnes entscheide die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit nach freiem Ermessen.

(2) Ausschüttung. Die Verteilung eines allenfalls auszuschüttenden Gewinns erfolgt nach dem Verhältnis der übernommenen Stammeinlagen. Eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende (alineare) Gewinnausschüttung ist im Falle eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses zulässig.“

Auch der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe liegt offenkundig eine kaufmännisch orientierte Anbotslegung der D Dienstleistungs GmbH zugrunde. Die Antragstellerin verweist dazu auf das Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatsitzung der Antragsgegnerin (arg: „...zudem hat die D nach Intervention von Bgm. E das ursprünglich geforderte Honorar von EUR 12.000,- netto auf nun EUR 11.000,- netto verbessert“). Auch auf der Homepage der D Dienstleistungs GmbH findet sich unter der Rubrik „Leistungen“ auf Seite 2 unten der Hinweis „wenn gewünscht, treten

wir auch nach außen hin nicht in Erscheinung und sind somit im Hintergrund auf Honorarbasis tätig“(in der Leistungsbeschreibung der D Dienstleistungs GmbH auf ihrer Homepage findet sich zudem mehrfach der Hinweis „die D als zentrale Beschaffungsstelle“).

Die D Dienstleistungs GmbH hat auch das wirtschaftliche Risiko ihrer unternehmerischen Tätigkeiten selbst zu tragen. Im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 19.07.2011 ist im Punkt IV. „Stammkapital und Stammeinlagen“, Punkt (4) „Nachschüsse“ ausdrücklich festgelegt: Die D Dienstleistungs GmbH hat auch das wirtschaftliche Risiko ihrer unternehmerischen Tätigkeiten selbst zu tragen. Im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 19.07.2011 ist im Punkt römisch vier. „Stammkapital und Stammeinlagen“, Punkt (4) „Nachschüsse“ ausdrücklich festgelegt:

„Nachschüsse. Eine Nachschusspflicht wurde von den Vertragspartnern nicht vereinbart.“

Im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH ist im Punkt XVIII. Auflösung und Liquidation“ explizit im Punkt 1.3. als Auflösungsgrund die „Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft“ normiert. Im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH ist im Punkt römisch achtzehn. Auflösung und Liquidation“ explizit im Punkt 1.3. als Auflösungsgrund die „Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft“ normiert.

Für das Vorliegen einer „gewerblichen Tätigkeit“ kommt es allerdings nicht ausschließlich auf eine Gewinnerzielungsabsicht im engeren Sinne an, vielmehr erachtet es der EuGH als ausreichend, wenn die Einrichtung ihre Tätigkeit nach Leistungs-, Effizienz-, und Wirtschaftlichkeitskriterien zu erbringen hat (vgl. M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), § 3 Rz 64; EuGH 10.05.2001, Rs C-223/99 und C-260/99, Agora und Excelsior RdN40). Die im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH im Punkt VII. „Geschäftsführung“ im Punkt (2) den Geschäftsführern auferlegten Pflichten sind ein eindeutiges Indiz dafür, dass die D Dienstleistungs GmbH ihre Tätigkeit nach den vorzitierten Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien zu erbringen hat. Für das Vorliegen einer „gewerblichen Tätigkeit“ kommt es allerdings nicht ausschließlich auf eine Gewinnerzielungsabsicht im engeren Sinne an, vielmehr erachtet es der EuGH als ausreichend, wenn die Einrichtung ihre Tätigkeit nach Leistungs-, Effizienz-, und Wirtschaftlichkeitskriterien zu erbringen hat vergleiche M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), Paragraph 3, Rz 64; EuGH 10.05.2001, Rs C-223/99 und C-260/99, Agora und Excelsior RdN40). Die im Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH im Punkt römisch sieben. „Geschäftsführung“ im Punkt (2) den Geschäftsführern auferlegten Pflichten sind ein eindeutiges Indiz dafür, dass die D Dienstleistungs GmbH ihre Tätigkeit nach den vorzitierten Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien zu erbringen hat.

Aus alledem ergibt sich, dass die D Dienstleistungs GmbH kein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2006 ist und somit auch keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des § 10 Z 14 und 15 BVergG 2006 sein kann. Aus alledem ergibt sich, dass die D Dienstleistungs GmbH kein öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 ist und somit auch keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Paragraph 10, Ziffer 14 und 15 BVergG 2006 sein kann.

Ungeachtet der Tatsache, dass die D Dienstleistungs GmbH mangels Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber schon nicht der Status einer zentralen Beschaffungsstelle zukommt, fällt die verfahrensgegenständliche von der Antragsgegnerin an die D Dienstleistungs GmbH vergebene Dienstleistung „Vergebende Stelle im Sinne des § 2 Z 42 BVergG 2006“ nicht unter die Ausnahmetatbestände des § 10 Z 14 und 15 BVergG 2006. Ungeachtet der Tatsache, dass die D Dienstleistungs GmbH mangels Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber schon nicht der Status einer zentralen Beschaffungsstelle zukommt, fällt die verfahrensgegenständliche von der Antragsgegnerin an die D Dienstleistungs GmbH vergebene Dienstleistung „Vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006“ nicht unter die Ausnahmetatbestände des Paragraph 10, Ziffer 14 und 15 BVergG 2006.

§ 10 Z 15 BVergG 2006 beinhaltet eine Ausnahmeregelung für den Fall, dass eine (rechtskonform eingerichtete) zentrale Beschaffungsstelle als „Vermittlerin“ auftritt, wobei es sich dabei um eine prioritäre Dienstleistung nach Kategorie 11 des Anhang III des BVergG 2006 handelt (vgl. dazu CPC-Code 86601 „Projectmanagement Services other than for construction: Coordination and supervision Services of resources in preparing, running and completing a project on behalf of the client. Project management Services can involve budgeting, accounting and cost control, procurement, planning of timescales and other operating conditions, coordination of subcontractors work, inspection and quality control, etc. These Services consist only of management Services; operating staff Services are

excluded.“).Paragraph 10, Ziffer 15, BVergG 2006 beinhaltet eine Ausnahmeregelung für den Fall, dass eine (rechtskonform eingerichtete) zentrale Beschaffungsstelle als „Vermittlerin“ auftritt, wobei es sich dabei um eine prioritäre Dienstleistung nach Kategorie 11 des Anhang römisch drei des BVergG 2006 handelt vergleiche dazu CPC-Code 86601 „Projectmanagement Services other than for construction: Coordination and supervision Services of resources in preparing, running and completing a project on behalf of the client. Project management Services can involve budgeting, accounting and cost control, procurement, planning of timescales and other operating conditions, coordination of subcontractors work, inspection and quality control, etc. These Services consist only of management Services; operating staff Services are excluded.“).

In der von der D Dienstleistungs GmbH angebotenen Leistung „Vergebende Stelle (im Sinne des § 2 Z 42 BVergG 2006)“ sind auch nicht prioritäre Leistungen der Kategorie 21 (Rechtsberatung) gemäß Anhang IV. BVergG 2006 idgF enthalten, die von der Klasse 861 der CPC erfasst werden (z.B. „Erstellen der Vertragsbestimmungen/Vertragsunterlagen“, „Vertretung vor den Vergabekontrollbehörden“). Als Klassifikations-Code wird hier der Code 86190 (Other legal advisory and Information Services: Advisory Services to clients related to their legal rights and obligations and providing information on legal matters not elsewhere classified) in Betracht zu ziehen sein. In der von der D Dienstleistungs GmbH angebotenen Leistung „Vergebende Stelle (im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006)“ sind auch nicht prioritäre Leistungen der Kategorie 21 (Rechtsberatung) gemäß Anhang römisch vier. BVergG 2006 idgF enthalten, die von der Klasse 861 der CPC erfasst werden (z.B. „Erstellen der Vertragsbestimmungen/Vertragsunterlagen“, „Vertretung vor den Vergabekontrollbehörden“). Als Klassifikations-Code wird hier der Code 86190 (Other legal advisory and Information Services: Advisory Services to clients related to their legal rights and obligations and providing information on legal matters not elsewhere classified) in Betracht zu ziehen sein.

Die entgeltliche Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH durch die Antragsgegnerin mit der Durchführung eines Vergabe Verfahrens als „Vergebende Stelle“ umfasst sowohl prioritäre als auch nicht prioritäre Dienstleistungen. Es handelt sich dabei um einen so genannten Mischvertrag (vgl. dazu EuGH Rs C-411/00, Swoboda). Diese nicht prioritären Dienstleistungen sind von der Ausnahmeregelung der Z 15 leg. cit nicht umfasst. Die entgeltliche Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH durch die Antragsgegnerin mit der Durchführung eines Vergabe Verfahrens als „Vergebende Stelle“ umfasst sowohl prioritäre als auch nicht prioritäre Dienstleistungen. Es handelt sich dabei um einen so genannten Mischvertrag vergleiche dazu EuGH Rs C-411/00, Swoboda). Diese nicht prioritären Dienstleistungen sind von der Ausnahmeregelung der Ziffer 15, leg. cit nicht umfasst.

Zusammengefasst ergibt sich aus dem oben Gesagten, dass zum einen die D Dienstleistungs GmbH keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des § 10 Z 14 und 15 BVergG 2006 ist und ungeachtet dessen auch die verfahrensgegenständlichen an die D Dienstleistungs GmbH erteilten Dienstleistungen (als Mischvertrag) nicht nach Z 15 leg. cit. vom Regime des Bundesvergabegesetzes ausgeschlossen sind. Zusammengefasst ergibt sich aus dem oben Gesagten, dass zum einen die D Dienstleistungs GmbH keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Paragraph 10, Ziffer 14 und 15 BVergG 2006 ist und ungeachtet dessen auch die verfahrensgegenständlichen an die D Dienstleistungs GmbH erteilten Dienstleistungen (als Mischvertrag) nicht nach Ziffer 15, leg. cit. vom Regime des Bundesvergabegesetzes ausgeschlossen sind.

Beweis:

Auszug aus dem Boten für Tirol vom xx.xx.2015, Bekanntmachung Nr. **8

Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung der Antragsgegnerin

Auszug aus der Homepage der D Dienstleistungs GmbH „Leistungen“

historischer Firmenbuchauszug der D Dienstleistungs GmbH

GISA-Auskünfte der D Dienstleistungs GmbH

Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 22.06.2010

Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung der D Dienstleistungs GmbH
vom 19.07.2011

Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 19.07.2011

PV, für die Antragstellerin wird als natürliche Person GF RA Dr. A A, LL.M.

namhaft gemacht

3. keine Inhouse-Vergabe:

Um einer allfälligen Behauptung der Antragsgegnerin bzw. gegebenenfalls der D Dienstleistungs GmbH in diesem Verfahren vorzubeugen, dass die Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH mit der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung nicht ausschreibungspflichtig sei, da es sich um eine Inhouse-Vergabe handle (eine solche Begründung hat es nach dem Informationsstand der Antragstellerin bei einem anderen öffentlichen Auftraggeber seitens der D Dienstleistungs GmbH bereits gegeben), führt die Antragstellerin aus prozessualer Vorsicht schon jetzt aus, dass die Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH mit der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung im Rahmen des Bauvorhabens „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ nicht auf den Ausnahmetatbestand gemäß § 10 Z 7 BVergG 2006 - Inhouse-Vergabe - gestützt werden kann. Um einer allfälligen Behauptung der Antragsgegnerin bzw. gegebenenfalls der D Dienstleistungs GmbH in diesem Verfahren vorzubeugen, dass die Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH mit der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung nicht ausschreibungspflichtig sei, da es sich um eine Inhouse-Vergabe handle (eine solche Begründung hat es nach dem Informationsstand der Antragstellerin bei einem anderen öffentlichen Auftraggeber seitens der D Dienstleistungs GmbH bereits gegeben), führt die Antragstellerin aus prozessualer Vorsicht schon jetzt aus, dass die Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH mit der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung im Rahmen des Bauvorhabens „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ nicht auf den Ausnahmetatbestand gemäß Paragraph 10, Ziffer 7, BVergG 2006 - Inhouse-Vergabe - gestützt werden kann.

Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Inhouse-Vergabe bedient sich der EuGH der in der Rs Teckal (EuGH 18.11.1998, C-107/98) entwickelten Kriterien, die durch weiterfolgende Urteile (vgl. EuGH 11.01.2005, C-26/03, Stadt Halle- EuGH 13.10.2005, C-458/03, Parking Brixen-, EuGH 10.11.2005, C-29/04, Mödling-, EuGH 11.05.2006, C-340/04, Carbotermo; EuGH 19.04.2007, C-295/05; Asemvo; EuGH 18.12.2007, C-220/06, Asociaci6n Profesional) noch konkretisiert wurden. Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Inhouse-Vergabe bedient sich der EuGH der in der Rs Teckal (EuGH 18.11.1998, C-107/98) entwickelten Kriterien, die durch weiterfolgende Urteile vergleiche EuGH 11.01.2005, C-26/03, Stadt Halle- EuGH 13.10.2005, C-458/03, Parking Brixen-, EuGH 10.11.2005, C-29/04, Mödling-, EuGH 11.05.2006, C-340/04, Carbotermo; EuGH 19.04.2007, C-295/05; Asemvo; EuGH 18.12.2007, C-220/06, Asociaci6n Profesional) noch konkretisiert wurden.

In der Rs Econord (29.11.2012, C-182/11 und C-183/11) hat sich der EuGH — wieder einmal - mit dem für die Inhouse-Annahme notwendigen Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ befasst (so wie es auch in § 10 Z 7 lit. a) BVergG 2006 formuliert ist). In der Rs Econord (29.11.2012, C-182/11 und C-183/11) hat sich der EuGH — wieder einmal - mit dem für die Inhouse-Annahme notwendigen Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ befasst (so wie es auch in Paragraph 10, Ziffer 7, Litera a,) BVergG 2006 formuliert ist).

Der EuGH hat geantwortet, dass gemeinsame Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle voraussetzt, dass jeder öffentliche Gesellschafter sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung beteiligt sein muss.

Die D Dienstleistungs GmbH ist zu FN **** beim Firmenbuchgericht des Landesgerichtes Y mit Sitz in Y eingetragen. Alleiniger Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH ist (nunmehr) der „Tiroler Gemeindeverband“, mit Sitz in Y. Der „Tiroler Gemeindeverband“ ist gemäß § 1 seiner Satzung vom 21.11.2003 „eine Vereinigung der Tiroler Gemeinden a u f freiwilliger Grundlage“, Die Antragsgegnerin ist nicht Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH und in Folge auch nicht am Kapital dieser Gesellschaft beteiligt. Die Antragsgegnerin ist auch nicht an den Leitungsorganen der D Dienstleistungs GmbH beteiligt und übt die Antragsgegnerin somit keine gemeinsame Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle über die D Dienstleistungs GmbH aus. Eine Vergabe von Dienstleistungen an die D Dienstleistungs GmbH fällt somit nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 7 BVergG 2006; die vergaberechtlichen Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe liegen nicht vor. Die D Dienstleistungs GmbH ist zu FN **** beim Firmenbuchgericht des Landesgerichtes Y mit Sitz in Y eingetragen. Alleiniger Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH ist (nunmehr) der „Tiroler Gemeindeverband“, mit Sitz in Y. Der „Tiroler Gemeindeverband“ ist gemäß Paragraph eins, seiner Satzung vom 21.11.2003 „eine Vereinigung der Tiroler Gemeinden a u f freiwilliger Grundlage“, Die Antragsgegnerin ist nicht Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH und in Folge auch nicht am Kapital dieser Gesellschaft beteiligt. Die Antragsgegnerin ist auch nicht an den Leitungsorganen der D Dienstleistungs GmbH beteiligt und übt die

Antragsgegnerin somit keine gemeinsame Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle über die D Dienstleistungs GmbH aus. Eine Vergabe von Dienstleistungen an die D Dienstleistungs GmbH fällt somit nicht unter den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 7, BVergG 2006; die vergaberechtlichen Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe liegen nicht vor.

Beweis:

wie vor

Satzung des Tiroler Gemeindeverbandes vom 21.11.2003

PV

4. Angaben zur Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrages:

Die Antragstellerin stützt den gegenständlichen Feststellungsantrag auf § 14 Abs. 1 Z 2 TirVergNPG. Anträge nach § 14 Abs. 1 Z 2 TirVergNPG sind gem. § 15 Abs. 3 erster Satz TirVergNPG binnen 6 Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Die fristverkürzenden Tatbestände des § 15 Abs. 3 Z 1 und 2 TirVergNPG kommen gegenständlich nicht zur Anwendung. Bei der Antragstellerin handelt es sich nicht um eine im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin und hat es betreffend die verfahrensgegenständliche Dienstleistung keine Bekanntmachung nach den §§ 54 Abs. 6, 55 Abs. 6, 217 Abs. 7 oder 219 Abs. 6 des BVergG 2006 gegeben. Die Antragstellerin stützt den gegenständlichen Feststellungsantrag auf Paragraph 14, Absatz eins, Ziffer 2, TirVergNPG. Anträge nach Paragraph 14, Absatz eins, Ziffer 2, TirVergNPG sind gem. Paragraph 15, Absatz 3, erster Satz TirVergNPG binnen 6 Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Die fristverkürzenden Tatbestände des Paragraph 15, Absatz 3, Ziffer eins und 2 TirVergNPG kommen gegenständlich nicht zur Anwendung. Bei der Antragstellerin handelt es sich nicht um eine im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin und hat es betreffend die verfahrensgegenständliche Dienstleistung keine Bekanntmachung nach den Paragraphen 54, Absatz 6, 55, Absatz 6, 217, Absatz 7, oder 219 Absatz 6, des BVergG 2006 gegeben.

Wie sich aus dem Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 der Antragsgegnerin ergibt, ist die Auftragserteilung/Zuschlagserteilung an die D Dienstleistungs GmbH mit der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung erst nach dem 26.03.2015 erfolgt (arg: Punkt 2) lit. b) „Der Gemeinderat beschließt einstimmig, die Gemeindeplattform D als Partner für die Abwicklung der kommenden Vergabeverfahren zur Spiel- und Sportanlage auszuwählen“). Der gegenständliche Feststellungsantrag wurde somit binnen der offenen 6-Monats-Frist beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingebracht. Wie sich aus dem Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 der Antragsgegnerin ergibt, ist die Auftragserteilung/Zuschlagserteilung an die D Dienstleistungs GmbH mit der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung erst nach dem 26.03.2015 erfolgt (arg: Punkt 2) Litera b,) „Der Gemeinderat beschließt einstimmig, die Gemeindeplattform D als Partner für die Abwicklung der kommenden Vergabeverfahren zur Spiel- und Sportanlage auszuwählen“). Der gegenständliche Feststellungsantrag wurde somit binnen der offenen 6-Monats-Frist beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingebracht.

Beweis:

wie vor

PV

5. Bestimmte Bezeichnung des Rechtes, in dem sich die Antragstellerin als verletzt erachtet

Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen Vergabeverfahrens, das die unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot beachtet und entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchgeführt wird (§ 19 Abs. 1 BVergG 2006), verletzt. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen Vergabeverfahrens, das die unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot beachtet und entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchgeführt wird (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006), verletzt.

Die Antragsgegnerin hat durch die Auftragserteilung der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung an die D Dienstleistungs GmbH unter - unzulässiger - Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 (ev. § 10 Z 14) BVergG 2006, demzufolge eine Auftragserteilung an die D Dienstleistungs GmbH aufgrund deren Eigenschaft als

„zentrale Beschaffungsstelle“ vom Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 ausgenommen sei, das Recht der Antragstellerin auf die Wahl, Bekanntmachung, Teilnahme und Durchführung eines mit den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 und den Europäischen Vergaberichtlinien konformen Vergabeverfahrens verletzt. Die D Dienstleistungs GmbH ist keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des § 10 Z 14 und 15 BVergG 2006 und kommt daher das Bundesvergabegesetz 2006 sehr wohl bei einer Auftragsvergabe der Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber gem. § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 an die D Dienstleistungs GmbH das Bundesvergabegesetz zur Geltung. Die Antragsgegnerin hat durch die Auftragserteilung der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung an die D Dienstleistungs GmbH unter - unzulässiger - Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, (ev. Paragraph 10, Ziffer 14,) BVergG 2006, demzufolge eine Auftragserteilung an die D Dienstleistungs GmbH aufgrund deren Eigenschaft als „zentrale Beschaffungsstelle“ vom Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 ausgenommen sei, das Recht der Antragstellerin auf die Wahl, Bekanntmachung, Teilnahme und Durchführung eines mit den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 und den Europäischen Vergaberichtlinien konformen Vergabeverfahrens verletzt. Die D Dienstleistungs GmbH ist keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Paragraph 10, Ziffer 14 und 15 BVergG 2006 und kommt daher das Bundesvergabegesetz 2006 sehr wohl bei einer Auftragsvergabe der Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 an die D Dienstleistungs GmbH das Bundesvergabegesetz zur Geltung.

Beweis:

wie vor

PV

6. Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss - eingetretener Schaden für die Antragstellerin:

Die Antragstellerin wäre im gegenständlichen Anlassfall in der Lage und interessiert gewesen, das Vergabeverfahren für die Beschaffung „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ für die Antragsgegnerin als „Vergebende Stelle im Sinne des § 2 Z 42 BVergG 2006“ abzuwickeln. Die Antragstellerin wäre im gegenständlichen Anlassfall in der Lage und interessiert gewesen, das Vergabeverfahren für die Beschaffung „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ für die Antragsgegnerin als „Vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006“ abzuwickeln.

Gemäß Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 der Antragsgegnerin beträgt der Netto-Auftragswert an die D Dienstleistungs GmbH EUR 11.000,00. Unter Zugrundlegung dieses Auftragswertes wäre grundsätzlich eine Direktvergabe gemäß § 41 BVergG 2006 für die verfahrensgegenständliche Dienstleistung zulässig. Gemäß Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 der Antragsgegnerin beträgt der Netto-Auftragswert an die D Dienstleistungs GmbH EUR 11.000,00. Unter Zugrundlegung dieses Auftragswertes wäre grundsätzlich eine Direktvergabe gemäß Paragraph 41, BVergG 2006 für die verfahrensgegenständliche Dienstleistung zulässig.

Das Vergabeverfahren „Direktvergabe nach § 41 BVergG 2006“ ist ein reguläres Verfahren, welches dem Regime des Bundesvergabegesetzes 2006, der hierzu erlassenen Verordnungen und dem unmittelbar anwendbaren Unionsrecht (Richtlinie 2004/18/EG) unterliegt. Das Verfahren für die Direktvergabe ist in den genannten Vergabevorschriften normiert und gemäß § 2 Z 16 lit. a) sublit. nn) ist „bei der Direktvergabe: die Wahl des Vergabeverfahrens“ eine gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung. Das Vergabeverfahren „Direktvergabe nach Paragraph 41, BVergG 2006“ ist ein reguläres Verfahren, welches dem Regime des Bundesvergabegesetzes 2006, der hierzu erlassenen Verordnungen und dem unmittelbar anwendbaren Unionsrecht (Richtlinie 2004/18/EG) unterliegt. Das Verfahren für die Direktvergabe ist in den genannten Vergabevorschriften normiert und gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) Sub-Litera, n, n,) ist „bei der Direktvergabe: die Wahl des Vergabeverfahrens“ eine gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung.

Durch die - rechtsirrig - Qualifikation der D Dienstleistungs GmbH als „zentrale Beschaffungsstelle“ (siehe Bekanntmachung im Boten für Tirol vom xx.xx.2015 zu Nr. **8 arg: „Vergebende Stelle: D Dienstleistungs GmbH, ... als zentrale Beschaffungsstelle“), hat sich die Antragsgegnerin unberechtigterweise dem Regime des Bundesvergabegesetzes 2006, der hierzu erlassenen Verordnungen und dem unmittelbar anwendbaren Unionsrecht entzogen bzw. zu entziehen versucht.

Die Antragstellerin hat ein berechtigtes Interesse auf Feststellung, dass die D Dienstleistungs GmbH keine zentrale

Beschaffungsstelle im Sinne des § 10 Z 14 und Z 15 BVergG 2006 ist und somit die Auftragserteilung der Antragsgegnerin an die D Dienstleistungs GmbH mit der Dienstleistung „Vergebende Stelle“ im Beschaffungsvorgang „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ außerhalb des Regimes des geltenden Vergaberechts rechtswidrig war. Nur durch die begehrte Feststellung ist sichergestellt, dass sich die Antragsgegnerin bei der „neuerlichen“ Vergabe der Dienstleistungen „Vergebende Stelle“ an das geltende Vergaberegime des Bundesvergabegesetzes 2006, den hierzu erlassenen Verordnungen und das unmittelbar anwendbare Unionsrecht hält bzw. zu halten hat, wodurch auch für die Antragstellerin die Durchführung eines fairen Vergabeverfahrens, das die unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot beachtet, gewährleistet ist. Die Antragstellerin hat ein berechtigtes Interesse auf ein Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter im Sinne des § 19 Abs. 1 BVergG 2006. Die Antragstellerin hat ein berechtigtes Interesse auf Feststellung, dass die D Dienstleistungs GmbH keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Paragraph 10, Ziffer 14 und Ziffer 15, BVergG 2006 ist und somit die Auftragserteilung der Antragsgegnerin an die D Dienstleistungs GmbH mit der Dienstleistung „Vergebende Stelle“ im Beschaffungsvorgang „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ außerhalb des Regimes des geltenden Vergaberechts rechtswidrig war. Nur durch die begehrte Feststellung ist sichergestellt, dass sich die Antragsgegnerin bei der „neuerlichen“ Vergabe der Dienstleistungen „Vergebende Stelle“ an das geltende Vergaberegime des Bundesvergabegesetzes 2006, den hierzu erlassenen Verordnungen und das unmittelbar anwendbare Unionsrecht hält bzw. zu halten hat, wodurch auch für die Antragstellerin die Durchführung eines fairen Vergabeverfahrens, das die unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot beachtet, gewährleistet ist. Die Antragstellerin hat ein berechtigtes Interesse auf ein Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006.

Es ist auch darauf zu verweisen, dass selbst bei einer Beschaffung für die der Anwendungsbereich der „Direktvergabe“ gem. § 41 BVergG eröffnet ist, die Antragsgegnerin als Gemeinde den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verpflichtet ist (vgl. § 119 Tiroler Gemeindeordnung). Die Antragsgegnerin ist dazu verhalten, mehrere Angebote einzuholen. Es ist auch darauf zu verweisen, dass selbst bei einer Beschaffung für die der Anwendungsbereich der „Direktvergabe“ gem. Paragraph 41, BVergG eröffnet ist, die Antragsgegnerin als Gemeinde den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verpflichtet ist vergleiche Paragraph 119, Tiroler Gemeindeordnung). Die Antragsgegnerin ist dazu verhalten, mehrere Angebote einzuholen.

Der Antragstellerin entsteht durch die Zuschlagserteilung der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung an die D Dienstleistungs GmbH nicht nur ein reiner Vermögensschaden, sondern auch ein immaterieller Schaden. Zum einen hat die Antragstellerin durch die versagte Möglichkeit am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten einen Einkommensschaden und den Verlust eines Deckungsbeitrages erlitten. Dem Einkommensschaden und dem Verlust des Deckungsbeitrages ist als bezugshabende Umsatzgröße zumindest der im Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 der Antragsgegnerin im Punkt 2) lit. b) ausgewiesene Honorarbetrag der D Dienstleistungs GmbH in Höhe von netto EUR 11.000,00 anzusetzen. Ein (weiterer) immaterieller Schaden entsteht der Antragstellerin schon daraus, dass ihr durch die Nicht-Beauftragung mit der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung „Vergebende Stelle“ die Möglichkeit zur Erstellung eines Referenzprojektes entgeht, welches sie zur Erlangung weiterer Aufträge zur Abwicklung bzw. Betreuung öffentlicher Vergabeverfahren benötigt (vgl. dazu M. Mößlinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), § 332 Rz 41). Der Antragstellerin entsteht durch die Zuschlagserteilung der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung an die D Dienstleistungs GmbH nicht nur ein reiner Vermögensschaden, sondern auch ein immaterieller Schaden. Zum einen hat die Antragstellerin durch die versagte Möglichkeit am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten einen Einkommensschaden und den Verlust eines Deckungsbeitrages erlitten. Dem Einkommensschaden und dem Verlust des Deckungsbeitrages ist als bezugshabende Umsatzgröße zumindest der im Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 der Antragsgegnerin im Punkt 2) Litera b,) ausgewiesene Honorarbetrag der D Dienstleistungs GmbH in Höhe von netto EUR 11.000,00 anzusetzen. Ein (weiterer) immaterieller Schaden entsteht der Antragstellerin schon daraus, dass ihr durch die Nicht-Beauftragung mit der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung „Vergebende Stelle“ die Möglichkeit zur Erstellung eines Referenzprojektes entgeht, welches sie zur Erlangung weiterer Aufträge zur Abwicklung bzw. Betreuung öffentlicher Vergabeverfahren benötigt vergleiche dazu M. Mößlinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2012), Paragraph 332, Rz 41).

Beweis:

wie vor

PV

7. Die Antragstellerin stellt aus alledem folgende

A N T R Ä G E :

Das Landesverwaltungsgericht für Tirol wolle

1) feststellen, dass die Zuschlagerteilung bzw. Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH durch die Antragsgegnerin mit der Dienstleistung „Vergebende Stelle im Sinne des § 2 Z 4 2 BVergG 2006“ betreffend den Beschaffungsvorgang bzw. das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 (in eventu Z 14) BVergG 2006 idGF „als zentrale Beschaffungsstelle“ rechtswidrig war; 1) feststellen, dass die Zuschlagerteilung bzw. Beauftragung der D Dienstleistungs GmbH durch die Antragsgegnerin mit der Dienstleistung „Vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 4, 2 BVergG 2006“ betreffend den Beschaffungsvorgang bzw. das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, (in eventu Ziffer 14,) BVergG 2006 idGF „als zentrale Beschaffungsstelle“ rechtswidrig war;

2) der Antragstellerin Akteneinsicht in alle von der Antragsgegnerin und gegebenenfalls von der allfälligen Zuschlagsempfängerin vorzulegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens zu gewähren, sofern dies nicht Geschäftsinteressen Dritter beeinträchtigen würde;

3) die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten bzw. allenfalls noch zu entrichtenden Pauschalgebühren gem. TirVergNPG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Die Antragstellerin legt in einem die Auftragsbestätigungen über die Einzahlung der Pauschalgebühren über EUR 311,00 und EUR 30,00 sowie folgende

U R K U N D E N

vor:

./1 Auszug aus dem Boten für Tirol vom xx.xx.2015, Bekanntmachung Nr. **8

./2 Sitzungsprotokoll über die 41. Gemeinderatssitzung der Antragsgegnerin

./3 Auszug aus der Homepage der D Dienstleistungs GmbH „Leistungen“

./4 historischer Firmenbuchauszug der D Dienstleistungs GmbH

./5 GISA-Auskünfte der D Dienstleistungs GmbH

./6 Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 22.06.2010

./7 Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung der D Dienstleistungs GmbH vom 19.07.2011

./8 Gesellschaftsvertrag der D Dienstleistungs GmbH vom 19.07.2011

./9 Satzung des Tiroler Gemeindeverbandes vom 21.11.2003“

Gemeinsam mit diesem Schriftsatz hat die Antragstellerin Urkunden vorgelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

?

Überweisungsbeleg Pauschalgebühr (Beilage ./A)

? Überweisungsbeleg Eingabegebühr (Beilage ./B)

?

Auszug Bote für Tirol xx.xx.2015 (Beilage ./C)

?

Sitzungsprotokoll 41. Gemeinderatssitzung (Beilage ./D)

?

Auszug Homepage D (Beilage ./E)

? historischer Firmenbuchauszug D (Beilage ./F)

?

GISA-Auskunft D (Beilage ./G)

?

Gesellschaftsvertrag D 22.06.2010 (Beilage ./H)

?

Protokoll ao Generalversammlung D 19.07.2011 (Beilage ./I)

?

Gesellschaftsvertrag D 19.07.2011 (Beilage ./J)

?

Satzung Gemeindeverband 21.11.2003 (Beilage ./K)

In der Folge haben die Auftraggeberin sowie die im Weiteren kurz als „mitbeteiligte Partei“ bezeichnete D Dienstleistungs GmbH, Adresse, Y, vertreten durch C Rechtsanwälte mit Schriftsatz vom 13.08.2015 den Antrag gestellt, die Frist zur Einbringung einer Stellungnahme zum Feststellungsantrag zu erstrecken.

In weiterer Folge hat die Auftraggeberin gemeinsam mit der mitbeteiligten Partei mit Schriftsatz vom 17.08.2015 zum Feststellungsantrag Stellung genommen und ausgeführt wie folgt:

„Der Feststellungsantrag vom 04.08.2015 wurde der Gemeinde X („Auftraggeberin“) und D Dienstleistungs GmbH („mitbeteiligte Partei“) am gleichen Tag mit dem Auftrag zugestellt, schriftlich per Fax oder E-Mail bis spätestens 18.08.2015, 10:00 Uhr, beim Landesverwaltungsgericht Tirol Stellung zu nehmen. Fristgerecht erstatten Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei durch ihre ausgewiesenen Vertreter nachstehende „Der Feststellungsantrag vom 04.08.2015 wurde der Gemeinde römisch zehn („Auftraggeberin“) und D Dienstleistungs GmbH („mitbeteiligte Partei“) am gleichen Tag mit dem Auftrag zugestellt, schriftlich per Fax oder E-Mail bis spätestens 18.08.2015, 10:00 Uhr, beim Landesverwaltungsgericht Tirol Stellung zu nehmen. Fristgerecht erstatten Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei durch ihre ausgewiesenen Vertreter nachstehende

I. STELLUNGNAHME ZUM FESTSTELLUNGSANTRAG römisch eins. STELLUNGNAHME ZUM FESTSTELLUNGSANTRAG

1. Vorbemerkungen:

Der Geschäftsführer der Antragstellerin Advokatur Dr. A A, LL.M., Rechtsanwalt GmbH, Herr Dr. A A, LL.M., nimmt es offensichtlich persönlich, beim Neubau des Volksschul- und Kindergartenentrums L im Z hinsichtlich der Begleitung in Vergabeverfahren als vergebende Stelle nicht beauftragt worden zu sein. Diesen Auftrag hat die mitbeteiligte Partei erhalten und hat die Antragstellerin in der Folge offensichtlich zwei Unternehmen, die Leistungen im selben Bereich anbieten, für einen Feststellungsantrag gegen die Beauftragung der mitbeteiligten Partei gewinnen können.

Beweis:

? Akt LVwG-2015/S1/1847 des LVwG Tirol.

Als Draufgabe hat die Antragstellerin gegenständlichen Feststellungsantrag gegen die Auftraggeberin Gemeinde X und deren Vergabe der Dienstleistung der vergebenden Stelle im Sinne des § 2 Z 42 BVergG 2006 für den Beschaffungsvorgang bzw. das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ eingebracht. Die Antragstellerin behauptet eine unzulässige Direktvergabe unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 (in eventu Z 14) BVergG 2006. Als Draufgabe hat die Antragstellerin gegenständlichen Feststellungsantrag gegen die Auftraggeberin Gemeinde römisch zehn und deren Vergabe der Dienstleistung der vergebenden Stelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006 für den Beschaffungsvorgang bzw. das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ eingebracht. Die Antragstellerin behauptet eine unzulässige Direktvergabe unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, (in eventu Ziffer 14,) BVergG 2006.

Der Feststellungsantrag geht allerdings ins Leere:

2. Sachverhalt:

Die Auftraggeberin beabsichtigt die Errichtung eines Spiel- und Sportareals in X. Dazu wurden Planungsleistungen beauftragt und zwischenzeitlich Planungen durchgeführt. Nunmehr stehen die Vergabe der Bauleistungen für das

Spiel- und Sportareal X an. Die Auftraggeberin verfügt allerdings nicht über eine eigene Infrastruktur, umfangreiche Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2006 durchzuführen. Die Auftraggeberin beabsichtigt die Errichtung eines Spiel- und Sportareals in römisch zehn. Dazu wurden Planungsleistungen beauftragt und zwischenzeitlich Planungen durchgeführt. Nunmehr stehen die Vergabe der Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal römisch zehn an. Die Auftraggeberin verfügt allerdings nicht über eine eigene Infrastruktur, umfangreiche Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2006 durchzuführen.

Die mitbeteiligte Partei wurde vom Gemeindeverband Tirol mitgegründet und in der Folge deren Geschäftsanteile zur Gänze übernommen, um Dienstleistungen für Tiroler Gemeinden zu erbringen, insbesondere Dienstleistungen im Zusammenhang mit Vergabeverfahren und zum zentralen Einkauf nach den Bestimmungen des BVergG als zentrale Beschaffungsstelle.

Die Auftraggeberin hat sich an die mitbeteiligte Partei gewendet und angefragt, ob die mitbeteiligte Partei die im Zuge der Errichtung des Spiel- und Sportareals X erforderlichen Bauleistungen nach den Bestimmungen des BVergG für die Auftraggeberin als vergebende Stelle durchführen kann. Nachdem die angefragten Leistungen den Kern der Tätigkeiten der mitbeteiligten Partei entsprechen, hat diese ein Angebot für die zu erbringenden Leistungen über netto EUR 12.000,00 gelegt. Der Bürgermeister der Auftraggeberin, Herr E E, hat das gelegte Angebot nachverhandelt und hat schließlich die mitbeteiligte Partei ihr Angebot auf netto EUR 11.000,00 nachgebessert. Die Auftraggeberin hat sich an die mitbeteiligte Partei gewendet und angefragt, ob die mitbeteiligte Partei die im Zuge der Errichtung des Spiel- und Sportareals römisch zehn erforderlichen Bauleistungen nach den Bestimmungen des BVergG für die Auftraggeberin als vergebende Stelle durchführen kann. Nachdem die angefragten Leistungen den Kern der Tätigkeiten der mitbeteiligten Partei entsprechen, hat diese ein Angebot für die zu erbringenden Leistungen über netto EUR 12.000,00 gelegt. Der Bürgermeister der Auftraggeberin, Herr E E, hat das gelegte Angebot nachverhandelt und hat schließlich die mitbeteiligte Partei ihr Angebot auf netto EUR 11.000,00 nachgebessert.

In der 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 wurde das Angebot der mitbeteiligten Partei zur Vergabe der Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X behandelt. Nach Diskussion wurde beschlossen, die mitbeteiligte Partei als Partner für die Begleitung der kommenden Vergabeverfahren zur Spiel- und Sportanlage X mit einem Auftragswert von netto EUR 11.000,00 zu beauftragen. In der Folge wurde die mitbeteiligte Partei vom Bürgermeister der Auftraggeberin beauftragt. In der 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 wurde das Angebot der mitbeteiligten Partei zur Vergabe der Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal römisch zehn behandelt. Nach Diskussion wurde beschlossen, die mitbeteiligte Partei als Partner für die Begleitung der kommenden Vergabeverfahren zur Spiel- und Sportanlage römisch zehn mit einem Auftragswert von netto EUR 11.000,00 zu beauftragen. In der Folge wurde die mitbeteiligte Partei vom Bürgermeister der Auftraggeberin beauftragt.

Beweis:

? PV Bürgermeister E E, pA der Auftraggeberin;

? PV B B, pA der mitbeteiligten Partei;

? ZV Mag. D D, pA der mitbeteiligten Partei;

? ZV E E, pA der mitbeteiligten Partei;

? weitere Beweise vorbehalten.

3. Zur Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrages:

Die mitbeteiligte Partei wurde am 27.03.2015, also am Tag nach der 41. Gemeinderatssitzung, telefonisch mit der Begleitung der kommenden Vergabeverfahren zur Errichtung der Spiel- und Sportanlage X beauftragt. Feststellungsanträge gem § 14 Abs 1 Z 2 bis 4 TirVergNPG sind gem § 15 Abs 3 TirVergNPG binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Gegenständlicher Feststellungsantrag ist folglich rechtzeitig, allerdings unzulässig und unbegründet. Die mitbeteiligte Partei wurde am 27.03.2015, also am Tag nach der 41. Gemeinderatssitzung, telefonisch mit der Begleitung der kommenden Vergabeverfahren zur Errichtung der Spiel- und Sportanlage römisch zehn beauftragt. Feststellungsanträge gem Paragraph 14, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 TirVergNPG sind gem Paragraph 15, Absatz 3, TirVergNPG binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Gegenständlicher Feststellungsantrag ist folglich rechtzeitig, allerdings unzulässig und unbegründet.

Beweis:

? wie vor.

4. Zur beantragten Feststellung:

Die Antragstellerin beantragt festzustellen, dass die Zuschlagserteilung bzw. Beauftragung der mitbeteiligten Partei durch die Auftraggeberin unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 (in eventu Z 14) BVergG 2006 „als zentrale Beschaffungsstelle“ rechtswidrig war. Diese beantragte Feststellung ist dem vergabespezifischen Rechtsschutz und insbesondere dem Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz nicht bekannt. Die Antragstellerin beantragt festzustellen, dass die Zuschlagserteilung bzw. Beauftragung der mitbeteiligten Partei durch die Auftraggeberin unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, (in eventu Ziffer 14,) BVergG 2006 „als zentrale Beschaffungsstelle“ rechtswidrig war. Diese beantragte Feststellung ist dem vergabespezifischen Rechtsschutz und insbesondere dem Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz nicht bekannt.

Verfahrensgegenständlich einschlägig wäre insbesondere die Feststellung gem § 14 Abs 1 Z 2 TirVergNPG, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hier zu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Eine solche gesetzlich zulässige Feststellung der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wird von der Antragstellerin aber nicht beantragt, so dass ihr Feststellungsantrag bereits aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen ist. Verfahrensgegenständlich einschlägig wäre insbesondere die Feststellung gem Paragraph 14, Absatz eins, Ziffer 2, TirVergNPG, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hier zu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Eine solche gesetzlich zulässige Feststellung der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wird von der Antragstellerin aber nicht beantragt, so dass ihr Feststellungsantrag bereits aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen ist.

Beweis:

? Feststellungsantrag der Antragstellerin.

5. Zur behaupteten Rechtsverletzung:

Ein allenfalls zulässiger Feststellungsantrag wäre aber auch inhaltlich unbegründet und abzuweisen.

Die Antragstellerin erachtet sich im Recht auf Durchführung eines fairen Vergabeverfahrens, das die unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot beachtet und entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchgeführt wird, verletzt.

Im Detail führt die Antragstellerin an, dass eine unzulässige Beauftragung der mitbeteiligten Partei unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 (in eventu Z 14) BVergG erfolgt sei, da diese keine zentrale Beschaffungsstelle und kein öffentlicher Auftraggeber sei. Eine Direktvergabe sei zwar grundsätzlich zulässig, dabei sei aber die Wahl des Vergabeverfahrens gesondert anfechtbar und müssten zudem nach den Bestimmungen der Tiroler Gemeindeordnung Vergleichsangebote eingeholt werden. Im Detail führt die Antragstellerin an, dass eine unzulässige Beauftragung der mitbeteiligten Partei unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, (in eventu Ziffer 14,) BVergG erfolgt sei, da diese keine zentrale Beschaffungsstelle und kein öffentlicher Auftraggeber sei. Eine Direktvergabe sei zwar grundsätzlich zulässig, dabei sei aber die Wahl des Vergabeverfahrens gesondert anfechtbar und müssten zudem nach den Bestimmungen der Tiroler Gemeindeordnung Vergleichsangebote eingeholt werden.

Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzungen liegen nicht vor, dazu im Detail wie folgt:

6. Zulässige Direktvergabe:

Die Auftraggeberin hat die mitbeteiligte Partei zur Begleitung der kommenden Vergabeverfahren zur Errichtung der Spiel- und Sportanlage X direkt beauftragt. Gem § 41 Abs 2 BVergG ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert EUR 100.000,00 nicht erreicht. Gem § 25 Abs 10 BVergG wird bei der Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Die

Auftraggeberin hat die mitbeteiligte Partei zur Begleitung der kommenden Vergabeverfahren zur Errichtung der Spiel- und Sportanlage römisch zehn direkt beauftragt. Gem Paragraph 41, Absatz 2, BVergG ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert EUR 100.000,00 nicht erreicht. Gem Paragraph 25, Absatz 10, BVergG wird bei der Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

Bei der Beauftragung der mitbeteiligten Partei zur Begleitung und Durchführung der Vergabeverfahren zur Errichtung der Spiel- und Sportanlage X durch die Auftraggeberin waren alle Voraussetzungen für eine zulässige Direktvergabe gem § 41 iVm § 25 Abs 10 BVergG gegeben: Der Auftragswert von EUR 11.000,00 liegt deutlich unter dem zulässigen Schwellenwert für Direktvergaben von EUR 100.000,00. Auch der geschätzte Auftragswert vor Einleitung der Direktvergabe wurde auf ca. EUR 10.000,00 und somit deutlich unter dem Schwellenwert von EUR 100.000,00 für zulässige Direktverfahren geschätzt. Die Auftraggeberin hat die mitbeteiligte Partei zur Legung eines Angebotes eingeladen, in der Folge hat sie das Angebot aufgegriffen und die mitbeteiligte Partei beauftragt. Weitere Voraussetzungen für eine zulässige Direktvergabe sind nicht erforderlich. Insbesondere sind gem § 25 Abs 10 BVergG nicht zwingend mehrere Vergleichsangebote einzuholen. Bei der Beauftragung der mitbeteiligten Partei zur Begleitung und Durchführung der Vergabeverfahren zur Errichtung der Spiel- und Sportanlage römisch zehn durch die Auftraggeberin waren alle Voraussetzungen für eine zulässige Direktvergabe gem Paragraph 41, in Verbindung mit Paragraph 25, Absatz 10, BVergG gegeben: Der Auftragswert von EUR 11.000,00 liegt deutlich unter dem zulässigen Schwellenwert für Direktvergaben von EUR 100.000,00. Auch der geschätzte Auftragswert vor Einleitung der Direktvergabe wurde auf ca. EUR 10.000,00 und somit deutlich unter dem Schwellenwert von EUR 100.000,00 für zulässige Direktverfahren geschätzt. Die Auftraggeberin hat die mitbeteiligte Partei zur Legung eines Angebotes eingeladen, in der Folge hat sie das Angebot aufgegriffen und die mitbeteiligte Partei beauftragt. Weitere Voraussetzungen für eine zulässige Direktvergabe sind nicht erforderlich. Insbesondere sind gem Paragraph 25, Absatz 10, BVergG nicht zwingend mehrere Vergleichsangebote einzuholen.

Richtig ist, dass Gemeinden wie die Auftraggeberin den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verpflichtet sind. Unrichtig ist allerdings, dass die Auftraggeberin nach den Bestimmungen der Tiroler Gemeindeordnung zwingend verpflichtet wäre, mehrere Angebote einzuholen, wenn die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach den Bestimmungen des BVergG vorliegen. Darüber hinaus könnte eine derartige Bestimmung der Tiroler Gemeindeordnung, Vergleichsangebote zwingend einzuholen, eine zulässige Direktvergabe nach den Bestimmungen des BVergG nicht rechtswidrig und zu einem unzulässigen Beschaffungsvorgang machen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass hier gegenständlich eine zulässige Direktvergabe von der Auftraggeberin an die mitbeteiligte Partei vorliegt und eine Feststellung (gem § 14 Abs 1 Z 2 TirVergNPG) ins Leere geht. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass hier gegenständlich eine zulässige Direktvergabe von der Auftraggeberin an die mitbeteiligte Partei vorliegt und eine Feststellung (gem Paragraph 14, Absatz eins, Ziffer 2, TirVergNPG) ins Leere geht.

Beweis:

? wie vor.

7. D Dienstleistungs GmbH als zentrale Beschaffungsstelle:

Darüber hinaus ist das Vorbringen der Antragstellerin dahingehend, dass die mitbeteiligte Partei keine zentrale Beschaffungsstelle und kein öffentlicher Auftraggeber sei und folglich eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 14 und 15 BVergG nicht zulässig sei, unrichtig: Darüber hinaus ist das Vorbringen der Antragstellerin dahingehend, dass die mitbeteiligte Partei keine zentrale Beschaffungsstelle und kein öffentlicher Auftraggeber sei und folglich eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 14 und 15 BVergG nicht zulässig sei, unrichtig:

7.1 D Dienstleistungs GmbH als öffentlicher Auftraggeber:

Gem § 3 Abs 1 Z 2 BVergG sind Einrichtungen öffentliche Auftraggeber, die Gem Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sind Einrichtungen öffentliche Auftraggeber, die

- a. zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
- b. zumindest teilrechtsfähig sind und
- c. überwiegend von anderen öffentlichen Auftraggebern finanziert, geleitet oder kontrolliert werden.

ad. a) Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben:

Der von der Antragstellerin gezeichnete Begriff von Aufgaben im Allgemeininteresse ist zu eng, die Antragstellerin hat nur einen Teil der Aufgaben im Allgemeininteresse in ihrem Feststellungsantrag aufgezeigt. Bei der Beurteilung der Aufgaben im Allgemeininteresse ist die ständige Judikatur insofern streng, als sie Aufgaben weit gefasst als im Allgemeininteresse qualifiziert (vgl. Gast in Gast, Bundesvergabegesetz Leitsatzkommentar, E 57 bis E 96 zu § 3). Das Aufzeigen eines weiten Begriffs von Aufgaben im Allgemeininteresse ist allerdings gar nicht erforderlich, da speziell die Aufgaben der mitbeteiligten von der Judikatur bereits beurteilt wurden. Der von der Antragstellerin gezeichnete Begriff von Aufgaben im Allgemeininteresse ist zu eng, die Antragstellerin hat nur einen Teil der Aufgaben im Allgemeininteresse in ihrem Feststellungsantrag aufgezeigt. Bei der Beurteilung der Aufgaben im Allgemeininteresse ist die ständige Judikatur insofern streng, als sie Aufgaben weit gefasst als im Allgemeininteresse qualifiziert (vergleiche Gast in Gast, Bundesvergabegesetz Leitsatzkommentar, E 57 bis E 96 zu Paragraph 3.). Das Aufzeigen eines weiten Begriffs von Aufgaben im Allgemeininteresse ist allerdings gar nicht erforderlich, da speziell die Aufgaben der mitbeteiligten von der Judikatur bereits beurteilt wurden.

Nach ständiger österreichischer Judikatur ist nämlich die Bundesbeschaffung GmbH öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG und zentrale Beschaffungsstelle gem § 2 Z 47 BVergG (vgl. etwa BVA 17.02.2009, ****; 14.10.2008, ****; 28.05.2004, **** ua). Die mitbeteiligte Partei hat den gleichen Gesellschaftszweck und erbringt die gleichen Tätigkeiten wie die Bundesbeschaffung GmbH. Die mitbeteiligte Partei ist das „westliche Pendant“ zur Bundesbeschaffung GmbH in Wien. Nach ständiger österreichischer Judikatur ist nämlich die Bundesbeschaffung GmbH öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und zentrale Beschaffungsstelle gem Paragraph 2, Ziffer 47, BVergG (vergleiche etwa BVA 17.02.2009, ****; 14.10.2008, ****; 28.05.2004, **** ua). Die mitbeteiligte Partei hat den gleichen Gesellschaftszweck und erbringt die gleichen Tätigkeiten wie die Bundesbeschaffung GmbH. Die mitbeteiligte Partei ist das „westliche Pendant“ zur Bundesbeschaffung GmbH in Wien.

Nur kurz sei inhaltlich ausgeführt: Öffentliche Auftraggeber werden bereits nach der gesetzlichen Definition im Allgemeininteresse tätig. Wenn solche öffentlichen Auftraggeber ihrerseits einkaufen und Beschaffungsvorgänge durchführen müssen, dienen diese Beschaffungsvorgänge ebenfalls dem Allgemeininteresse. Die mitbeteiligte Partei bietet anderen öffentlichen Auftraggebern an, den Einkauf und die Beschaffung für sie durchzuführen. Somit dient das Tätigwerden der mitbeteiligten Partei anderen öffentlichen Auftraggebern zur Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse. Folglich ist auch das Tätigwerden der mitbeteiligten Partei im Allgemeininteresse gelegen. Es liegt im allgemeinen öffentlichen Interesse, dass öffentliche Auftraggeber, rasch, effizient und kostengünstig einkaufen. Folglich ist das Tätigwerden der mitbeteiligten Partei ebenfalls im Allgemeininteresse gelegen.

ad. a) Tätigkeit nicht gewerblicher Art:

In der Praxis ist das Tatbestandsmerkmal, dass die Tätigkeiten der Einrichtung „nicht gewerblicher Art“ sind, das meist entscheidende Abgrenzungskriterium. Die Judikatur hat unterschiedliche Tatbestandsmerkmale herausgearbeitet, anhand derer überprüft wird, ob eine Tätigkeit gewerblicher oder nicht gewerblicher Art ist. So sind insbesondere die Gewinnerzielungsabsicht und die Risikotragung sowie Finanzierung aus öffentlichen Mitteln Indizien für das Vorliegen einer Tätigkeit nicht gewerblicher Art. In der Praxis ist das Tatbestandsmerkmal, dass die Tätigkeiten der Einrichtung „nicht gewerblicher Art“ sind, das meist entscheidende Abgrenzungskriterium. Die Judikatur hat unterschiedliche Tatbestandsmerkmale herausgearbeitet, anhand derer überprüft wird, ob eine Tätigkeit gewerblicher oder nicht gewerblicher Art ist. So sind insbesondere die Gewinnerzielungsabsicht und die Risikotragung sowie Finanzierung aus öffentlichen Mitteln Indizien für das Vorliegen einer Tätigkeit nicht gewerblicher "Art".

? Gewinnerzielungsabsicht:

Es sei zwar nicht ausgeschlossen, dass die Tätigkeiten der Einrichtungen zu Gewinnen führten, doch ist die Erzielung solcher Gewinne nicht der Hauptzweck dieser Gesellschaften. Damit ist es wahrscheinlich, dass eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe auch nicht gewerblicher Art vorliegt (EuGH 22.05.2003, RSC-18/01, Korhonen).

Auch die mitbeteiligte Partei wurde vom Tiroler Gemeindeverband nicht vorwiegend zur Gewinnerzielung und somit zur Schaffung von Einnahmen gegründet. Die Gründung erfolgte primär zum Zweck, für die Tiroler Gemeinden eine zentrale Beschaffungsstelle zur Verfügung zu stellen und folglich den Tiroler Gemeinden den Einkauf zu erleichtern. Wenn dabei bei der Tätigkeit der mitbeteiligten Partei Gewinne anfallen, sieht dies der Tiroler Gemeindeverband als Gesellschafter natürlich mit Freude, gleichwohl kam es in der Vergangenheit zu keinen Gewinnen und keinen Gewinnausschüttungen. Im Gegenteil, der Gesellschafter Tiroler Gemeindeverband hat in den ersten Jahren zum Teil hohe Anfangsverluste abdecken müssen und ist dies der beste Beweis, dass die Tätigkeit der mitbeteiligten Partei somit nicht zur Gewinnerzielungsabsicht, sondern zur Erbringung von Aufgaben im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art erfolgt.

? Risikotragung, Finanzierung aus öffentlichen Mitteln:

Es ist nicht nur entscheidend, ob eine Einrichtung 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 (VwGH 01.07.2009, 2009/04/0096). Aufgrund der Finanzierung im überwiegenden Teil durch die Gemeinde, oftmaliger Kapitalerhöhungen und erheblicher Bilanzverluste über zumindest vier Bilanzjahre kann nicht von einem gewinnorientierten Unternehmen ausgegangen werden (UVS NÖ 29.05.2009, Senat-AB-09-0020).

Die mitbeteiligte Partei wird vom Tiroler Gemeindeverband finanziert. Das Stammkapital wurde vom Tiroler Gemeindeverband aufgebracht. Gerade in den Anfangsjahren 2010 bis 2013 hat der Tiroler Gemeindeverband wiederholt Zuschüsse über insgesamt EUR 650.000,00 getätigt und hat er so das negative Eigenkapital und erzielte Verluste abgedeckt.

Im Gesellschaftsvertrag ist zwar kein Automatismus zur Übernahme von Verlusten durch den Tiroler Gemeindeverband enthalten, faktisch übernimmt der Tiroler Gemeindeverband jedoch seit dem Bestehen der mitbeteiligten Partei alle Verluste und schießt er im Bedarfsfall Geldmittel zu, um das Tätigwerden der mitbeteiligten Partei im Allgemeininteresse aufrecht zu erhalten. Dies ist nach ständiger Judikatur der Nachweis, dass eine Risikotragung und Finanzierung aus öffentlichen Mitteln vorliegt, was wiederum auf eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art schließen lässt.

Auf Basis des funktionellen Begriffsverständnisses sind grundsätzlich nur solche Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren, die mit der öffentlichen Hand eng verbunden sind und bei denen Grund zur Annahme besteht, dass sie sich bei ihrer Vergabeentscheidung von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen (BVA 24.04.2009, ****). Die bisherige Entwicklung der mitbeteiligten Partei hat gezeigt, dass sich deren Gesellschafter, der Tiroler Gemeindeverband, von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt. Dem Tiroler Gemeindeverband geht es primär darum, dass seine Mitglieder, nämlich die Tiroler Gemeinden, eine zentrale Beschaffungsstelle zur Seite haben. Es geht ihm nicht darum, primär Gewinne zu erzielen und nach der Gründung der mitbeteiligten Partei nichts mehr von dieser wissen zu wollen. Die mitbeteiligte Partei wurde bisher wiederholt finanziell unterstützt, ohne diese Unterstützungen wäre die mitbeteiligte Partei in der Anfangsphase nicht überlebensfähig gewesen.

All dies beweist, dass eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art vorliegt.

ad. a) Gründung zur Aufgabenerfüllung:

Gem § 3 Abs 1 Z 2 lit a muss die Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Die Antragstellerin meint, dass diese vom Gesetz genannte Gründung zur Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse bereits deshalb nicht vorliegen würde, weil die mitbeteiligte Partei im Jahr 2010 von drei Gesellschaftern gegründet wurde, wobei nur ein Drittelgesellschafter öffentlicher Auftraggeber ist. Diese Ansicht der Antragstellerin ist viel zu eng. Sie würde dazu führen, dass jeder öffentliche Auftraggeber seine Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber dadurch abstreifen könnte, in dem eine Gesellschaft zu anderen Zwecken gegründet wird, diese Gesellschaft in der Folge von öffentlichen Auftraggeber übernommen und mit einem neuen Gesellschaftszweck

ausgestattet wird. Es wäre folglich ein Leichtes, Tätigkeiten der öffentlichen Auftraggeber in private Einrichtungen auszugliedern, die ihrerseits nicht mehr als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren wären. Das würde binnen kürzester Zeit dazu führen, dass das gesamte BVergG zahnlos würde und Ausgliederungen in nicht öffentliche Auftraggeber an der Tagesordnung wären. Würde sich die Ansicht der Antragstellerin durchsetzen, würde sie in der Folge gar keine Möglichkeit mehr haben, im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe tätig zu werden, da es keine öffentliche Auftragsvergabe mehr gäbe. Gem Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, muss die Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Die Antragstellerin meint, dass diese vom Gesetz genannte Gründung zur Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse bereits deshalb nicht vorliegen würde, weil die mitbeteiligte Partei im Jahr 2010 von drei Gesellschaftern gegründet wurde, wobei nur ein Drittelgesellschafter öffentlicher Auftraggeber ist. Diese Ansicht der Antragstellerin ist viel zu eng. Sie würde dazu führen, dass jeder öffentliche Auftraggeber seine Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber dadurch abstreifen könnte, in dem eine Gesellschaft zu anderen Zwecken gegründet wird, diese Gesellschaft in der Folge von öffentlichen Auftraggeber übernommen und mit einem neuen Gesellschaftszweck ausgestattet wird. Es wäre folglich ein Leichtes, Tätigkeiten der öffentlichen Auftraggeber in private Einrichtungen auszugliedern, die ihrerseits nicht mehr als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren wären. Das würde binnen kürzester Zeit dazu führen, dass das gesamte BVergG zahnlos würde und Ausgliederungen in nicht öffentliche Auftraggeber an der Tagesordnung wären. Würde sich die Ansicht der Antragstellerin durchsetzen, würde sie in der Folge gar keine Möglichkeit mehr haben, im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe tätig zu werden, da es keine öffentliche Auftragsvergabe mehr gäbe.

Dass das Erfordernis der „Gründung“ nicht überschießend zu qualifizieren ist, wurde vom EuGH übrigens bereits im Jahr 2002 klargestellt: Die praktische Wirksamkeit der Richtlinie wäre dann nicht vollständig gewährleistet, wenn ihre Anwendung auf eine Einrichtung, die sonst alle Voraussetzungen einer Einrichtung öffentlichen Rechts erfüllt, allein deshalb ausgeschlossen wäre, weil die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art, die die Errichtung erfüllt, ihr nicht zum Zeitpunkt ihrer Gründung übertragen wurden. Ebenfalls unbeachtlich ist, ob die Satzung einer solchen Einrichtung an die tatsächlichen Änderungen ihres Tätigkeitsbereichs angepasst wurde oder nicht (EuGH 12.12.2002, RSC-470/99, Universale Bau).

ad. b) Zumindest Teilrechtsfähigkeit:

Die mitbeteiligte Partei ist als GmbH vollrechtsfähig, das Tatbestandselement der Teilrechtsfähigkeit ist somit jedenfalls erfüllt.

ad. c) Überwiegende Finanzierung, Leitung oder Aufsicht durch andere öffentliche Auftraggeber:

100 % der Geschäftsanteile der mitbeteiligten Partei werden vom Tiroler Gemeindeverband gehalten. Der Tiroler Gemeindeverband ist seinerseits gemäß seiner Satzung eine Vereinigung der Tiroler Gemeinden auf freiwilliger Grundlage. Mitglieder sind somit nur Gemeinden aus Tirol, somit öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Der Tiroler Gemeindeverband selbst ist wiederum öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. 100 % der Geschäftsanteile der mitbeteiligten Partei werden vom Tiroler Gemeindeverband gehalten. Der Tiroler Gemeindeverband ist seinerseits gemäß seiner Satzung eine Vereinigung der Tiroler Gemeinden auf freiwilliger Grundlage. Mitglieder sind somit nur Gemeinden aus Tirol, somit öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Der Tiroler Gemeindeverband selbst ist wiederum öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Die Geschäftsanteile der mitbeteiligten Partei wurden vom Tiroler Gemeindeverband übernommen. Dieser hat die gesamte Stammeinlage der mitbeteiligten Partei einbezahlt. Der Tiroler Gemeindeverband hat darüber hinaus Nachschüsse und Zuschüsse an die mitbeteiligte Partei geleistet. Der Tiroler Gemeindeverband als öffentlicher Auftraggeber hat somit nicht nur überwiegend, sondern zur Gänze die mitbeteiligte Partei finanziert.

Darüber hinaus wird die mitbeteiligte Partei insofern vom Tiroler Gemeindeverband als öffentlicher Auftraggeber geleitet und beaufsichtigt, als der Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei vom Tiroler Gemeindeverband bestellt und abberufen werden kann. Dem Geschäftsführer können nach den Bestimmungen des GmbH-Gesetzes auch Weisungen erteilt werden, der Tiroler Gemeindeverband kann somit die mitbeteiligte Partei leiten und beaufsichtigen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die mitbeteiligte Partei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG ist. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die mitbeteiligte Partei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist.

7.2 D Dienstleistungs GmbH als zentrale Beschaffungsstelle:

Gem § 2 Z 48 BVergG ist zentrale Beschaffungsstelle ein öffentlicher Auftraggeber gemäß den §§ 3 Abs 1 und 164 bzw. ein öffentlicher Auftraggeber eines anderen Mitgliedsstaates der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens, der in diesen Rechtsvorschriften enthaltenen Anforderungen erfüllt, der Gem Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG ist zentrale Beschaffungsstelle ein öffentlicher Auftraggeber gemäß den Paragraphen 3, Absatz eins und 164 bzw. ein öffentlicher Auftraggeber eines anderen Mitgliedsstaates der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens, der in diesen Rechtsvorschriften enthaltenen Anforderungen erfüllt, der

- a. für Auftraggeber bestimmte Waren- oder Dienstleistungen erwirbt oder
- b. für Auftraggeber Aufträge vergibt oder für Auftraggeber Rahmenvereinbarungen über Bau-, Liefer- und Dienstleistungen abschließt.

§ 10 Z 14 und 15 BVergG nehmen sowohl Beschaffungen von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle, als auch die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle durch öffentliche Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber aus, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen des zweiten Teiles dieses Bundesgesetzes einhält. Konkret bedeutet dies, dass die zentrale Beschaffungsstelle entweder als „Großhändler“ oder als „Vermittler“ fungieren kann. Paragraph 10, Ziffer 14 und 15 BVergG nehmen sowohl Beschaffungen von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle, als auch die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle durch öffentliche Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber aus, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen des zweiten Teiles dieses Bundesgesetzes einhält. Konkret bedeutet dies, dass die zentrale Beschaffungsstelle entweder als „Großhändler“ oder als „Vermittler“ fungieren kann.

Gesellschaftszweck der mitbeteiligten Partei ist gem Punkt III. Abs 4 des Gesellschaftsvertrages wie folgt: Gesellschaftszweck der mitbeteiligten Partei ist gem Punkt römisch drei. Absatz 4, des Gesellschaftsvertrages wie folgt:

Weiterer Gegenstand des Unternehmens, das als zentrale Beschaffungsstelle iSd Bundesvergabegesetzes eingerichtet ist, ist einerseits der nachhaltige Erwerb bestimmter Waren und Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber und andererseits die nachhaltige Vergabe von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber beziehungsweise der nachhaltige Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträge für öffentliche Auftraggeber.

In ihrer Eigenschaft als Großhändler beschafft eine zentrale Beschaffungsstelle im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, als Vermittler wird sie im fremden Namen und auf fremde Rechnung tätig. Solche Tätigkeiten liegen hier mit der hier vorliegenden Beauftragung durch die Auftraggeberin an die mitbeteiligte Partei vor. Als vergebende Stelle vergibt die mitbeteiligte Partei Aufträge für die Auftraggeberin. Es liegt somit eine Kernaufgabe einer zentralen Beschaffungsstelle vor.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die mitbeteiligte Partei eine zentrale Beschaffungsstelle gem § 2 Z 48 BVergG ist. Die Auftraggeberin konnte somit die mitbeteiligte Partei auch direkt unter Berufung auf § 10 Z 14 f BVergG mit den gegenständlichen Leistungen beauftragen. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die mitbeteiligte Partei eine zentrale Beschaffungsstelle gem Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG ist. Die Auftraggeberin konnte somit die mitbeteiligte Partei auch direkt unter Berufung auf Paragraph 10, Ziffer 14, f BVergG mit den gegenständlichen Leistungen beauftragen.

Beweis:

? wie vor;

? Gemeindeverbandspräsident F F, pA Gemeindeamt W, Adresse, W;

? offenes Firmenbuch;

? Gesellschaftsvertrag der mitbeteiligten Partei;

? beim Firmenbuch des LG Y hinterlegte Jahresabschlüsse der Jahre 2010 bis 2013 der mitbeteiligten Partei;

? weitere Beweise vorbehalten.

8. Anträge

Aus den angeführten Gründen wird gestellt der

A N T R A G

den Feststellungsantrag als unzulässig zurückzuweisen, in eventu als unbegründet abzuweisen.

II. URKUNDENVORLAGErömisch zwei. URKUNDENVORLAGE

Unter einem legen Auftraggeberin und mitbeteiligte Partei nachstehende Urkunden vor: Beilage ./1 Angebot der mitbeteiligten Partei per E-Mail vom 11.02.2015

Beilage ./2 Protokoll der 41. Gemeinderatssitzung

Beilage ./3 Gesellschaftsvertrag der mitbeteiligten Partei

Beilage ./4 Jahresabschluss der mitbeteiligten Partei von 2010

Beilage ./5 Jahresabschluss der mitbeteiligten Partei von 2011

Beilage ./6 Jahresabschluss der mitbeteiligten Partei von 2012

Beilage ./7 Jahresabschluss der mitbeteiligten Partei von 2013“

Gemeinsam mit diesem Schriftsatz hat die Auftraggeberin Urkunden vorgelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

?

Angebot D (Beilage ./1)

?

Protokoll 40. Gemeinderatssitzung (Beilage ./2)

?

Jahresabschluss D 2011 (Beilage ./3)

?

Jahresabschluss D 2012 (Beilage ./4)

?

Jahresabschluss D 2013 (Beilage ./5)

Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 14.12.2015 hat die Antragstellerin weiters vorgebracht wie folgt:

„Wenn die Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei D einwenden, dass sie keine Tätigkeit gewerblicher Art ausüben würden, weil sie einen Bilanzverlust schreiben würden, ist dem entgegen zu halten, dass zum einen der Bilanzverlust als solcher kein Tatbestandsmerkmal ist für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit gewerblicher Art ist.

Konkret verhält es sich bei der D so, dass diese offenkundig Anlaufschwierigkeiten hatte und deswegen negative Bilanzzahlen geschrieben hat.

In der Ausgabe ** 2013 der Tiroler Gemeindezeitung wird ausdrücklich vom Geschäftsführer der D auf Seite ** die positive Entwicklung der D dargestellt, insbesondere weist der Geschäftsführer darauf hin, dass sich der Umsatz der D innerhalb von zwei Jahren verzehnfacht habe. Im Ergebnis ist die D jedenfalls gewerblich tätig, da sie sich nach den Kriterien Leistung, Effizienz und Wirtschaftlichkeit zu richten hat. Dies geht auch aus der politischen Diskussion rund um die D hervor. So wird beispielsweise in der Tiroler Tageszeitung am xx.xx.2012 vom Landesrat Mag. G festgehalten, dass die D wirtschaftlich agieren muss, dies unter der Headline „G stellt S wegen D Rute ins Fenster“. Gleich verhält sich die Kritik auch vom Präsidenten der Tiroler Wirtschaftskammer Dr. H H. Hier wird in einer Aussendung festgehalten, dass die D gut gemeint gewesen sei, aber gescheitert sei, dies auch mit dem Hinweis, dass sie wirtschaftlich tätig sein muss.

Wie sich aus dem bereits vorgelegten und im Antrag zitierten Gesellschaftsvertrag der D ergibt, hat die D keinen Anspruch auf Nachschüsse seitens ihrer Alleingesellschafterin, dem Tiroler Gemeindeverband. Explizit wird im Gesellschaftsvertrag auch von der Verwendung des Jahresgewinnes gesprochen, ebenso wie darüber, dass ein Auflösungsgrund für die D die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft ist.

Aus alledem ergibt sich, dass die D kein öffentlicher Auftraggeber ist.

Zudem sind die von der D angebotenen Leistungen keine Leistungen, die im Allgemeininteresse im Sinne des § 3 Bundesvergabegesetz liegen; - im Gegenteil, diese Leistungen werden auf einem konkurrenzierenden Markt von privaten Anbietern ebenso angeboten. Dazu gehören diverse Anwaltskanzleien wie zB die Antragstellerin, aber auch technische Büros und Unternehmensberatungen. Es handelt sich dabei somit um einen entwickelten Wettbewerb und fehlt auch schon hier somit das Tatbestandsmerkmal, dass diese Aufgaben im Allgemeininteresse liegen. Zudem sind die von der D angebotenen Leistungen keine Leistungen, die im Allgemeininteresse im Sinne des Paragraph 3, Bundesvergabegesetz liegen; - im Gegenteil, diese Leistungen werden auf einem konkurrenzierenden Markt von privaten Anbietern ebenso angeboten. Dazu gehören diverse Anwaltskanzleien wie zB die Antragstellerin, aber auch technische Büros und Unternehmensberatungen. Es handelt sich dabei somit um einen entwickelten Wettbewerb und fehlt auch schon hier somit das Tatbestandsmerkmal, dass diese Aufgaben im Allgemeininteresse liegen.

Durch den gegenständlichen Feststellungsantrag wird begehrt, dass die Auftraggeberin sich unzulässigerweise auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 15 Bundesvergabegesetz beruft, indem sie die verfahrensgegenständliche Leistung an die D als zentrale Beschaffungsstelle vergeben hat. Würde man nunmehr dem Einwand der Auftraggeberin folgen, dass das Tiroler Landesverwaltungsgericht keine Prüfungskompetenz bzw Feststellungskompetenz darüber habe, dass ein Ausnahmetatbestand vorliegt, so würde die Leistungsvergabe der Auftraggeberin einer vergaberechtlichen Kontrolle entzogen werden. Die Auftraggeberin ist als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs 1 Bundesvergabegesetz zu qualifizieren und unterliegen die vergebenen Dienstleistungen dem Vergaberegime des Bundesvergabegesetzes sowie den einschlägigen europäischen Vergaberichtlinien. Durch den gegenständlichen Feststellungsantrag wird begehrt, dass die Auftraggeberin sich unzulässigerweise auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, Ziffer 15, Bundesvergabegesetz beruft, indem sie die verfahrensgegenständliche Leistung an die D als zentrale Beschaffungsstelle vergeben hat. Würde man nunmehr dem Einwand der Auftraggeberin folgen, dass das Tiroler Landesverwaltungsgericht keine Prüfungskompetenz bzw Feststellungskompetenz darüber habe, dass ein Ausnahmetatbestand vorliegt, so würde die Leistungsvergabe der Auftraggeberin einer vergaberechtlichen Kontrolle entzogen werden. Die Auftraggeberin ist als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Bundesvergabegesetz zu qualifizieren und unterliegen die vergebenen Dienstleistungen dem Vergaberegime des Bundesvergabegesetzes sowie den einschlägigen europäischen Vergaberichtlinien.

Sämtliche entgeltlichen Beschaffungsvorgänge der Auftraggeberin unterliegen somit auch der Vergabekontrolle des Tiroler Landesverwaltungsgerichts. Somit ist die Auslegung der Prüfkompentenz des Landesverwaltungsgerichts Tirol nur so auszulegen, dass auch der gegenständliche Feststellungsantrag zulässig ist.

Aus dem Jahresabschluss der Firma D vom 31.12.2014 ergibt sich, dass der Bilanzverlust massiv abgebaut wird und somit nachweislich die D ihre Anlaufschwierigkeiten offenkundig überwunden hat und sich gewinnorientiert, jedenfalls aber leistungswirtschaftlich orientiert am Markt bewegt.“

Anlässlich der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin weiters Urkunden vorgelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

?

Tiroler Gemeindezeitung ** 2013 (Beilage ./L)

?

Artikel aus der Tiroler Tageszeitung vom xx.xx.2012 (Beilage ./M)

?

Aussendung des Wirtschaftsbundes Österreich/H H, welcher zeitlich mit dem Artikel der TT in Beilage ./M zusammenhängt (Beilage ./N).

?

Jahresabschluss der D 2014 (Beilage ./O)

?

Artikel auf der Rundschau Oberländer Wochenzeitung vom xx.xx.2013 (Beilage ./P)

?

Leistungsbild von der Homepage der D, diese selbst betreffend (Beilage ./Q)

?

Referatsunterlage der D vom 23.01.2013, Seiten 1 und 2 und 45 bis 50 (Beilage ./R)

Weiters hat die Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei das Vorbringen der Antragstellerin bestritten und ihrerseits nachfolgende Urkunde vorgelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurde:

?

Jahresabschluss D 2010 (Beilage ./6)

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den Akt des Landesverwaltungsgerichts, insbesondere in die vorgelegten Urkunden und durch Einvernahme von Bürgermeister E E und Herrn B B als Parteien sowie von Frau Mag. D D als Zeugin. Auf die Einvernahme von RA Dr. A A wurde einvernehmlich verzichtet.

Nachfolgender Sachverhalt steht aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens fest:

Die Gemeinde X beabsichtigte, Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Beschaffungsvorgang „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“, bei dem es sich um einen Kinderspielplatz und Ballspielplatz handelt, zur Begleitung des Vergabeverfahrens in Anspruch zu nehmen. Die Gemeinde römisch zehn beabsichtigte, Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Beschaffungsvorgang „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“, bei dem es sich um einen Kinderspielplatz und Ballspielplatz handelt, zur Begleitung des Vergabeverfahrens in Anspruch zu nehmen.

Da dem Bürgermeister der Gemeinde X aus verschiedenen Gelegenheiten, insbesondere Bürgermeisterkonferenzen, bekannt war, dass die D Dienstleistungs GmbH für Gemeinden Dienstleistungen erbringt, hat man sich als erstes an die mitbeteiligte Partei gewandt, um zu erfragen, ob diese die Begleitung des Vergabeverfahrens „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ für die Gemeinde X übernehmen würde. Dabei ging man zunächst davon aus, dass die mitbeteiligte Partei ihre Dienstleistungen für die Gemeinde X möglicherweise kostenlos erbringen würde, was jedoch tatsächlich nicht der Fall war. Die mitbeteiligte Partei unterbreitete der Auftraggeberin das Angebot, die Vergabebegleitung, insbesondere die Vornahme der Ausschreibung und die weitere Abwicklung des Vergabeverfahrens bis zum Zuschlag, für den Betrag von Euro 12.000,-- netto für die Gemeinde X zu erbringen. Da dem Bürgermeister der Gemeinde römisch zehn aus verschiedenen Gelegenheiten, insbesondere Bürgermeisterkonferenzen, bekannt war, dass die D Dienstleistungs GmbH für Gemeinden Dienstleistungen erbringt, hat man sich als erstes an die mitbeteiligte Partei gewandt, um zu erfragen, ob diese die Begleitung des Vergabeverfahrens „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ für die Gemeinde römisch zehn übernehmen würde. Dabei ging man zunächst davon aus, dass die mitbeteiligte Partei ihre Dienstleistungen für die Gemeinde römisch zehn möglicherweise kostenlos erbringen würde, was jedoch tatsächlich nicht der Fall war. Die mitbeteiligte Partei unterbreitete der Auftraggeberin das Angebot, die Vergabebegleitung, insbesondere die Vornahme der Ausschreibung und die weitere Abwicklung des Vergabeverfahrens bis zum Zuschlag, für den Betrag von Euro 12.000,-- netto für die Gemeinde römisch zehn zu erbringen.

Daraufhin hat der Gemeinderat der Gemeinde X in der 40. Gemeinderatssitzung vom 12.02.2015 einstimmig beschlossen, alternative Angebote einzuholen, um die Preisdifferenz zur mitbeteiligten Partei zu eruieren und parallel dazu Nachverhandlungen mit der mitbeteiligten Partei zu führen (Beweis: PV Bürgermeister E; Beilage ./2). In weiterer Folge wurde seitens der Gemeinde X bei verschiedenen anderen Anbietern- wie zB bei Ing. J J - angefragt, ob diese bereit wären, ein Angebot abzugeben, jedoch war keiner der Angefragten dazu bereit. In einer Nachverhandlung mit der mitbeteiligten Partei hat sich sodann ergeben, dass die mitbeteiligte Partei letztlich ihre Leistungen für den Betrag von Euro 11.000,-- netto angeboten hat. Daraufhin wurde in der 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 vom Gemeinderat einstimmig beschlossen, die mitbeteiligte Partei als Partner für die Begleitung der kommenden Vergabeverfahren zur Spiel- und Sportanlage auszuwählen. Festgehalten wurde auch, dass alternative Angebote nicht abgegeben worden seien (Beilage ./D). Daraufhin hat der Gemeinderat der Gemeinde römisch zehn in der 40. Gemeinderatssitzung vom 12.02.2015 einstimmig beschlossen, alternative Angebote einzuholen, um die Preisdifferenz zur mitbeteiligten Partei zu eruieren und parallel dazu Nachverhandlungen mit der mitbeteiligten Partei zu führen (Beweis: PV Bürgermeister E; Beilage ./2). In weiterer Folge wurde seitens der Gemeinde römisch zehn bei verschiedenen anderen Anbietern- wie zB bei Ing. J J - angefragt, ob diese bereit wären, ein Angebot abzugeben, jedoch war keiner der Angefragten dazu bereit. In einer Nachverhandlung mit der mitbeteiligten Partei hat sich sodann ergeben, dass die mitbeteiligte Partei letztlich ihre Leistungen für den Betrag von Euro 11.000,-- netto angeboten hat.

Daraufhin wurde in der 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 vom Gemeinderat einstimmig beschlossen, die mitbeteiligte Partei als Partner für die Begleitung der kommenden Vergabeverfahren zur Spiel- und Sportanlage auszuwählen. Festgehalten wurde auch, dass alternative Angebote nicht abgegeben worden seien (Beilage ./D).

Das geplante Bauvorhaben wird ca Euro 800.000,-- kosten und ist der Gemeinde X, insbesondere dem Bürgermeister, aus vergleichbaren früheren Bauverfahren bekannt gewesen, dass die Dienstleistung der Durchführung eines Vergabeverfahrens üblicherweise ein mehrfaches des Betrages von Euro 11.000,-- beträgt. Der Gemeinde X ging es bei der Auswahl, wer das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ begleiten und durchführen soll, nicht darum, dass dies eine zentrale Beschaffungsstelle sein muss, sondern lediglich insgesamt darum, dass nicht die Gemeinde X selbst das Vergabeverfahren durchführen muss. Seitens der mitbeteiligten Partei wurde auch nicht in den Verhandlungen explizit darauf hingewiesen, dass die Dienstleistung als zentrale Beschaffungsstelle angeboten würde (PV Bürgermeister E; ZV Mag. M). Die mitbeteiligte Partei ist Inhaber des Gewerbes „Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation gemäß § 94 Z 74 GeVO 1994“ zur GISA-Zahl **** (vormals Gewerberegisternummer ****) und überdies Inhaberin des Gewerbes mit dem Gewerbewortlaut „Handelsagenten“ (Beilage ./G). Da dem Bürgermeister der Gemeinde X bekannt war, dass der Auftragswert für die Beauftragung mit der Dienstleistung der Abwicklung des Vergabeverfahrens „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ unter dem Betrag von Euro 100.000,-- liegt, war es seitens des Bürgermeisters der Gemeinde X so, dass er davon ausging, den gegenständlichen Zuschlag ohne weiteres erteilen zu können (PV Bürgermeister E). Ein Vergabecontrolling (begleitende Qualitätskontrolle) oder die Einforderung von Gewährleistung wird von der mitbeteiligten Partei nicht vorgenommen (ZV B B, ZV Mag. M). Das geplante Bauvorhaben wird ca Euro 800.000,-- kosten und ist der Gemeinde römisch zehn, insbesondere dem Bürgermeister, aus vergleichbaren früheren Bauverfahren bekannt gewesen, dass die Dienstleistung der Durchführung eines Vergabeverfahrens üblicherweise ein mehrfaches des Betrages von Euro 11.000,-- beträgt. Der Gemeinde römisch zehn ging es bei der Auswahl, wer das Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ begleiten und durchführen soll, nicht darum, dass dies eine zentrale Beschaffungsstelle sein muss, sondern lediglich insgesamt darum, dass nicht die Gemeinde römisch zehn selbst das Vergabeverfahren durchführen muss. Seitens der mitbeteiligten Partei wurde auch nicht in den Verhandlungen explizit darauf hingewiesen, dass die Dienstleistung als zentrale Beschaffungsstelle angeboten würde (PV Bürgermeister E; ZV Mag. M). Die mitbeteiligte Partei ist Inhaber des Gewerbes „Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation gemäß Paragraph 94, Ziffer 74, GeVO 1994“ zur GISA-Zahl **** (vormals Gewerberegisternummer ****) und überdies Inhaberin des Gewerbes mit dem Gewerbewortlaut „Handelsagenten“ (Beilage ./G). Da dem Bürgermeister der Gemeinde römisch zehn bekannt war, dass der Auftragswert für die Beauftragung mit der Dienstleistung der Abwicklung des Vergabeverfahrens „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ unter dem Betrag von Euro 100.000,-- liegt, war es seitens des Bürgermeisters der Gemeinde römisch zehn so, dass er davon ausging, den gegenständlichen Zuschlag ohne weiteres erteilen zu können (PV Bürgermeister E). Ein Vergabecontrolling (begleitende Qualitätskontrolle) oder die Einforderung von Gewährleistung wird von der mitbeteiligten Partei nicht vorgenommen (ZV B B, ZV Mag. M).

Mit E-Mail vom 11.02.2015 (Beilage ./1) hat die mitbeteiligte Partei der Auftraggeberin gegenüber ihr Angebot unterbreitet. Aus diesem Angebot ergibt sich, dass aus Sicht der mitbeteiligten Partei voraussichtlich drei Vergabeverfahren notwendig sind und folgende Leistungen angeboten werden:

„Ausschreibungen: Wahl der Verfahrensart, Erstellung der Vergabebedingungen, Vertragsbestimmung, Abstimmung mit den Fachplanern; Bekanntmachung; Ausgabe Ausschreibungsunterlagen; eventuell Fragebeantwortungen, Berichtigungen; Angebotsöffnung; Angebotsprüfung; Vergabevorschlag; Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung; Vertragserstellung; sowie eventuell notwendige Direktvergaben: Einholung von unverbindlichen Preisauskünften; Vergabevorschlag; Vertragserstellung.“

Seitens der mitbeteiligten Partei wird jeweils – auch für den Schlussbrief – ein Vorschlag für die Gemeinde vorgefertigt, wobei die endgültige Umsetzung und die Vertragsdurchführung jedoch jeweils von der Auftraggeberin vorzunehmen ist. Diese hat auch die entsprechenden Beschlüsse zu fassen. Wenn im Angebotsschreiben (Beilage ./1) weiters ausgeführt ist, dass „zusätzlich weiterführende Projektbegleitung bis zur Einweihung mit Unterstützung in der Öffentlichkeitsarbeit, Unterstützung für Gemeinderatssitzungen, Förderberatung und –abwicklung, etc bei Bedarf“ angeboten werde, versteht die mitbeteiligte Partei dies so, dass sie die Auftraggeberin nach Abwicklung der notwendigen Vergabeverfahren nicht allein lassen will, sondern allfällige weitere Unterstützung anbietet und der

Auftraggeberin vermitteln möchte, dass sie von der mitbeteiligten Partei auch im Zusammenhang mit den Vergabeverfahren weiter betreut wird und sich bei Fragen an diese wenden kann; „Anwaltsleistungen wie zB die Einforderung von Gewährleistung werden von der mitbeteiligten Partei nicht erbracht (ZV Mag. M; PV B B).

In der Folge wurde seitens Frau Mag. M die Veröffentlichung im Boten für Tirol vom xx.xx.2015, Nr **8, betreffend Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung in Auftrag gegeben, wobei die Formulierung „Vergebende Stelle: D Dienstleistungs GmbH, Adresse, Y, als zentrale Beschaffungsstelle“ die übliche von Frau Mag. M gewählte Bezeichnung darstellt und diese Textierung auch so ohne Rücksprache mit der Gemeinde X von ihr gewählt wurde (Beilage ./C, ZV Mag. M). Einziger Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH ist der Tiroler Gemeindeverband (Beilage ./F), wobei die Gemeinde X Mitglied des Tiroler Gemeindeverbandes ist (PV Bürgermeister E). Der Tiroler Gemeindeverband ist ein gemeinnütziger Verein (Beilage ./K). In der Folge wurde seitens Frau Mag. M die Veröffentlichung im Boten für Tirol vom xx.xx.2015, Nr **8, betreffend Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung in Auftrag gegeben, wobei die Formulierung „Vergebende Stelle: D Dienstleistungs GmbH, Adresse, Y, als zentrale Beschaffungsstelle“ die übliche von Frau Mag. M gewählte Bezeichnung darstellt und diese Textierung auch so ohne Rücksprache mit der Gemeinde römisch zehn von ihr gewählt wurde (Beilage ./C, ZV Mag. M). Einziger Gesellschafter der D Dienstleistungs GmbH ist der Tiroler Gemeindeverband (Beilage ./F), wobei die Gemeinde römisch zehn Mitglied des Tiroler Gemeindeverbandes ist (PV Bürgermeister E). Der Tiroler Gemeindeverband ist ein gemeinnütziger Verein (Beilage ./K).

Diese Feststellungen konnten in unbedenklicher Weise aufgrund der jeweils in Klammer angeführten Beweismittel getroffen werden. Die Zeugin Mag. M hat im Übrigen angegeben, dass seitens der Gemeinde X schon vor zwei Jahren der Plan der Errichtung eines Spiel- und Sportareals entstanden ist und sich die Gemeinde X an die mitbeteiligte Partei gewandt habe, um zu erfahren, ob diese die gegenständlichen Dienstleistungen für die Gemeinde X erbringen könne. Nachdem die mitbeteiligte Partei ihr Angebot (Beilage ./1) gelegt hat, wurde die mitbeteiligte Partei von der Auftraggeberin dahingehend informiert, dass man noch weitere Angebote einholen wolle. In der Folge kam es – wie zuvor ausgeführt – bei einer Nachverhandlung zu einer Preisreduktion durch die mitbeteiligte Partei hinsichtlich ihres Angebots auf Euro 11.000,-- netto. Diese Feststellungen konnten in unbedenklicher Weise aufgrund der jeweils in Klammer angeführten Beweismittel getroffen werden. Die Zeugin Mag. M hat im Übrigen angegeben, dass seitens der Gemeinde römisch zehn schon vor zwei Jahren der Plan der Errichtung eines Spiel- und Sportareals entstanden ist und sich die Gemeinde römisch zehn an die mitbeteiligte Partei gewandt habe, um zu erfahren, ob diese die gegenständlichen Dienstleistungen für die Gemeinde römisch zehn erbringen könne. Nachdem die mitbeteiligte Partei ihr Angebot (Beilage ./1) gelegt hat, wurde die mitbeteiligte Partei von der Auftraggeberin dahingehend informiert, dass man noch weitere Angebote einholen wolle. In der Folge kam es – wie zuvor ausgeführt – bei einer Nachverhandlung zu einer Preisreduktion durch die mitbeteiligte Partei hinsichtlich ihres Angebots auf Euro 11.000,-- netto.

Il.römisch zwei.

Rechtslage:

Die wesentlichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006, BGBl I Nr 17/2006 idF BGBl I Nr 128/2013, lauten: Die wesentlichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 128 aus 2013,, lauten:

„Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen

§ 25.Paragraph 25,

(...)

1. (10) Absatz 10, Bei der Direktvergabe wird eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

(...)

Direktvergabe

§ 41.Paragraph 41,

1. (1) Absatz eins, Für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe gelten ausschließlich der 1. Teil, die §§ 3 Abs. 1, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 bis 4, 25 Abs. 10, 42 Abs. 2, 87a, 99a, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Abs. 2 bis 4. Für die Vergabe von Aufträgen durch

Auftraggeber im Wege der Direktvergabe gelten ausschließlich der 1. Teil, die Paragraphen 3, Absatz eins, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Absatz eins, 19, Absatz eins bis 4, 25 Absatz 10, 42, Absatz 2, 87 a, 99 a,, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Absatz 2 bis 4,

2. (2) Absatz 2, Eine Direktvergabe ist nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht.
3. (3) Absatz 3, Die bei der Durchführung einer Direktvergabe gegebenenfalls eingeholten Angebote oder unverbindlichen Preisauskünfte sind entsprechend zu dokumentieren.
4. (4) Absatz 4, Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters muss spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen. An Unternehmer, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder die sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen, können jedoch Aufträge im Wege der Direktvergabe vergeben werden, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht.

Öffentliche Auftraggeber und sonstige zur Anwendung von Bestimmungen

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

§ 3. Paragraph 3,

1. (1) Absatz eins, 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
 1. a) Litera a
zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
 2. b) Litera b
zumindest teilrechtsfähig sind und
 3. 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 Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, überwiegend 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 Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind,
 3. 3. Ziffer 3
Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder 2 bestehen.

...“

Die wesentlichen Bestimmungen des Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes 2006, LGBl Nr 17/2010 idF LGBl Nr 130/2013, lauten: Die wesentlichen Bestimmungen des Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes 2006, Landesgesetzblatt Nr 17 aus 2010, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr 130 aus 2013,, lauten:

„§ 14 Einleitung des Verfahrens

1. (1) Absatz eins, Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass
 1. 1. Ziffer eins
der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt

wurde oder

2. 2.Ziffer 2

die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war oder

3. 3.Ziffer 3

die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach § 131 bzw. § 272 des Bundesvergabegesetzes 2006 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war oder die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 131, bzw. Paragraph 272, des Bundesvergabegesetzes 2006 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war oder

4. 4.Ziffer 4

der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 4 bis 6, § 158 Abs. 2 bis 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 des Bundesvergabegesetzes 2006 rechtswidrig war oder der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 152, Absatz 4 bis 6, Paragraph 158, Absatz 2 bis 5 oder Paragraph 290, Absatz 2 bis 5 des Bundesvergabegesetzes 2006 rechtswidrig war oder

5. 5.Ziffer 5

die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen nach Z 1 bis 4 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung nach Z 1 kann der Auftraggeber die Feststellung beantragen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine reelle Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung nach Z 2 bis 4 kann der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung aufzuheben. Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen nach Ziffer eins bis 4 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung nach Ziffer eins, kann der Auftraggeber die Feststellung beantragen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine reelle Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung nach Ziffer 2 bis 4 kann der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung aufzuheben.

...

§ 19 Paragraph 19 Gebühren, Gebührenersatz

1. (1) Absatz eins, Für Anträge nach den §§ 5 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 14 Abs. 1 hat der Antragsteller bei der Einbringung des Antrages eine Gebühr zu entrichten, deren Höhe sich nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Für Anträge nach den Paragraphen 5, Absatz eins, 11, Absatz eins und 14 Absatz eins, hat der Antragsteller bei der Einbringung des Antrages eine Gebühr zu entrichten, deren Höhe sich nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet.
2. (2) Absatz 2, Die Landesregierung hat die Gebühren nach Abs. 1 durch Verordnung entsprechend dem mit der Durchführung dieser Verfahren verbundenen Aufwand in Pauschbeträgen festzusetzen. Dabei sind die hierfür erforderlichen Organe, die für die Vorbereitung und Durchführung der Verfahren erforderliche Zeit und die durchschnittlich anfallenden Auslagen zu berücksichtigen und ist vorzusehen, dass Bieter- und Arbeitsgemeinschaften die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten haben, sowie dass für einen Antrag, der sich lediglich auf die Vergabe eines Loses bezieht, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert nach den §§ 12 und 180 des Bundesvergabegesetzes 2006 nicht erreicht, nur die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten ist. Die Landesregierung hat die Gebühren nach Absatz eins, durch Verordnung entsprechend dem mit der Durchführung dieser Verfahren verbundenen Aufwand in Pauschbeträgen festzusetzen. Dabei sind die hierfür erforderlichen Organe, die für die

Vorbereitung und Durchführung der Verfahren erforderliche Zeit und die durchschnittlich anfallenden Auslagen zu berücksichtigen und ist vorzusehen, dass Bieter- und Arbeitsgemeinschaften die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten haben, sowie dass für einen Antrag, der sich lediglich auf die Vergabe eines Loses bezieht, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert nach den Paragraphen 12 und 180 des Bundesvergabegesetzes 2006 nicht erreicht, nur die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten ist.

...

3. (5) Absatz 5, Der vor dem Landesverwaltungsgericht gänzlich oder zumindest teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz der von ihm nach Abs. 1 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner (Gebührenersatz). Der Antragsteller hat auch Anspruch auf Gebührenersatz, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Das Landesverwaltungsgericht hat über den Gebührenersatz in seiner Entscheidung abzusprechen. Der vor dem Landesverwaltungsgericht gänzlich oder zumindest teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz der von ihm nach Absatz eins, entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner (Gebührenersatz). Der Antragsteller hat auch Anspruch auf Gebührenersatz, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Das Landesverwaltungsgericht hat über den Gebührenersatz in seiner Entscheidung abzusprechen.

..."

III. römisch drei.

Erwägungen:

Die Auftraggeberin ist öffentlicher Auftraggeber nach § 3 Abs 1 BVergG 2006. Die Auftraggeberin ist öffentlicher Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass die Auftraggeberin plante, die Dienstleistung für die Durchführung des Vergabeverfahrens „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ und die Begleitung dieses Verfahrens zu vergeben, wobei sie sich diesbezüglich zunächst an die mitbeteiligte Partei wandte. Da das Angebot der mitbeteiligten Partei ihr jedoch preislich zunächst zu hoch war, wurden auch noch weitere Angebote eingeholt und hat die Auftraggeberin letztlich aufgrund von Nachverhandlungen und einer dadurch erzielten Preisreduktion den Zuschlag der mitbeteiligten Partei erteilt. Daraus ergibt sich jedoch eindeutig, dass die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren durchgeführt hat, wobei es sich dabei um eine Direktvergabe nach § 41 BVergG 2006 handelte. Aus den Feststellungen ergibt sich, dass die Auftraggeberin plante, die Dienstleistung für die Durchführung des Vergabeverfahrens „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ und die Begleitung dieses Verfahrens zu vergeben, wobei sie sich diesbezüglich zunächst an die mitbeteiligte Partei wandte. Da das Angebot der mitbeteiligten Partei ihr jedoch preislich zunächst zu hoch war, wurden auch noch weitere Angebote eingeholt und hat die Auftraggeberin letztlich aufgrund von Nachverhandlungen und einer dadurch erzielten Preisreduktion den Zuschlag der mitbeteiligten Partei erteilt. Daraus ergibt sich jedoch eindeutig, dass die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren durchgeführt hat, wobei es sich dabei um eine Direktvergabe nach Paragraph 41, BVergG 2006 handelte.

Gemäß § 25 Abs 10 BVergG wird bei der Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Dadurch, dass die Auftraggeberin die von ihr gewünschte Dienstleistung nicht nur bei der mitbeteiligten Partei angefragt hat, sondern auch weitere Angebote eingeholt hat, hat sie erkennbar eine Direktvergabe durchgeführt. Dies hat auch der Bürgermeister der Auftraggeberin insofern bestätigt, als er angegeben hat, unter dem Schwellenwert von Euro 100.000,-- der Überzeugung gewesen zu sein, man könne der mitbeteiligten Partei den Zuschlag erteilen und es nicht nötig sei, weitere Angebote – über die bereits eingeholten hinaus – einzuholen. Gemäß Paragraph 25, Absatz 10, BVergG wird bei der Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Dadurch, dass die Auftraggeberin die von ihr gewünschte Dienstleistung nicht nur bei der mitbeteiligten Partei angefragt hat, sondern auch weitere Angebote eingeholt hat, hat sie erkennbar eine Direktvergabe durchgeführt. Dies hat auch der Bürgermeister der Auftraggeberin insofern bestätigt, als er angegeben hat, unter dem Schwellenwert von Euro 100.000,-- der Überzeugung gewesen zu sein, man könne der mitbeteiligten Partei den Zuschlag erteilen und es nicht nötig sei, weitere Angebote – über die bereits eingeholten hinaus – einzuholen.

Daraus ergibt sich, dass die Auftraggeberin sich bei der diesbezüglichen Vergabe der Dienstleistung gerade nicht auf einen Ausnahmetatbestand nach § 10 Z 14 oder Z 15 BVergG 2006 gestützt hat. Nach diesen Bestimmungen gilt das BVergG 2006 nicht für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle bzw für die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle durch Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber, sofern jeweils die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung die Bestimmungen des zweiten Teils des BVergG 2006 selbst einhält. Daraus ergibt sich, dass die Auftraggeberin sich bei der diesbezüglichen Vergabe der Dienstleistung gerade nicht auf einen Ausnahmetatbestand nach Paragraph 10, Ziffer 14, oder Ziffer 15, BVergG 2006 gestützt hat. Nach diesen Bestimmungen gilt das BVergG 2006 nicht für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle bzw für die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle durch Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber, sofern jeweils die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung die Bestimmungen des zweiten Teils des BVergG 2006 selbst einhält.

Die Auftraggeberin hat sohin die Beauftrag der mitbeteiligten Partei nicht ohne Anwendung des BVergG 2006 vorgenommen und hat sich insbesondere nicht auf einen Ausnahmetatbestand nach § 10 Z 14 oder Z 15 BVergG 2006 bezogen, sondern hat vielmehr ein Vergabeverfahren, nämlich eine Direktvergabe, nach § 41 BVergG 2006 vorgenommen. Die Auftraggeberin hat sohin die Beauftrag der mitbeteiligten Partei nicht ohne Anwendung des BVergG 2006 vorgenommen und hat sich insbesondere nicht auf einen Ausnahmetatbestand nach Paragraph 10, Ziffer 14, oder Ziffer 15, BVergG 2006 bezogen, sondern hat vielmehr ein Vergabeverfahren, nämlich eine Direktvergabe, nach Paragraph 41, BVergG 2006 vorgenommen.

Die Antragstellerin hat selbst vorgebracht, dass die verfahrensgegenständliche Dienstleistung typischerweise eine Aufgabe ist, die von Dienstleistern am freien Markt - wie ua Unternehmensberatern - erbracht wird. Da die mitbeteiligte Partei die Gewerbeberechtigung für „Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation gemäß § 94 Z 74 GewO 1994“ besitzt, durfte ihr jedenfalls der Zuschlag erteilt werden. Die Antragstellerin hat selbst vorgebracht, dass die verfahrensgegenständliche Dienstleistung typischerweise eine Aufgabe ist, die von Dienstleistern am freien Markt - wie ua Unternehmensberatern - erbracht wird. Da die mitbeteiligte Partei die Gewerbeberechtigung für „Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation gemäß Paragraph 94, Ziffer 74, GewO 1994“ besitzt, durfte ihr jedenfalls der Zuschlag erteilt werden.

Dass in weiterer Folge im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren „Bauleistungen für das Spiel- und Sportareal X“ im Boten für Tirol die durch die angesprochene Direktvergabe nunmehr mit der Dienstleistung der Abwicklung des Vergabeverfahrens betraute mitbeteiligte Partei sich selbst als „vergebende Stelle“ und als „zentrale Beschaffungsstelle“ bezeichnet, ist im gegenständlichen Zusammenhang unerheblich. Die Erteilung des Zuschlags an die mitbeteiligte Partei aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses in der 41. Gemeinderatssitzung vom 26.03.2015 erfolgte eindeutig nicht unter Bezugnahme auf einen Ausnahmetatbestand vom BVergG 2006, sondern nach Durchführung eines Direktvergabeverfahrens.

Damit erweist sich jedoch der Feststellungsantrag vom 04.08.2015 als nicht begründet.

Zum Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren ist auszuführen, dass nach § 19 Abs 5 TVergNG 2006 ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr nur für denjenigen Antragsteller besteht, der zumindest teilweise obsiegt hat. Da im gegenständlichen Fall die Antragstellerin mit ihrem Begehren nicht erfolgreich war, war der Anspruch auf Gebührenersatz als unbegründet abzuweisen. Zum Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren ist auszuführen, dass nach Paragraph 19, Absatz 5, TVergNG 2006 ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr nur für denjenigen Antragsteller besteht, der zumindest teilweise obsiegt hat. Da im gegenständlichen Fall die Antragstellerin mit ihrem Begehren nicht erfolgreich war, war der Anspruch auf Gebührenersatz als unbegründet abzuweisen.

IV.römisch vier.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

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

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Volker-Georg Wurdinger

(Richter)

Schlagworte

Ausschreibungsgegenstand; Dienstleistungen im Rahmen des Beschaffungsvorganges; Direktvergabe; Gemeinde; Zuschlagsentscheidung zulässig; Feststellungsantrag als unbegründet abgewiesen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2015:LVwG.2015.S2.1888.8

Zuletzt aktualisiert am

03.03.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at