

TE Uvs Bescheid 2006/8/31 KUVS-1952/37/2005

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.08.2006

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72002 Beschaffung Vergabe Kärnten

Norm

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2 lit a

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2 lit b

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2 lit c

BVergG 2002 §8

BVergG 2006 §345 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs2

LVergRG Krnt 2003 §3

LVergRG Krnt 2003 §13

LVergRG Krnt 2003 §14 Abs2

LVergRG Krnt 2003 §18 Abs1

LVergRG Krnt 2003 §21 Abs4

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten hat durch sein Senatsmitglied xxx über den Antrag der xxx GmbH, xxx, xx, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. xxx, xxx, xxx, der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten wolle feststellen, dass im Vergabeverfahren des xxx, xxx, xxx, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. xxx, xxx, xxx, zur Vergabe der Bauarbeiten für den Kunstrasenplatz, die Vergrößerung der Hauptspielfläche, einer Flutlichtanlage und einer automatischen Bewässerungsanlage, im xxx, wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde und a) dass die Wahl des Verfahrens „Direktvergabe“ nicht zurecht erfolgt sei und b) die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers für nichtig erklärt wird, nach durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlungen, gemäß § 6 Abs. 1 und Abs. 3 iVm § 18 Abs. 1 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz – K-VergRG, LGBl Nr. 17/2003, wie folgt erkannt: Der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten hat durch sein Senatsmitglied xxx über den Antrag der xxx GmbH, xxx, xx, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. xxx, xxx, xxx, der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten wolle feststellen, dass im Vergabeverfahren des xxx, xxx, xxx, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. xxx, xxx, xxx, zur Vergabe der Bauarbeiten für den Kunstrasenplatz, die Vergrößerung der Hauptspielfläche, einer Flutlichtanlage und einer automatischen Bewässerungsanlage, im xxx, wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde und a) dass die Wahl des Verfahrens „Direktvergabe“ nicht zurecht erfolgt sei und b) die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers für nichtig erklärt wird, nach durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlungen, gemäß Paragraph 6, Absatz eins und Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 18, Absatz eins, Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz – K-VergRG, Landesgesetzblatt Nr. 17 aus 2003,, wie folgt erkannt:

I. Die Anträge der xxx GmbH werden mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen römisch eins. Die Anträge der xxx GmbH werden mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen

zurückgewiesen.

II. Das Kostenbegehren der xxx GmbH wird gemäß § 21 Abs. 4 K-VergRG römisch zwei. Das Kostenbegehren der xxx GmbH wird gemäß Paragraph 21, Absatz 4, K-VergRG

abgewiesen.

Text

Begründung:

Am 14.12.2005 ist beim Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten per Telefax ein Antrag der xxx GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens hinsichtlich der Vergabe eines näher bezeichneten Bauauftrages durch xxx (im Folgenden: Antragsgegner) eingelangt. Der bezug habende Antrag lautet:

„1. In außen bezeichneter Vergaberechtssache hat die ASt RA Dr. xxx Vollmacht erteilt und ersucht dieser, das Vollmachtsverhältnis dortamtlich zur Kenntnis zu nehmen. Der einschreitende Rechtsanwalt beruft sich gemäß § 8 (1) RAO auf die ihm erteilte Vollmacht.“ „1. In außen bezeichneter Vergaberechtssache hat die ASt RA Dr. xxx Vollmacht erteilt und ersucht dieser, das Vollmachtsverhältnis dortamtlich zur Kenntnis zu nehmen. Der einschreitende Rechtsanwalt beruft sich gemäß Paragraph 8, (1) RAO auf die ihm erteilte Vollmacht.

2. Der ASt stellt den

ANTRAG

auf Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens, Nichtigserklärung und Feststellung gemäß § 6 (3) Z 1 und 3 KVRG auf Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens, Nichtigserklärung und Feststellung gemäß Paragraph 6, (3) Ziffer eins und 3 KVRG.

Angaben gemäß § 13 (1) KVRG: Angaben gemäß Paragraph 13, (1) KVRG:

1. Darstellung des Interesses am Vertragsabschluss:

1.1. Sachverhalt:

Der AG beabsichtigt, umfangreiche Bauarbeiten an seinem Stadion xxx durchführen zu lassen und zwar die Herstellung eines Kunstrasenplatzes, Vergrößerung der Hauptspielfläche, Herstellung einer Flutlichtanlage und einer automatischen Bewässerungsanlage.

Die voraussichtlichen Kosten der Arbeiten betragen rund EUR 566.000,00.

Die Hälfte davon wird vom xxx, der Rest von der xxx und vom AG sowie vom xxx finanziert.

Die ASt hat beim Obmann des AG ihr Interesse an diesen Arbeiten bekundet. Der AG hat ein intransparentes und bloß rudimentäres Vergabeverfahren, letztlich ein Verhandlungsverfahren mit Direktvergabe durchgeführt, ohne der ASt die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen oder ihr auch sonst im geringsten Gelegenheit zur Teilnahme an der Vergabe, insbesondere zur Angebotslegung zu geben.

Dies obwohl die ASt ihren Sitz in unmittelbarer Nähe des Bauvorhabens hat, befugt, leistungsfähig und zuverlässig ist, über die wirtschaftlichen und technischen Ressourcen zur Ausführung des Auftrages verfügt und bei gesetzmäßiger Vorgangsweise ein wirtschaftliches Angebot erstattet hätte, mit dem sie unter Berücksichtigung der gebotenen Teilnahmebedingungen (Ausschluss von unbefugten oder nicht ausreichend leistungsfähigen Auftragnehmern) Bestbieter gewesen wäre.

Die ASt wurde durch die gesetzwidrige Vorgangsweise trotz Interessenbekundung am Mitbieten gehindert und hat daher jedenfalls ein Interesse am Vertragsabschluss. Der GF der ASt hat im Frühjahr gegenüber dem Obmann des AG, Herrn xxx, sein Interesse an einer Teilnahme am V ergabeverfahren bekundet. Der Obmann hat ihm zugesagt, dass er zur Angebotslegung eingeladen wird. Die ASt wurde durch die gesetzwidrige Vorgangsweise trotz Interessenbekundung am Mitbieten gehindert und hat daher jedenfalls ein Interesse am Vertragsabschluss. Der GF der ASt hat im Frühjahr gegenüber dem Obmann des AG, Herrn xxx, sein Interesse an einer Teilnahme am römisch fünf ergabeverfahren bekundet. Der Obmann hat ihm zugesagt, dass er zur Angebotslegung eingeladen wird.

3. Angaben über den behaupteten eingetretenen Schaden für die ASt:

Die ASt wird vierfach geschädigt:

Zunächst wurde ihr jede Wettbewerbschance durch die Unterlassung des gesetzlich gebotenen offenen oder nicht offenen Verfahrens mit Bekanntmachung sowie Verweigerung der zugesagten Einladung zur Angebotslegung genommen.

In weiterer Folge wäre die Zuschlagserteilung an sie äußerst wahrscheinlich gewesen, weil sie als nächstgelegenes Unternehmen die geringsten Transportkosten hat und über die örtlichen Gegebenheiten bestens Bescheid weiß, sodass sie das wirtschaftlichste Angebot gelegt hätte.

Der ASt entgeht ein wichtiges Referenzbauvorhaben. Die ASt beabsichtigt, sich auch in Zukunft an Ausschreibungen der xxx des xxx und von anderen Ländern und Bundesdienststellen sowie der xxx zu beteiligen, wobei die Durchführung von Referenzarbeiten, wie der gegenständlichen, umfangreiche Sportplatzarbeiten wesentlich für die Darstellung einer entsprechenden Leistungsfähigkeit ist.

Der Nachteil aus der Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition bei zukünftigen Ausschreibungen kann in Geld gar nicht quantifiziert werden, ist aber jedenfalls erheblich.

Darüber hinaus erleidet die ASt einen Nachteil daraus, dass sie gerade jetzt in der Winterzeit freiwerdende Kapazitäten, die sie kostengünstig einsetzen hätte können, nicht zum Einsatz bringen kann.

Schließlich entgeht der ASt das Erfüllungsinteresse, dass sich etwa auf 15 % der Auftragssumme von EUR 566.000,00, das sind EUR 84.900,00 beläuft.

Dazu kommt der Aufschlag auf das bei diesem Vorhaben eingesetzte Material, in einer Höhe, die mangels genauer Kenntnis der Ausschreibungsmassen noch nicht angegeben werden kann.

Insgesamt ist ein erheblicher Schaden für die Antragstellerin eingetreten.

4. Bestimmte Bezeichnung des Rechtes in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet:

- -Strichaufzählung
Recht auf den Zuschlag.

- -Strichaufzählung
Recht auf Ausscheidung ungeeigneter Bieter.
- -Strichaufzählung
Recht auf Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit Bekanntmachung.
- -Strichaufzählung
Recht auf Teilnahme.
- -Strichaufzählung
Recht auf ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren.
- -Strichaufzählung
Recht auf Wahrung der vergabegesetzlichen Grundsätze des § 21 (1) Recht auf Wahrung der vergabegesetzlichen Grundsätze des Paragraph 21, (1)
BVerfG, namentlich auf umfassende Rechtsrichtigkeit des eingehaltenen Vergabeverfahrens unter Einhaltung des Diskriminierungsverbotes, der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter.
- -Strichaufzählung
Recht auf Ausschluss von Unternehmen, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren sowie mit diesen verbundenen Unternehmen.
- -Strichaufzählung
Recht auf fairen Wettbewerb.
- -Strichaufzählung
Recht auf Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung.
- -Strichaufzählung
Recht auf Bekanntgabe der Gründe für die Zuschlagsentscheidung.

5. Gründe auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt:

Zunächst ist voran zuschicken, dass der ASt der Sachverhalt nur teilweise bekannt ist. Der AG betreibt zur Bemäntelung seines Vergabeverstoßes eine strikte Geheimhaltungspolitik, die in offensichtlicher Missachtung seiner Mitwirkungspflichten, sodass gegebenenfalls im Säumniswege vom vorgetragenen Sachverhalt auszugehen ist.

Die ASt erfuhr davon, dass im Zuge der Fußballweltmeisterschaften auch in xxx Bauarbeiten im Sportstadionbereich des örtlichen Fußballclubs geplant waren.

Sie deponierte ihr Interesse und bewarb sich daraufhin beim Obmann der AG, Herrn xxx, der ihr die Einladung zur Angebotslegung ausdrücklich zusagte.

In weiterer Folge erfuhr sie nichts.

Es erschienen lediglich am 03.11.2005 in der xxx und am 09.11.2005 in der xxx die Zeitungsartikel (Beilage ./1 und ./2), aus denen hervorging, dass der Auftrag für die Errichtung eines Kunstrasenplatzes sowie der Vergrößerung der Hauptspielflächen der Flutlichtanlage und einer automatischen Bewässerungsanlage bereits vergeben ist.

Daraufhin verlangte ASt die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und ihrer Gründe mit Schreiben des ASt-Vertreters vom 30.11.2005 (Beilage ./3), auf welches Ersuchen sie jedoch bis dato ohne jede Antwort geblieben ist.

Auch ein Verfahren vor dem Ombudsmann für Vergabewesen, xxx ergab lediglich, dass der Bauherr, xxx, die Aufträge bereits vergeben hat.

Der AG ist eine Einrichtung die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Es handelt sich um einen gemeinnützigen Verein, der per se die Definition des § 7 (1) Z 2 a) des BVerfG erfüllt. Der AG ist eine Einrichtung die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im

Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Es handelt sich um einen gemeinnützigen Verein, der per se die Definition des Paragraph 7, (1) Ziffer 2, a) des BVergG erfüllt.

Der Verein ist auch rechtsfähig.

Schließlich wird der AG seit vielen Jahren ausschließlich, zumindest aber überwiegend durch das xxx und die xxx finanziert.

Der AG ist daher öffentlicher Auftraggeber im Sinn des § 7 (1) Z 2 b) BVergG. Der AG ist daher öffentlicher Auftraggeber im Sinn des Paragraph 7, (1) Ziffer 2, b) BVergG.

Handlungen, die den vergabegesetzlichen Bestimmungen widersprechen, sind demgemäß nichtig.

Außerdem liegt ein öffentlicher Bauauftrag im Sinn des § 8 (1) und (3) BVergG vor, weil das konkrete Bauvorhaben zu mehr als 50 % durch öffentliche Mittel gefördert wird und außerdem Bestandteil eines größeren Zusammenhanges, nämlich der Vergabe der Leistungen anlässlich der Europameisterschaft ist, wobei alle Werte zusammenzurechnen sind, zumal die Förderung gerade auch unter Bezugnahme auf die internationalen Sportereignisse bewilligt wurde. Außerdem liegt ein öffentlicher Bauauftrag im Sinn des Paragraph 8, (1) und (3) BVergG vor, weil das konkrete Bauvorhaben zu mehr als 50 % durch öffentliche Mittel gefördert wird und außerdem Bestandteil eines größeren Zusammenhanges, nämlich der Vergabe der Leistungen anlässlich der Europameisterschaft ist, wobei alle Werte zusammenzurechnen sind, zumal die Förderung gerade auch unter Bezugnahme auf die internationalen Sportereignisse bewilligt wurde.

6. Überdies erfordern, es die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, dass, wenn öffentliche Mittel im Ausmaß von EUR 566.000,00 verbaut werden, die vergabegesetzlichen Bestimmungen eingehalten werden.

Das xxx und die xxx hätten daher im Zuge der Erteilung der Förderung, mindestens aber im Förderungsvertrag, die Einhaltung vergabegesetzlichen Bestimmungen durch den AG sicherstellen müssen.

Wie zwischenzeitig, allerdings noch unbestätigt, in Erfahrung gebracht werden konnte, soll der Obmann Herr xxx, der selbst ein Unternehmen zur "Sportplatzpflege" und ein landwirtschaftliches Unternehmen betreibt, den Auftrag an sich selbst vergeben haben.

Dies wäre im Lichte des Wettbewerbsgrundsatzes aber auch des § 21 (3) BVergG krass rechtswidrig, weil er an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren, und unter Projektierung der Arbeiten maßgeblich beteiligt gewesen sein muss. Dies wäre im Lichte des Wettbewerbsgrundsatzes aber auch des Paragraph 21, (3) BVergG krass rechtswidrig, weil er an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren, und unter Projektierung der Arbeiten maßgeblich beteiligt gewesen sein muss.

Außerdem verfügt er nicht über die Gewerbeberechtigung zur Durchführung von Gärtnerarbeiten, wie den ausgeschriebenen Sportplatzgestaltungsarbeiten, die aber gerade in den Befugnisumfang und Erwerbszweig der ASt fallen.

Es liegt daher auch in erheblichem Ausmaß unlauterer Wettbewerb vor.

Das xxx und die Stadt xxx haften vergaberechtlich solidarisch für die Handlungen des AG, weil sie ihn nur vorgeschoben haben, und nicht darauf geachtet haben, dass ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren durchgeführt wird. Sie sind daher Beteiligte im Sinn des § 8 AVG, sodass ihnen im Hinblick auf die in Betracht kommende zivilrechtliche Haftung, Parteienstellung zukommt. Das xxx und die Stadt xxx haften vergaberechtlich solidarisch für die Handlungen des AG, weil sie ihn nur vorgeschoben haben, und nicht darauf geachtet haben, dass ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren durchgeführt wird. Sie sind daher Beteiligte im Sinn des Paragraph 8, AVG, sodass ihnen im Hinblick auf die in Betracht kommende zivilrechtliche Haftung, Parteienstellung zukommt.

Es ist anerkannt, dass sich die öffentliche Hand ihren vergabegesetzlichen Verpflichtungen nicht durch Zwischenschaltung Dritter entledigen kann. Vergaberechtlich ist daher das Handeln des AG auch dem xxx und der Stadt xxx zuzurechnen.

Nähere Angaben über Art und Ausmaß des erteilten Auftrages, kann die Antragsteller derzeit nicht machen, weil jede Veröffentlichung fehlt. Es handelt sich also um ein Vergabeverfahren des Antragsgegners zur Vergabe der Bauarbeiten bei seinem Kunstrasenplatz, zur Vergrößerung der Hauptspielfläche, der Flutlichtanlage sowie einer automatischen

Bewässerungsanlage.

Gemäß § 27 (1) Z 2 BVergG wäre eine Direktvergabe maximal bei einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer von bis zu EUR 20.000,00 zulässig. Gemäß Paragraph 27, (1) Ziffer 2, BVergG wäre eine Direktvergabe maximal bei einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer von bis zu EUR 20.000,00 zulässig.

Der AG hat bisher zwar eine Zuschlagsentscheidung gefasst, diese auch durch Zuschlagserteilung bereits vollstreckt, aber eine Mitteilung im Sinn des § 100 (1) und (2) BVergG nicht abgesandt. Der AG hat bisher zwar eine Zuschlagsentscheidung gefasst, diese auch durch Zuschlagserteilung bereits vollstreckt, aber eine Mitteilung im Sinn des Paragraph 100, (1) und (2) BVergG nicht abgesandt.

Geht man davon aus, dass über dem gesetzlichen Schwellenwert von EUR 20.000,00 ein Direktvergabeverfahren unzulässig ist, und ein bekannter Mitbewerber jedenfalls von der Zuschlagsentscheidung verständigt werden muss, auch wenn das Vergabeverfahren mit ihm sich darin erschöpft, dass ihm die Einladung zur Angebotslegung ausdrücklich zugesichert wird, wodurch immerhin ein Vergaberechtsverhältnis mit der ASt bereits begründet worden ist (!), dann ist im vorliegenden Fall der Zuschlag überhaupt noch nicht rechtswirksam erteilt.

Dann aber hätte nicht nur die Stillhaltefrist sondern auch die Anfechtungsfrist des § 14 (1) KVRG noch nicht begonnen. Dann aber hätte nicht nur die Stillhaltefrist sondern auch die Anfechtungsfrist des Paragraph 14, (1) KVRG noch nicht begonnen.

Eine Zuschlagserteilung ohne gesetzmäßige Bekanntmachung per Fax oder auf elektronischem Wege ist jedenfalls mit Nichtigkeit sanktioniert. Da eine Differenzierung in Ober- und Unterschwellenbereichen nicht zulässig ist, kann die VfGH-Judikatur nur so ausgelegt werden, dass der durch das BVergG in der derzeitigen Form vorgesehene "verdünnte" Rechtsschutz keinesfalls ausreichend ist, um in geeigneter Weise eine Vergaberechtskontrolle sicherzustellen (UVS Tirol, 16.09.2004, 2004/K11/013-3). Daraus folgt, dass nicht nur im Ober- sondern auch im Unterschwellenbereich unzulässige Direktvergaben ex lege nichtig sind und außerdem solange angefochten werden können, bis eine durch gesetzmäßige Verständigung (Telefax oder E-Mail) in Gang gesetzte Stillhaltefrist abgelaufen ist.

Da bei Bejahung dieser Rechtsansicht der Antrag auf Nachprüfung nach Zuschlagsentscheidung/Erteilung und Feststellung im konkreten Fall aber verfehlt und daher zurückzuweisen wäre, muss es zulässig sein, dass, stellt sich die ex lege Nichtigkeit der Vorgangsweise des Auftraggebers heraus, eine Umdeutung in einen Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung vorzunehmen.

Für den Fall das do. diese Rechtsauffassung geteilt wird, ist dieser Antrag selbstverständlich dahingehend zu verstehen, dass er ein Nachprüfungsantrag vor Zuschlagserteilung ist, und die Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidungen der AG hinsichtlich der Bauarbeiten am Kunstrasenplatz, der Vergrößerung der Hauptspielfläche der Flutlichtanlage und der automatischen Bewässerungsanlage begehrt.

7. Bestimmtes

Begehren:

Der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten wolle feststellen, dass im Vergabeverfahren des xxx zur Vergabe der Bauarbeiten für den Kunstrasenplatz, die Vergrößerung der Hauptspielfläche einer Flutlichtanlage und einer automatischen Bewässerungsanlage im Sportpark xxx wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung im Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde und

1. a) Litera a

dass die Wahl des Verfahrens "Direktvergabe" nicht zurecht erfolgt ist und

b) die Zuschlagsentscheidung des AG für nichtig erklären.

8. Angaben die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde:

Der ASt erlangte erstmals mit dem Zeitungsartikel in der xxx vom 03.11.2005 Kenntnis von der Vergabe überhaupt, eine genaue Kenntnis von Zuschlag im Sinne des Zuschlagsempfängers und von Art und Ausmaß des erteilten Auftrages hat die ASt bis zum heutigen Tag nicht erlangt, sodass der Antrag jedenfalls rechtzeitig ist.

Geht man davon aus, dass durch die Anfrage ein Vergaberechtsverhältnis begründet und damit der AG zur

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und Einhaltung einer Stillhaltefrist verpflichtet wurde, so hat diese Frist noch nicht begonnen, die Entscheidung des AG hat sich aber durch Inangriffnahme der Arbeiten bereits nach außen hin soweit manifestiert, dass ein Anfechtungssubstrat gegeben ist, sodass auch dieser Antrag rechtzeitig wäre.

Im Hinblick auf die durchgängige Missachtung vergaberechtlicher Publizitätsvorschriften konnte die ASt den Verstoß nicht im Rahmen eines anderen Nachprüfungsverfahrens geltend machen.

9. Nachweis über die Entrichtung der Gebühren:

Zahlungsbeleg (Beilage ./4).

10. Verständigung des AG:

Der AG wurde gemäß § 8 (2) vorsorglich verständigt. (Beilage ./5, Schreiben vom 13.12.2005, welches vor Einbringung des Nachprüfungsantrages nachweislich zugestellt wurde).“Der AG wurde gemäß Paragraph 8, (2) vorsorglich verständigt. (Beilage ./5, Schreiben vom 13.12.2005, welches vor Einbringung des Nachprüfungsantrages nachweislich zugestellt wurde).“

Der Antragsgegner hat dazu mit Schriftsatz vom 9.1.2006 nachstehende Gegenäußerung erstattet:

„In außen naher bezeichneter Rechtssache erstattet der Antragsgegner durch seine ausgewiesene Vertreterin binnen offener Frist zum Antrag der Antragstellerin vom 14.12.2005 nachstehende

STELLUNGNAHME:

1. Zum Sachverhalt:

1.1. Die im Eigentum der xxx stehende Liegenschaft EZ xxx KG xxx, bestehend aus dem Grundstück xxx wird aufgrund des Benützungsübereinkommens vom 16.1.1983 durch den Antragsgegner benützt. Um eine Ausweitung des Spielbetriebes wie aber insbesondere auch die Aufrechterhaltung desselben sicherzustellen, war es zwingend erforderlich, bauliche Maßnahmen zu setzen.

Der Antragsgegner hat mit dem xxx bzw der xxx bereits am 1. Juni 2003 eine Kooperationsvereinbarung unter anderem über die Benutzung des Sportparks xxx durch die xxx, den xxx, der xxx und der xxx abgeschlossen. Diese bereits mehrere Jahre alte Vereinbarung wird voraussichtlich um weitere zehn Jahre verlängert werden. Ein direkter oder indirekter Zusammenhang dieser Benützungsvereinbarung mit dem Neubau des Stadions xxx im Zusammenhang mit der Europameisterschaft besteht ebenso wenig wie mit den nunmehr notwendig gewordenen baulichen Maßnahmen.

1.2. Die Ausführungen der Antragstellerin zum Sachverhalt sind inhaltlich unrichtig und weichen insbesondere von den tatsächlichen Begebenheiten in der Form ab, dass der Auftraggeber nicht beabsichtigt, diverse Bauarbeiten im Stadion xxx durchführen zu lassen, sondern wurden diese Bauarbeiten vielmehr bereits in Auftrag gegeben und im wesentlichen zur Gänze ausgeführt.

Den Gegenstand dieser Auftragserteilung bildete die Vergrößerung der Hauptspielfläche, die Herstellung einer Flutlichtanlage und eine geringfügige Erweiterung der bereits bestehenden automatischen Bewässerungsanlage. Die Gesamtbaukosten der Bauarbeiten betrugen netto € 566.000,00.

1.3. Richtig ist, dass von Seiten des xxx die Bautätigkeiten subventioniert werden. Bisher wurden aber nur insgesamt € 75.000,00 an Subventionen ausbezahlt. Die weitere Finanzierung des Bauvorhabens erfolgt durch umfangreiche ehrenamtliche Eigenleistungen der Mitglieder des Vereines, die unentgeltlich erbracht werden sowie aus Eigenmitteln des Antragsgegners. Ob bzw in welchem Ausmaß noch weitere Subventionierungen erfolgen, ist gegenwärtig nicht abschließend beurteilbar.

1.4. Inhaltlich unrichtig ist die Behauptung der Antragstellerin, wonach diese beim Obmann des Auftraggebers ihr Interesse an diesen Arbeiten bekundet hätte. Bei dem Gespräch im März 2005 hat sich der Obmann des Auftraggebers xxx ausschließlich darüber informiert, wer den Platz in xxx errichtet hat. Eine Zusicherung einer Auftragserteilung oder einer Involvierung bei der Auftragsvergabe hat es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Ebenso wenig hat die Antragstellerin erklärt, ein Interesse an diesem Auftrag zu haben. Die Ausführungen der Antragstellerin über das Gespräch im März 2005 sind daher ebenso frei erfunden wie die Behauptung der Antragstellerin, ein Interesse am Bauauftrag gehabt zu haben. In diesem Sinne wird auch die Richtigkeit der von der Antragstellerin vorgelegten eidesstattigen Erklärung des

Geschäftsführers der Antragstellerin ausdrücklich bestritten. Diese Urkunde wurde im Nachhinein lediglich zur Erzielung einer besseren Ausgangsposition im gegenständlichen Verfahren errichtet, vermag aber den wahren Tatsachengehalt des Gespräches nicht wieder zu geben.

1.5. Ausdrücklich bestritten wird, dass die Antragstellerin befugt, leistungsfähig und zuverlässig wäre. Wie die Antragstellerin selbst ausführt, sind ihr die Details und Einzelheiten der vergebenen Leistungen nicht bekannt. Eine Beurteilung, ob sie befugt, leistungsfähig und zuverlässig, und somit für die gegenständliche Auftragserfüllung geeignet wäre, ist daher für sie nicht möglich. Diese Ausführungen stehen im direkten Widerspruch zu den weiteren Behauptungen der Antragstellerin in ihrem Antrag und spiegeln die Willkür ihres Handelns wider.

Beweis: xxx, p.A. des Antragsgegners, der als deren Obmann für die Parteieneinvernahme namhaft gemacht wird xxx, p.A. des Antragsgegners, als Zeuge

2. Zur Zuständigkeit:

Die Ausführungen der Antragstellerin hinsichtlich der Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten entsprechen nicht den gesetzlichen Grundlagen. Die angerufene Behörde ist zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit aus nachstehenden Gründen nicht berufen:

2.1. Beim der Antragsgegner handelt es sich um einen Verein im Sinne des Vereinsgesetzes 2002. Um einen Verein im Sinne des Vereinsgesetzes 2002 handelt es sich gem § 1 VerG, bei einem freiwilligen, auf Dauer angelegten, aufgrund von Statuten organisierten Zusammenschluss mindestens zweier Personen, zur Verfolgung eines bestimmten, gemeinsamen, ideellen Zwecks. Vor diesem Hintergrund genießt der Verein im Sinne des § 2 Abs. 1 VerG Rechtspersönlichkeit. Der Verein darf gemäß § 1 Abs. 1 VerG nicht auf 2.1. Beim der Antragsgegner handelt es sich um einen Verein im Sinne des Vereinsgesetzes 2002. Um einen Verein im Sinne des Vereinsgesetzes 2002 handelt es sich gem Paragraph eins, VerG, bei einem freiwilligen, auf Dauer angelegten, aufgrund von Statuten organisierten Zusammenschluss mindestens zweier Personen, zur Verfolgung eines bestimmten, gemeinsamen, ideellen Zwecks. Vor diesem Hintergrund genießt der Verein im Sinne des Paragraph 2, Absatz eins, VerG Rechtspersönlichkeit. Der Verein darf gemäß Paragraph eins, Absatz eins, VerG nicht auf

Gewinn berechnet sein. Das Vereinsvermögen darf nur im Sinne des Vereinszwecks verwendet werden.

2.2. Gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG unterliegen dem BVergG nur Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, so auch von Einrichtungen, die 2.2. Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG unterliegen dem BVergG nur Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, so auch von Einrichtungen, die

- zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
- zumindest teilrechtsfähig sind, und
- überwiegend von Auftraggebern gemäß der Z 1 (Bund, Land, Gemeinde) • überwiegend von Auftraggebern gemäß der Ziffer eins, (Bund, Land, Gemeinde oder Gemeindeverbänden) oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 3 ernannt worden sind. der Ziffer 3, ernannt worden sind.

Im Sinne der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (15.1.1998, Rs C-44/96 Mannesmann Anlagenbau AG; 22.5.2003, Rs C-18/01, Korhonen.; 27.2.2003, Rs C 373/00, Adolf Truley; 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG; 10.5.2001, Rs C-223/99, C-260/99 Agora Srl; vgl auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hg)

Bundesvergabegesetz 2002, Rz 23 zu § 7; Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht, 60 ff) haben sämtliche Voraussetzungen kumulativ vorzuliegen, um von einem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG ausgehen zu können. Im Sinne der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (15.1.1998, Rs C-44/96 Mannesmann Anlagenbau AG; 22.5.2003, Rs C-18/01, Korhohnen.; 27.2.2003, Rs C 373/00, Adolf Truley; 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG; 10.5.2001, Rs C-223/99, C-260/99 Agora Srl; vergleiche auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hg) Bundesvergabegesetz 2002, Rz 23 zu Paragraph 7.; Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht, 60 ff) haben sämtliche Voraussetzungen kumulativ vorzuliegen, um von einem öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ausgehen zu können.

2.3. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich zweifellos im Sinne des § 1 iVm § 2 VerG um eine Einrichtung, die Rechtspersönlichkeit besitzt. 2.3. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich zweifellos im Sinne des Paragraph eins, in Verbindung mit Paragraph 2, VerG um eine Einrichtung, die Rechtspersönlichkeit besitzt.

2.4. Die übrigen Voraussetzungen für die Annahme eines öffentlichen Auftraggebers liegen jedoch gerade nicht vor.

Der Antragsgegner wurde nicht zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, vielmehr ergibt sich aus den Statuten des Antragsgegners, dass der Zweck des Antragsgegners in der

- körperlichen und geistigen Ertüchtigung seiner Mitglieder durch Pflege des Fußballsportes sowie alle Arten von Leibesübungen für den Mannschaftssport,
- sportlichen Ausbildung aller Altersstufen für den Fußballsport,
- Erwerbung, Errichtung, Ausgestaltung und im Betrieb von Sportstätten sowie Sporthallen und Vereinslokalitäten liegt.

Die bloße substanzlose Behauptung, dass es sich dabei um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe handeln würde, vermag dem Tatbestandserfordernis des § 7 Abs. 1 Z 2 lit. a BVergG nicht gerecht zu werden. Vielmehr handelt es sich beim Zweck des Antragsgegners ausschließlich um einen solchen, der den eigenen Mitgliedern zukommen soll, sodass die Allgemeinheit von den Vereinstätigkeiten gänzlich ausgeschlossen ist, sofern es sich nicht um Mitglieder des Antragsgegners handelt. Es ist daher denkunmöglich, dass die Tätigkeit des Antragsgegners sowie deren Zweck im Allgemeininteresse steht. Die bloße substanzlose Behauptung, dass es sich dabei um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe handeln würde, vermag dem Tatbestandserfordernis des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG nicht gerecht zu werden. Vielmehr handelt es sich beim Zweck des Antragsgegners ausschließlich um einen solchen, der den eigenen Mitgliedern zukommen soll, sodass die Allgemeinheit von den Vereinstätigkeiten gänzlich ausgeschlossen ist, sofern es sich nicht um Mitglieder des Antragsgegners handelt. Es ist daher denkunmöglich, dass die Tätigkeit des Antragsgegners sowie deren Zweck im Allgemeininteresse steht.

Auch der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10.11.1998, Rs C 360/96, BFI Holding BV ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine im Allgemeininteresse gelegene Tätigkeit nur dann vorliegt, wenn der Staat diese selbst zu erfüllen hätte oder bei der er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte. Aufgaben, die dem statutenmäßigen Zweck des Antragsgegners entsprechen, sind weder solche, zu deren Ausübung der Staat verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich verpflichtet ist noch an denen er ein solches Interesse hätte, dass er sich einen besonderen Einfluss vorbehält. Das Tatbestandsmerkmal der im Allgemeininteresse gelegenen Tätigkeit liegt somit nicht vor.

2.5. Unabhängig davon, dass der Zweck des Antragsgegners nicht darin liegt, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, handelt es sich bei seinen statutenmäßig vorgegebenen Tätigkeiten nicht um Tätigkeiten, die nicht gewerblicher Art sind.

Wie der Europäische Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung Mannesmann Anlagenbau AG (15.1.1998, Rs C-44/96) dargestellt hat, ist dabei nicht von einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne der (österreichischen) Gewerbeordnung auszugehen, sondern vielmehr zu beurteilen, ob die Tätigkeit in einem wettbewerblich geprägten Umfeld ausgeübt wird (so auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hg) Bundesvergabegesetz 2002, Rz 51 zu § 7). Wie der Europäische Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung Mannesmann Anlagenbau AG (15.1.1998, Rs C-44/96) dargestellt hat, ist dabei nicht von einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne der (österreichischen)

Gewerbeordnung auszugehen, sondern vielmehr zu beurteilen, ob die Tätigkeit in einem wettbewerblich geprägten Umfeld ausgeübt wird (so auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hg) Bundesvergabegesetz 2002, Rz 51 zu Paragraph 7,).

Auch die xxx hat in ihrer Entscheidung vom 11.7.2001, xxx ausdrücklich darauf hingewiesen, dass zu prüfen 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.

Die Antragsstellerin übersieht in diesem Zusammenhang, dass eine Gewinnerzielungsabsicht selbst bei einem gemeinnützigen Verein selbstverständlich gewährleistet ist, jedoch dieser Gewinn ausschließlich dem Vereinszweck zufließen muss. In diesem Sinne ist auch der Antragsgegner verpflichtet, gewinnorientiert bzw zumindest wirtschaftlich ausgeglichen tätig zu werden. Die Gewinnerzielungsabsicht ist bereits dadurch gegeben, dass regelmäßige Einnahmen im Sinne des § 3 der Statuten des Antragsgegners erzielt werden. Ohne regelmäßige Erträge wäre auch der laufende Betrieb des Antragsgegners nicht aufrecht zu erhalten. Alleine diese gewinnorientierte Tätigkeit schließt die Annahme einer Tätigkeit nicht gewerblicher Natur aus. Die Antragsstellerin übersieht in diesem Zusammenhang, dass eine Gewinnerzielungsabsicht selbst bei einem gemeinnützigen Verein selbstverständlich gewährleistet ist, jedoch dieser Gewinn ausschließlich dem Vereinszweck zufließen muss. In diesem Sinne ist auch der Antragsgegner verpflichtet, gewinnorientiert bzw zumindest wirtschaftlich ausgeglichen tätig zu werden. Die Gewinnerzielungsabsicht ist bereits dadurch gegeben, dass regelmäßige Einnahmen im Sinne des Paragraph 3, der Statuten des Antragsgegners erzielt werden. Ohne regelmäßige Erträge wäre auch der laufende Betrieb des Antragsgegners nicht aufrecht zu erhalten. Alleine diese gewinnorientierte Tätigkeit schließt die Annahme einer Tätigkeit nicht gewerblicher Natur aus.

Hinzu kommt, dass der Antragsgegner unmittelbar im Wettbewerb zu mehr als 30 Sportvereinen lediglich im Einzugsgebiet der xxx sowie in den umliegenden Gemeinden steht, die ihre Tätigkeit nach denselben Vereinszweck ausrichten. Je mehr Mitglieder ein Verein ausweist, um so mehr Einnahmen aus den Mitgliedschaften und aus Veranstaltungen wird ein Verein generieren können und umso starker wird es ihm möglich sein, am Markt erfolgreich zu sein. Es besteht daher ein unmittelbares Konkurrenzverhältnis zwischen den einzelnen Sportvereinen und somit auch ein vom Wettbewerb geprägtes Umfeld, in dem der Antragsgegner seine Tätigkeit entfaltet.

Auch dieses Tatbestandsmerkmal liegt somit nicht vor.

2.6. Gemäß § 3 der Statuten des Antragsgegners wird der Vereinszweck durch ideelle und materielle Mittel erzielt. Die materiellen Mittel werden durch Beitrittsgebühren und Mitgliedsbeiträge, sowie durch Erträge aus Veranstaltungen und vereinseigenen Unternehmungen, Spendensammlungen, Vermächnissen und sonstigen Zuwendungen, sowie durch Darlehen erzielt. Öffentliche Subventionen bilden einen, jedoch zweifellos nicht den wesentlichen Anteil bei der Aufbringung der materiellen Mittel des Antragsgegners. 2.6. Gemäß Paragraph 3, der Statuten des Antragsgegners wird der Vereinszweck durch ideelle und materielle Mittel erzielt. Die materiellen Mittel werden durch Beitrittsgebühren und Mitgliedsbeiträge, sowie durch Erträge aus Veranstaltungen und vereinseigenen Unternehmungen, Spendensammlungen, Vermächnissen und sonstigen Zuwendungen, sowie durch Darlehen erzielt. Öffentliche Subventionen bilden einen, jedoch zweifellos nicht den wesentlichen Anteil bei der Aufbringung der materiellen Mittel des Antragsgegners.

Gleichzeitig ist durch § 4 der Statuten die Art der Mitgliedschaft ebenso definiert, wie durch §§ 8 ff der Vereinsstatuten dargelegt wird, wer Mitglied der Organe des Vereines sein kann. Dementsprechend können ausschließlich Mitglieder des Vereines den Organen des Vereines, nämlich dem Vereinsvorstand, der Generalversammlung sowie der Rechnungsprüfer angehören. Gleichzeitig ist durch Paragraph 4, der Statuten die Art der Mitgliedschaft ebenso definiert, wie durch Paragraphen 8, ff der Vereinsstatuten dargelegt wird, wer Mitglied der Organe des Vereines sein kann. Dementsprechend können ausschließlich Mitglieder des Vereines den Organen des Vereines, nämlich dem Vereinsvorstand, der Generalversammlung sowie der Rechnungsprüfer angehören.

Hinsichtlich der Leitung, der Aufsicht oder hinsichtlich der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane besteht daher keine Möglichkeit der Einflussnahme oder Mitsprache durch Einrichtungen gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 oder Z 2 BVergG. Hinsichtlich der Leitung, der Aufsicht oder hinsichtlich der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane besteht daher keine Möglichkeit der Einflussnahme oder Mitsprache durch Einrichtungen gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, oder Ziffer 2, BVergG.

Nachdem auch die finanzielle Ausstattung des Antragsgegners nur in einem äußerst eingeschränkten Ausmaß von € 75.000,00 für das gegenständliche Bauvorhaben erfolgt ist und die üblichen laufenden Subventionen wie sie Sportvereine in der Art des Antragsgegners üblicherweise von der öffentlichen Hand beziehen, jährlich mit rund € 6.000,00 nicht übersteigen, kann auch davon ausgegangen werden, dass eine überwiegende, von Auftraggebern gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 oder Z 2 BVergG erfolgte Finanzierung des Antragsgegners ebenfalls nicht vorliegt. Vielmehr trägt das volle Insolvenzrisiko der Antragsgegner alleine und besteht rechtlich noch faktisch die Möglichkeit einer finanziellen Unterstützung durch Auftraggeber gem § 7 Abs 1 Z 1 BVergG zu Zwecken des Verlustausgleiches. Nachdem auch die finanzielle Ausstattung des Antragsgegners nur in einem äußerst eingeschränkten Ausmaß von € 75.000,00 für das gegenständliche Bauvorhaben erfolgt ist und die üblichen laufenden Subventionen wie sie Sportvereine in der Art des Antragsgegners üblicherweise von der öffentlichen Hand beziehen, jährlich mit rund € 6.000,00 nicht übersteigen, kann auch davon ausgegangen werden, dass eine überwiegende, von Auftraggebern gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, oder Ziffer 2, BVergG erfolgte Finanzierung des Antragsgegners ebenfalls nicht vorliegt. Vielmehr trägt das volle Insolvenzrisiko der Antragsgegner alleine und besteht rechtlich noch faktisch die Möglichkeit einer finanziellen Unterstützung durch Auftraggeber gem Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zu Zwecken des Verlustausgleiches.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge, klar ausgesprochen, dass von einer überwiegenden Finanzierung als quantitatives Merkmal erst ausgegangen werden kann, wenn zumindest mehr als die Hälfte der laufenden Kosten durch öffentliche Mittel gedeckt werden. Dies ist aber beim Antragsgegner weder im Zusammenhang mit seinem laufenden Spielbetrieb noch mit dem gegenständlichen Bauvorhaben der Fall.

Die Subventionsmittel für das gegenständliche Bauvorhaben sind dabei völlig außer Betracht zu lassen, da andernfalls über den Umweg des § 7 BVergG vom BVergG 2002 ausgenommene Auftraggeber, die ein Bauvorhaben im Sinne des § 8 Abs 1 BVergG unter Zuhilfenahme von Subventionen im Unterschwellenbereich abwickeln, erst recht wieder dem BVergG unterliegen. Dies ist weder der Wille des Gesetzgebers noch Regulationsgegenstand der Baukoordinierungsrichtlinie. Die Subventionsmittel für das gegenständliche Bauvorhaben sind dabei völlig außer Betracht zu lassen, da andernfalls über den Umweg des Paragraph 7, BVergG vom BVergG 2002 ausgenommene Auftraggeber, die ein Bauvorhaben im Sinne des Paragraph 8, Absatz eins, BVergG unter Zuhilfenahme von Subventionen im Unterschwellenbereich abwickeln, erst recht wieder dem BVergG unterliegen. Dies ist weder der Wille des Gesetzgebers noch Regulationsgegenstand der Baukoordinierungsrichtlinie.

Somit liegt auch dieses Tatbestandsmerkmal zur Annahme eines öffentlichen Auftraggebers nicht vor.

2.7. Ausdrücklich in Abrede gestellt wird, dass das gegenständliche Bauvorhaben in irgendeinem mittelbaren oder unmittelbaren Zusammenhang mit dem Stadionneubau des Fußball- und Leichtathletikstadions der xxx im Rahmen der Europameisterschaft steht. Auch die völlig unsubstantiierte Behauptungen der Antragstellerin, wonach gemäß § 8 Abs. 1 u. Abs. 3 BVergG eine Anwendbarkeit des BVergG vorliegen würde, entbehren jedweder Rechtsgrundlage. 2.7. Ausdrücklich in Abrede gestellt wird, dass das gegenständliche Bauvorhaben in irgendeinem mittelbaren oder unmittelbaren Zusammenhang mit dem Stadionneubau des Fußball- und Leichtathletikstadions der xxx im Rahmen der Europameisterschaft steht. Auch die völlig unsubstantiierte Behauptungen der Antragstellerin, wonach gemäß Paragraph 8, Absatz eins, u. Absatz 3, BVergG eine Anwendbarkeit des BVergG vorliegen würde, entbehren jedweder Rechtsgrundlage.

Vorab kann darauf hingewiesen werden, dass § 8 Abs. 3 BVergG lediglich auf Dienstleistungen im Sinne des BVergG 2002 Anwendung findet. Nicht einmal den Ausführungen der Antragstellerin ist zu entnehmen, dass sie davon ausgeht, dass auftragsgegenständlich ein Dienstleistungsauftrag gewesen wäre. Vorab kann darauf hingewiesen werden, dass Paragraph 8, Absatz 3, BVergG lediglich auf Dienstleistungen im Sinne des BVergG 2002 Anwendung findet. Nicht einmal den Ausführungen der Antragstellerin ist zu entnehmen, dass sie davon ausgeht, dass auftragsgegenständlich ein Dienstleistungsauftrag gewesen wäre.

Hinsichtlich § 8 Abs. 1 BVergG ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung nur im Oberschwellenbereich Anwendung findet, das Gesamtauftragsvolumen aber lediglich netto € 566.000,00 beträgt. Damit wird der Schwellenwert für Bauaufträge gemäß § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG nicht überschritten. Eine Zusammenrechnung des Auftragswertes mit jenem für den xxx scheidet schon deshalb aus, da kein einheitliches Bauvorhaben gem § 58 BVergG vorliegt (hiezv vgl Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hg) Bundesvergabegesetz 2002, Rz

14ff zu § 58). Die Anwendbarkeit des BVergG 2002 unter Zugrundelegung des § 8 Abs. 1 BVergG kommt daher ebenfalls nicht in Frage. Hinsichtlich Paragraph 8, Absatz eins, BVergG ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung nur im Oberschwellenbereich Anwendung findet, das Gesamtauftragsvolumen aber lediglich netto € 566.000,00 beträgt. Damit wird der Schwellenwert für Bauaufträge gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG nicht überschritten. Eine Zusammenrechnung des Auftragswertes mit jenem für den xxx scheidet schon deshalb aus, da kein einheitliches Bauvorhaben gem Paragraph 58, BVergG vorliegt (hiez zu vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hg) Bundesvergabegesetz 2002, Rz 14ff zu Paragraph 58,). Die Anwendbarkeit des BVergG 2002 unter Zugrundelegung des Paragraph 8, Absatz eins, BVergG kommt daher ebenfalls nicht in Frage.

Soweit die Antragstellerin vermeint, einen Zusammenhang mit der Europameisterschaft herstellen zu wollen, so entbehrt diese Behauptung jedweder Sachgrundlage. Die Antragsstellerin vermag auch nicht darzustellen in welchem "größeren Zusammenhang" die Vergabe der Leistungen anlässlich der Europameisterschaft mit dem gegenständlichen Bauauftrag stehen würde. Die Ausführungen der Antragstellerin sind auch in diesem Punkt nicht nachvollziehbar.

In diesem Zusammenhang ist neuerlich auf die Benutzungsvereinbarung zwischen dem xxx und dem Antragsgegner hinsichtlich der Nutzung der sportlichen Anlagen und auf den Umstand zu verweisen, dass diese Vereinbarung schon zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, als die baulichen Tätigkeiten des EM-Stadionneubaues nicht einmal ansatzweise in Angriff genommen worden waren.

Im Lichte dieser Umstände hatte weder das xxx noch die Stadt xxx für den Fall der Erteilung von Förderungen die Einhaltung vergabegesetzlicher Bestimmungen durch den Antragsgegner sicherstellen müssen. In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass eine rechtswirksame Förderungszusicherung durch die Stadt xxx bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht erfolgt ist und einzig das xxx eine bereits ausbezahlte Förderungszusage von € 75.000,00, somit 7,55 % der Bausumme, zugesichert und ausbezahlt hat, wie dies auch dem Schreiben des Antragsgegners an den Ombudsmann für das Vergabewesen vom 1.12.2005 zu entnehmen ist.

Da somit auch § 8 BVergG auf das gegenständliche Bauvorhaben nicht anzuwenden ist, entfällt auch die Qualifikation des Antragsgegners als öffentlicher Auftraggeber bzw seine Verpflichtung, bei der Erteilung von Bauaufträgen das BVergG 2002 zu berücksichtigen. Da somit auch Paragraph 8, BVergG auf das gegenständliche Bauvorhaben nicht anzuwenden ist, entfällt auch die Qualifikation des Antragsgegners als öffentlicher Auftraggeber bzw seine Verpflichtung, bei der Erteilung von Bauaufträgen das BVergG 2002 zu berücksichtigen.

2.8. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass es sich beim Antragsgegner um keinen Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 oder § 8 Abs 1 oder Ab. 3 BVergG handelt und für eine Leistungsvergabe das Bundesvergabegesetz 2002 keine gesetzliche Grundlage bildet. 2.8. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass es sich beim Antragsgegner um keinen Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, oder Paragraph 8, Absatz eins, oder Ab. 3 BVergG handelt und für eine Leistungsvergabe das Bundesvergabegesetz 2002 keine gesetzliche Grundlage bildet.

Nachdem gemäß § 1 K-VergRG das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen regelt, die den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegen und gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen, werden vom Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz nur die Leistungsvergaben erfasst, die unter Zugrundelegung des BVergG 2002 erfolgten bzw zu erfolgen haben. Nachdem gemäß Paragraph eins, K-VergRG das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen regelt, die den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegen und gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen, werden vom Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz nur die Leistungsvergaben erfasst, die unter Zugrundelegung des BVergG 2002 erfolgten bzw zu erfolgen haben.

Soweit jedoch keine Auftragsvergabe im Sinne des BVergG 2002 zu erfolgen hat, sind auch die Regelungen über die Nachprüfung von Entscheidungen im Rahmen des Auftragsvergabeverfahrens nicht unter Zugrundelegung des Kärntner Vergaberechtsschutzgesetzes überprüfbar. Vor diesem Hintergrund ist auch der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten zur Entscheidung in der gegenständlichen Rechtssache nicht berufen und unzuständig, sodass ausdrücklich die Unzulässigkeit des Rechtsweges eingewendet wird.

Beweis: xxx, p.A, des Antragsgegners, der als deren Obmann für die

Parteieneinvernahme namhaft gemacht wird

xxx, p.A. des Antragsgegners, als Zeuge

Statuten des Antragsgegners

Schreiben des Antragsgegners an das Amt der Kärntner

Landesregierung, Abteilung xxx vom 1.12.2005; Von Amts wegen

einzuholende Auskunft über die im Vereinsregister registrierten

Vereine mit Sitz im Bezirk xxx bzw der xxx, deren Zweck unter

anderem die Pflege des Fussballsportes ist.

2.9. Die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, die für die öffentliche Verwaltung Wirksamkeit haben und insbesondere durch die öffentliche Verwaltung anzuwenden sind, finden bei Rechtspersonlichkeiten, die dem Vereinsgesetz unterliegen, keine Anwendung. Im übrigen ist der persönliche Anwendungsbereich des BVergG 2002 in diesem Gesetz abschließend geregelt.

Die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit bilden keine Grundlage für die Anwendbarkeit des BVergG. Es würde auch vom Willen des Gesetzgebers, wie insbesondere auch vom Zweck der Richtlinien abweichen, jedes Unternehmen, das seine Tätigkeit an den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit ausrichtet, den vergaberechtlichen Bestimmungen zu unterwerfen. Insbesondere können diese Grundsätze alleine noch nicht die Grundlage für die Annahme einer wettbewerbsverzerrenden Tätigkeit bilden. Die diesbezüglichen Ausführungen der Antragstellerin widersprechen daher dem geltenden Recht.

2.10. Auch die Ausführungen der Antragstellerin, wonach das xxx und die Stadt xxx vergaberechtlich solidarisch für die Handlungen des Auftraggebers haften würden, stehen im eklatanten Widerspruch zur einschlägigen vergaberechtlichen Judikatur. Gegenstand der Anfechtung einer Entscheidung kann im Sinne der verfassungsgerichtlichen Judikatur (VfGH 13.10.2005, K 1-2/05-20) ausschließlich die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers sein.

Im gegenständlichen Zusammenhang bildet den Gegenstand der Anfechtung eine Entscheidung des Antragsgegners und nicht eine Entscheidung der Stadt xxx oder des xxx. Das xxx und die Stadt xxx sind daher auch nicht Beteiligte im Sinne des § 8 AVG, da das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz als lex specialis im Verhältnis zu § 8 AVG in § 10 K-VergRG ausdrücklich normiert, wer Partei des Verfahrens vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat ist. Dementsprechend kann dies ausschließlich der Antragsteller und der Auftraggeber sein, wobei im Nachprüfungsverfahren, betreffend die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, der Kreis der Parteien nur eingeschränkt erweitert wird. Weder das xxx noch die Stadt xxx erfüllen daher den Parteienbegriff im Sinne des § 10 K-VergRG. Im gegenständlichen Zusammenhang bildet den Gegenstand der Anfechtung eine Entscheidung des Antragsgegners und nicht eine Entscheidung der Stadt xxx oder des xxx. Das xxx und die Stadt xxx sind daher auch nicht Beteiligte im Sinne des Paragraph 8, AVG, da das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz als lex specialis im Verhältnis zu Paragraph 8, AVG in Paragraph 10, K-VergRG ausdrücklich normiert, wer Partei des Verfahrens vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat ist. Dementsprechend kann dies ausschließlich der Antragsteller und der Auftraggeber sein, wobei im Nachprüfungsverfahren, betreffend die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, der Kreis der Parteien nur eingeschränkt erweitert wird. Weder das xxx noch die Stadt xxx erfüllen daher den Parteienbegriff im Sinne des Paragraph 10, K-VergRG.

Eine Parteiteilung oder aber eine Beteiligtenstellung der Stadt xxx und des xxx scheidet daher schon aufgrund der zitierten gesetzlichen Vorgaben aus. Schon aus diesem Grunde ist der Antrag, soweit er sich gegen die Stadt xxx bzw das xxx richtet, zurückzuweisen, allenfalls abzuweisen.

Beweis: Urkunden und Zeugen wie bisher

PV

2.11. Ungeachtet aller bereits vorgebrachten Gründe, die eine Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten in der gegenständlichen Rechtssache ausschließen, mangelt es an seiner Entscheidungsbefugnis bereits aufgrund der verfassungsrechtlichen Grundlagen gem Art 14b Abs. 2 Z 2 lit. e B-VG. 2.11. Ungeachtet aller bereits vorgebrachten Gründe, die eine Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten in der gegenständlichen Rechtssache ausschließen, mangelt es an seiner Entscheidungsbefugnis bereits aufgrund der verfassungsrechtlichen Grundlagen gem Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e, B-VG.

Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. e B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des Art 14b Abs. 1 B-VG Landessache, hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen von Rechtsträgern, Gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e, B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des Artikel 14 b, Absatz eins, B-VG Landessache, hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen von Rechtsträgern,

- die vom Land allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden,
- die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes unterliegen,
- deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Land ernannt worden sind.

Alle diese Voraussetzungen treffen im gegenständlichen Zusammenhang nicht zu, da weder die Leitung, noch die Aufsicht des Antragsgegners, dem xxx oder der xxx obliegt. In den Organen des Antragsgegners sind weder das xxx noch die xxx vertreten. Darüber hinaus wird der Antragsgegner auch nicht vom xxx finanziert, da, wie bereits dargestellt wurde, die materiellen Mittel zur Erzielung des Vereinszweckes, so insbesondere die Beitrittsgebühren und die Mitgliedsbeiträge, sowie die Erträge aus Veranstaltungen die primären Einnahmequellen zur Erzielung des Vereinszweckes darstellen.

In der gegenständlichen Rechtssache ist daher über keinen Sachverhalt zu entscheiden, der in den Vollzugsbereich des xxx fällt, wodurch die Anwendbarkeit des K-VergRG gem § 1 ebenso wie auch die Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten entfällt. In der gegenständlichen Rechtssache ist daher über keinen Sachverhalt zu entscheiden, der in den Vollzugsbereich des xxx fällt, wodurch die Anwendbarkeit des K-VergRG gem Paragraph eins, ebenso wie auch die Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten entfällt.

Beweis: Urkunden und Zeugen wie bisher

PV

3. Zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten:

3.1. Die behaupteten Rechtswidrigkeiten liegen nicht vor. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird grundsätzlich auf die Ausführungen zur Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten verwiesen.

3.2. Im übrigen liegen auch die anderen behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vor. Eine Direktvergabe liegt im gegenständlichen Zusammenhang schon deshalb nicht vor, zumal keine Auftragsvergabe durch einen öffentlichen Auftraggeber erfolgt ist. Im Lichte dieses Umstandes ist der Antragsgegner auch nicht verpflichtet, eine Benachrichtigung über die Zuschlagsentscheidung per Fax oder auf elektronischem Wege gemäß § 100 BVergG an die Teilnehmer im „Vergabeverfahren“ zu übersenden, zumal ein Vergabeverfahren im Sinne des BVergG 2002 weder durchgeführt wurde, noch durchzuführen war. 3.2. Im übrigen liegen auch die anderen behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vor. Eine Direktvergabe liegt im gegenständlichen Zusammenhang schon deshalb nicht vor, zumal keine Auftragsvergabe durch einen öffentlichen Auftraggeber erfolgt ist. Im Lichte dieses Umstandes ist der Antragsgegner auch nicht verpflichtet, eine Benachrichtigung über die Zuschlagsentscheidung per Fax oder auf elektronischem Wege gemäß Paragraph 100, BVergG an die Teilnehmer im „Vergabeverfahren“ zu übersenden, zumal ein Vergabeverfahren im Sinne des BVergG 2002 weder durchgeführt wurde, noch durchzuführen war.

3.3. Gemäß § 21 Z 13 lit. a sub. lit. mm kann bei der Direktvergabe von Leistungen ausschließlich die Wahl des Vergabeverfahrens den Gegenstand der Anfechtung bilden. Wie die Antragsstellerin selbst ausführt, wurden die Aufträge bereits vergeben und zum überwiegenden Teil bereits ausgeführt. 3.3. Gemäß Paragraph 21, Ziffer 13, Litera a, sub. lit. mm kann bei der Direktvergabe von Leistungen ausschließlich die Wahl des Vergabeverfahrens den Gegenstand der Anfechtung bilden. Wie die Antragsstellerin selbst ausführt, wurden die Aufträge bereits vergeben und zum überwiegenden Teil bereits ausgeführt.

Selbst wenn daher der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten wider Erwarten davon ausgeht, dass er in der gegenständlichen Angelegenheit zur Entscheidung berufen wäre, was ausdrücklich im Hinblick auf obige Ausführungen in Abrede gestellt wird, so kann lediglich im Rahmen des Feststellungsverfahrens gemäß § 9 Abs. 1 Z 1 K-VergRG die Wahl der Direktvergabe angefochten werden. Gemäß § 8 Abs. 3 Z 3 K-VergRG kann nach der Zuschlagserteilung nur noch festgestellt werden, ob bei Direktvergaben die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgte. Selbst wenn daher der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten wider Erwarten davon ausgeht, dass er in der gegenständlichen

Angelegenheit zur Entscheidung berufen wäre, was ausdrücklich im Hinblick auf obige Ausführungen in Abrede gestellt wird, so kann lediglich im Rahmen des Feststellungsverfahrens gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer eins, K-VergRG die Wahl der Direktvergabe angefochten werden. Gemäß Paragraph 8, Absatz 3, Ziffer 3, K-VergRG kann nach der Zuschlagserteilung nur noch festgestellt werden, ob bei Direktvergaben die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgte.

Der Gesetzgeber geht daher davon aus, dass im Falle einer (rechtswidrigen) Wahl der Direktvergabe eine Nichtigerklärung gemäß § 6 Abs. 2 K-VergRG gerade nicht in Frage kommt. Der Gesetzgeber geht daher davon aus, dass im Falle einer (rechtswidrigen) Wahl der Direktvergabe eine Nichtigerklärung gemäß Paragraph 6, Absatz 2, K-VergRG gerade nicht in Frage kommt.

Dennoch begehrt die Antragstellerin, dass neben einer Feststellung, wonach die Wahl des Verfahrens "Direktvergabe" nicht zu Recht erfolgt ist, auch die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt wird. Ein solches Begehren ist in sich unschlüssig und mit den gesetzlichen Vorgaben nicht in Einklang zu bringen. Eine allfällige Umdeutung eines Begehrens kommt schon deshalb nicht in Frage, weil die Vergabenachprüfungsbehörde an den Antrag in ihrer Entscheidung gebunden ist (vgl. Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht, 166 f, 170 f). Die Antragstellerin hat somit klar zu formulieren welche Entscheidung er begehrt und nicht darzulegen, wie seine unschlüssigen Ausführungen möglicherweise verstanden werden könnten. Dennoch begehrt die Antragstellerin, dass neben einer Feststellung, wonach die Wahl des Verfahrens "Direktvergabe" nicht zu Recht erfolgt ist, auch die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt wird. Ein solches Begehren ist in sich unschlüssig und mit den gesetzlichen Vorgaben nicht in Einklang zu bringen. Eine allfällige Umdeutung eines Begehrens kommt schon deshalb nicht in Frage, weil die Vergabenachprüfungsbehörde an den Antrag in ihrer Entscheidung gebunden ist (vergleiche Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht, 166 f, 170 f). Die Antragstellerin hat somit klar zu formulieren welche Entscheidung er begehrt und nicht darzulegen, wie seine unschlüssigen Ausführungen möglicherweise verstanden werden könnten.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine Feststellung und eine Nichtigerklärung einander ausschließen, die Antragstellerin jedoch ausdrücklich die kumulative Entscheidung über beide Begehren beantragt. Dies ist rechtswidrig und findet ein derartiges Begehren in der Rechtsordnung keine Deckung.

Der Antrag der Antragstellerin ist daher nicht nur in sich unschlüssig sondern auch gesetzeswidrig, sodass er schon aus diesen Gründen zurückfallenfalls abzuweisen sein wird.

3.4. Ungeachtet des Umstandes, dass der Antragsgegner den Bestimmungen des BVergG 2002 nicht unterliegt, übersieht die Antragstellerin, dass die Vergabe im Rahmen der Direktvergabe keiner besonderen Bekanntmachung zugänglich ist. Es obliegt nicht der Nachprüfungsbehörde zu überprüfen, welches Vergabeverfahren im konkreten Fall jeweils anzuwenden gewesen wäre, sondern hat die Nachprüfungsbehörde lediglich zu überprüfen, ob das in Anspruch genommene Vergabeverfahren rechtmäßig zur Anwendung gelangen konnte.

Als privatrechtliche Institution konnte der Antragsgegner zweifellos nicht davon ausgehen, dass er in irgendeiner Form den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes unterliegt, was auch tatsächlich nicht der Fall ist. Eine Zuschlagserteilung ist nur dann absolut und ex tunc nichtig, wenn für die beteiligten Parteien des beabsichtigten Vertragsabschlusses kein rechtlich relevanter Zweifel bestehen konnte, dass unter den vorliegenden Rahmenbedingungen ein unmittelbarer Vertragsabschluss nicht nur schlicht rechtswidrig, sondern offenkundig unzulässig ist und weiters ihr Gesamtverhalten, insbesondere ein sittenwidriges Zusammenwirken darstellt (BVA 6.9.2005, xxx). Gerade diese Voraussetzungen liegen im gegenständlichen Zusammenhang jedoch nicht vor. Es kann weder für die ausführenden Professionisten, noch für den Antragsgegner klar sein, dass dieser den Bestimmungen des BVergG 2002 unterliegen würde und daher auch Bekanntmachungen und sonstige Vorschriften des BVergG 2002 einzuhalten hätte. Vielmehr besteht kein einziges Judikat dahingehend, dass gemeinnützige Vereine die Bestimmungen des BVergG 2002 bei Leistungsvergaben zu berücksichtigen hätten. Selbst wenn daher die angerufene Behörde wider erwarten zu der Auffassung gelangen sollte, dass der Antragsgegner ein öffentlicher Auftraggeber wäre, so ändert dies nichts an der Tatsache, dass sämtliche Beteiligten im guten Glauben gehandelt haben, die Aufträge bereits vergeben wurden und eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung daher ausscheidet.

Der Verweis der Antragstellerin auf die Entscheidung des UVS Tirol vom 16.9.2004, (2004/K11/013-3) ist schon deshalb nicht stichhaltig, zumal es sich bei dem durch den UVS Tirol zu entscheidenden Sachverhalt um einen

Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich im Sinne des § 9 Abs. 1 Z 5 BVergG 2002 gehandelt hat. Vor diesem Hintergrund ist auch davon auszugehen, dass die unmittelbare Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinie in jenem Fall zumindest denkbar wäre. Der Verweis der Antragstellerin auf die Entscheidung des UVS Tirol vom 16.9.2004, (2004/K11/013-3) ist schon deshalb nicht stichhaltig, zumal es sich bei dem durch den UVS Tirol zu entscheidenden Sachverhalt um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich im Sinne des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2002 gehandelt hat. Vor diesem Hintergrund ist auch davon auszugehen, dass die unmittelbare Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinie in jenem Fall zumindest denkbar wäre.

Nachdem die Rechtsmittelrichtlinie im Unterschwellenbereich jedoch keine Anwendung finden kann und im Unterschwellenbereich eine differenzierte Rechtsschutzsituation schon im Hinblick auf die zu vergebenden Auftragsvolumina durchaus sachlich gerechtfertigt ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Nichtigerklärung einer Entscheidung ungeachtet der klaren Rechtslage in Frage käme.

3.5. Ungeachtet dessen ist eine Benachrichtigung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 Abs. 1 BVergG nur den Bietern zu übermitteln; ein bloßer Interessent am Vergabeverfahren, der an demselben nicht teilnimmt, hat keinen Rechtsanspruch auf Übersendung einer Zuschlagsentscheidung. Es wurden daher auch keine Bekanntmachungspflichten verletzt. 3.5. Ungeachtet dessen ist eine Benachrichtigung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 100, Absatz eins, BVergG nur den Bietern zu übermitteln; ein bloßer Interessent am Vergabeverfahren, der an demselben nicht teilnimmt, hat keinen Rechtsanspruch auf Übersendung einer Zuschlagsentscheidung. Es wurden daher auch keine Bekanntmachungspflichten verletzt.

3.6. Die Ausführungen hinsichtlich der Tätigkeit des Obmannes des Antragsgegner entbehren jedweder Grundlage. Vielmehr hat der Obmann des Antragsgegners ehrenamtlich und im Rahmen seiner Mitgliedschaft für den Antraggegner unentgeltlich Dienstleistungen erbracht. Unentgeltliche Leistungen sind vom sachlichen Anwendungsbereich des BVergG aufgrund der Legaldefinitionen in den §§ 2, 3 und 4 BVergG ausgenommen. 3.6. Die Ausführungen hinsichtlich der Tätigkeit des Obmannes des Antragsgegners entbehren jedweder Grundlage. Vielmehr hat der Obmann des Antragsgegners ehrenamtlich und im Rahmen seiner Mitgliedschaft für den Antraggegner unentgeltlich Dienstleistungen erbracht. Unentgeltliche Leistungen sind vom sachlichen Anwendungsbereich des BVergG aufgrund der Legaldefinitionen in den Paragraphen 2, 3 und 4 BVergG ausgenommen.

Die diesbezüglichen Ausführungen der Antragstellerin sind daher für das gegenständliche Vergabeverfahren gänzlich irrelevant.

4. Zu den behaupteten verletzten Rechten der Antragstellerin:

4.1. Ausdrücklich bestritten wird, dass die Antragstellerin in irgendeinem Recht verletzt wurde. Außer der unsubstantiierten Darstellung und Auflistung diverser Rechte, welche die Antragstellerin nicht berechtigt ist, subjektiv im gegenständlichen Zusammenhang anzusprechen, führt die Antragstellerin hierzu nichts aus.

4.2. Im Hinblick darauf, dass kein Verfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2002 durchzuführen war, liegt auch keine Möglichkeit zur Verletzung von Rechten vor, die ihre Grundlage im Bundesvergabegesetz oder sonstigen vergaberechtlichen Vorschriften finden könnten. Soweit sich die Behauptungen verletzter Rechte auf andere als solche stützt, die ihre Grundlage im BVergG finden, ist der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten hierüber zu entscheiden nicht berufen.

5. Zur Rechtzeitigkeit des Antrages:

5.1. Gemäß § 14 K-VergRG ist nach der Zuschlagserteilung ein Antrag auf Feststellung gemäß § 6 Abs. 3 od. 4 K-VergRG unzulässig, wenn er nicht spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages gestellt wird. 5.1. Gemäß Paragraph 14, K-VergRG ist nach der Zuschlagserteilung ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 6, Absatz 3, od. 4 K-VergRG unzulässig, wenn er nicht spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages gestellt wird.

Anträge auf Nachprüfung vor der Zuschlagserteilung sind beim Unabhängigen Verwaltungssenat innerhalb der, in der Anlage genannten Frist gemäß § 14 Abs. 1 K VergRG einzubringen. Im Sinne der Anlage ist bei der Direktvergabe im Unterschwellenbereich unverzüglich ab Kenntnis der Antrag auf Nachprüfung einzubringen. Anträge auf Nachprüfung

vor der Zuschlagserteilung sind beim Unabhängigen Verwaltungssenat innerhalb der, in der Anlage genannten Frist gemäß Paragraph 14, Absatz eins, K VergRG einzubringen. Im Sinne der Anlage ist bei der Direktvergabe im Unterschwellenbereich unverzüglich ab Kenntnis der Antrag auf Nachprüfung einzubringen.

5.2. Wenn nun die Antragstellerin selbst davon ausgeht, dass sie am 3.11.2005 Kenntnis von der Vergabe erhalten hat, so wäre ein Nachprüfungsantrag vor der Zuschlagserteilung im Sinne der Behauptungen der Antragstellerin auch deshalb unzulässig, zumal diese nicht unverzüglich nach Kenntnis, sondern erst am 14.12.2005 den Nachprüfungsantrag überreicht hat. Es wird daher jedenfalls der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Nichtigklärung schon gemäß § 14 Abs. 1 K VergRG als verspätet schon aus diesem Grunde zurückzuweisen, allenfalls abzuweisen sein. 5.2. Wenn nun die Antragstellerin selbst davon ausgeht, dass sie am 3.11.2005 Kenntnis von der Vergabe erhalten hat, so wäre ein Nachprüfungsantrag vor der Zuschlagserteilung im Sinne der Behauptungen der Antragstellerin auch deshalb unzulässig, zumal diese nicht unverzüglich nach Kenntnis, sondern erst am 14.12.2005 den Nachprüfungsantrag überreicht hat. Es wird daher jedenfalls der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Nichtigklärung schon gemäß Paragraph 14, Absatz eins, K VergRG als verspätet schon aus diesem Grunde zurückzuweisen, allenfalls abzuweisen sein.

Da aber der Antrag auf Nichtigklärung kumuliert und nicht ergänzend oder alternativ gestellt wurde, wird das gesamte Begehren zurück- allenfalls abzuweisen sein.

5.3. Im übrigen wird ausdrücklich die Präklusion der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten eingewandt, zumal die Antragstellerin die nunmehr behaupteten Rechtswidrigkeiten bereits im Rahmen einer Nachprüfung der Ausschreibung selbst geltend machen hätten können. Zudem ist davon auszugehen, dass im Hinblick auf die von der Antragstellerin behauptete, tatsächlich jedoch nicht durchzuführende Verfahrensart des offenen Verfahrens oder aber des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die gesetzlichen Fristen für die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nicht eingehalten wurden.

6. Zur Vergebühung:

6.1. Doch selbst wenn wider Erwarten nicht bereits aus den dargestellten Gründen dem Antrag der Erfolg zu versagen ist, so hat es die Antragstellerin dennoch unterlassen, fristgerecht ihre Anträge ordnungsgemäß gem § 21 K-VergRG zu vergebühren. 6.1. Doch selbst wenn wider Erwarten nicht bereits aus den dargestellten Gründen dem Antrag der Erfolg zu versagen ist, so hat es die Antragstellerin dennoch unterlassen, fristgerecht ihre Anträge ordnungsgemäß gem Paragraph 21, K-VergRG zu vergebühren.

Sowohl ein Antrag auf Feststellung, wie auch ein Antrag auf Nichtigklärung sind jeweils gesondert gem § 21 Abs 1 Z 1 und 2 K-VergRG zu vergebühren. Sowohl ein Antrag auf Feststellung, wie auch ein Antrag auf Nichtigklärung sind jeweils gesondert gem Paragraph 21, Absatz eins, Ziffer eins und 2 K-VergRG zu vergebühren.

Der Nachweis über die Entrichtung der Gebühren hat bereits mit der Antragstellung gem § 11 Abs 1 Z 9 K-VergRG, sowie gem § 13 Abs 1 Z 7 K-VergRG jeweils in Verbindung mit § § 21 Abs 3 K-VergRG zu erfolgen. Der Nachweis über die Entrichtung der Gebühren hat bereits mit der Antragstellung gem Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 9, K-VergRG, sowie gem Paragraph 13, Absatz eins, Ziffer 7, K-VergRG jeweils in Verbindung mit Paragraph Paragraph 21, Absatz 3, K-VergRG zu erfolgen.

6.2. Da die Antragstellerin sowohl eine Feststellung, wie auch eine Nichtigklärung begehrt, hätte sie für beide Anträge gesondert die Gebühr im Sinne des § 21 K VergRG zu entrichten gehabt. Tatsächlich hat die Antragstellerin ausgehend von der Behauptung es hätte ein offenes Verfahren oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt werden müssen, die Gebühr nur einmal entrichtet. Da dieser Mangel der Antragstellung nicht behebbar ist, wird der Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen sein. 6.2. Da die Antragstellerin sowohl eine Feststellung, wie auch eine Nichtigklärung begehrt, hätte sie für beide Anträge gesondert die Gebühr im Sinne des Paragraph 21, K VergRG zu entrichten gehabt. Tatsächlich hat die Antragstellerin ausgehend von der Behauptung es hätte ein offenes Verfahren oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt werden müssen, die Gebühr nur einmal entrichtet. Da dieser Mangel der Antragstellung nicht behebbar ist, wird der Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen sein.

7. Aus all den dargestellten Gründen stellt der Antragsgegner an den Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten nachstehende

ANTRÄGE:

Der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1. den Antrag der Antragstellerin, wonach durch den Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten festgestellt werden wolle, dass im Vergabeverfahren des xxx zur Vergabe der Bauarbeiten für den Kunstrasenplatz, die Vergrößerung der Hauptspielfläche, einer Flutlichtanlage und einer automatischen Bewässerungsanlage im Sportpark xxx wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch- und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, und die Wahl des Verfahrens Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt ist und die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers für nichtig erklärt werden wolle, zurückweisen,

in eventu

2. den Antrag der Antragstellerin, wonach durch den Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten festgestellt werden wolle, dass im Vergabeverfahren des xxx zur Vergabe der Bauarbeiten für den Kunstrasenplatz, die Vergrößerung der Hauptspielfläche, einer Flutlichtanlage und einer automatischen Bewässerungsanlage im Sportpark xxx wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch- und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, und die Wahl des Verfahrens Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt ist und die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers für nichtig erklärt werden wolle, abweisen.“

Die Antragsgegnerin hat die Vereinsstatuten des xxx vorgelegt. Aus den Vereinsstatuten geht u.a. hervor, dass es sich beim xxx um einen gemeinnützigen überparteilichen Verein handelt, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet ist. Zweck des Vereines ist die körperliche und geistige Ertüchtigung seiner Mitglieder durch Pflege des Fußballsportes sowie aller Arten von Leibesübungen für den Mannschaftssport, die sportliche Ausbildung aller Altersstufen für den Fußballsport sowie die Erwerbung, Errichtung, Ausgestaltung und der Betrieb von Sportstätten sowie Sporthallen und Vereinslokalitäten. Die erforderlichen materiellen Mittel sollen u. a. durch Beitrittsgebühren und Mitgliedsbeiträge, Erträge aus Veranstaltungen und vereinseigenen Unternehmungen, Spenden, Sammlungen, öffentlichen Subventionen, Vermächtnissen und sonstigen Zuwendungen sowie Aufnahme eines Darlehens (welcher Art auch immer), welches durch Funktionäre und Mitglieder des Vereines nicht gestattet ist, aufgebracht werden.

Darüber hinaus enthalten die Statuten Bestimmungen hinsichtlich der Arten der Mitgliedschaft sowie der Vereinsorgane.

Mit Stellungnahme vom 21.12.2005 (ONr. 6) hat die Stadt xxx mitgeteilt, dass die xxx bis heute keinen Förderungsvertrag mit dem Verein xxx über Umbauarbeiten im Sportpark xxx abgeschlossen hat. Es sei lediglich eine mündliche Absichtserklärung abgegeben worden.

Mit Schreiben vom 30.12.2005 (ONr. 7) ist dem Unabhängigen Verwaltungssenat ein Schreiben der Abteilung 3 – Gemeinde des Amtes der Kärntner Landesregierung zugegangen, aus dem u. a. hervorgeht, dass allein aus dem Umstand, dass der xxx Förderungen oder Zusicherungen vom xxx erhalten haben soll oder erhalten hat, sich nicht ergebe, dass das xxx zum Antragsgegner der xxx GmbH, in dem beim UVS anhängigen Verfahren, werde.

Mit Schreiben vom 9.1.2006 (ONr. 11) teilte die Abteilung 6 des Amtes der Kärntner Landesregierung mit, dass das xxx gemäß den Bestimmungen des Kärntner Sportgesetzes für die Verbreiterung des Hauptspielfeldes auf internationale Maße, den Bau eines Kunstrasenplatzes gemäß den internationalen Normen sowie die Errichtung einer Flutlichtanlage eine Förderungszusage von 25 % der Gesamtkosten in Höhe von insgesamt € 150.000,-- beschlossen habe. Dieser Betrag solle in zwei Raten zu jeweils € 75.000,-- gemäß Baufortschritt bezahlt werden. Die erste Rate sei bereits ausbezahlt worden, da der Kunstrasenplatz bereits fertiggestellt sei und benützt werde. Im Übrigen wird in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass bei diesem Bauvorhaben ca. 2.000 unentgeltliche Stunden von ehrenamtlichen Funktionären und Helfern geleistet worden seien. Insgesamt könne nicht davon ausgegangen werden, dass das xxx zum Antragsgegner der xxx GmbH in dem beim UVS anhängigen Verfahren werde.

Mit Schriftsatz vom 21.2.2006 (ONr. 17) hat die Antragstellerin vorgebracht, dass der Antragsgegner im Jahr 2004 insgesamt € 374.432,-- an Förderungen erhalten habe. Die Installation einer Flutlichtanlage sei mit € 20.000,--, der xxx sei von der Stadt mit € 168.432,-- sowie durch Weitergabe von Bedarfszuweisungsmitteln des xxx mit weiteren € 186.000,-- gefördert worden. Auch im Jahr 2005 seien dem Verein Subventionen in Höhe von insgesamt € 225.000,-- in Aussicht gestellt worden. Im Jahr 2006 werden zumindest € 25.000,-- zur Verfügung gestellt werden. Sämtliche Förderungen seien dabei einer Gesamtbetrachtung zu unterwerfen und komme es auf das Überwiegen des öffentlichen Förderungsanteils an der Gesamtfinanzierung des Vereines insgesamt an. Der Antragsgegner habe somit als verdeckter Treuhänder und verdeckter Stellvertreter der Stadt xxx agiert, was jedenfalls eine Haftung der Stadt xxx für den begangenen Vergabeverstoß bewirke. Der Antragsgegner nehme jedenfalls Allgemeininteressen wahr, was sich bereits daraus ergebe, dass er in einem erheblichen Ausmaß öffentliche Förderungsmittel erhalte. Auch aus den Vereinsstatuten ergebe sich, dass der Antragsgegner im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten ausübe. In den Jahren 2004 und 2005 haben die öffentliche Finanzierungen bei weitem überwogen. Beim gegenständlichen Bauvorhaben seien daher die Bestimmungen des Vergaberechtsschutzes offensichtlich umgangen worden. Aus all diesen Erwägungen heraus sei daher jedenfalls die Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten gegeben.

Mit Stellungnahme vom 14.3.2006 (Beilage .A) hat der Antragsgegner das Vorbringen der Antragstellerin im Beweisantrag vom 21.2.2006 (ONr. 17) bestritten. Der Antragsgegner führte aus, dass die Förderungen des Jahres 2004 nur ein Projekt betroffen haben und nicht zur Sicherstellung des laufenden Vereinsbetriebes gedient haben. Bislang seien überhaupt nur Subventionen im Ausmaß von € 75.000,-- ausbezahlt worden; weitergehende Subventionen seien bislang nicht erfolgt. Im § 8 BVergG 2002 habe der Gesetzgeber ausdrücklich die Anwendung des BVergG 2002 nur bei der Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich normiert, soweit eine Subventionierung zu mehr als 50 % erfolgt sei. Dies treffe im gegenständlichen Fall jedoch nicht zu. Die Einzelsubventionierung erfolgte für einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Auch der Umstand, dass die Förderungsbestimmungen eine Übertragung der Investitionen in das Eigentum der Stadt xxx vorsehen, sei für die Entscheidung und Zuständigkeit in der gegenständlichen Rechtssache völlig unerheblich. Mit Stellungnahme vom 14.3.2006 (Beilage .A) hat der Antragsgegner das Vorbringen der Antragstellerin im Beweisantrag vom 21.2.2006 (ONr. 17) bestritten. Der Antragsgegner führte aus, dass die Förderungen des Jahres 2004 nur ein Projekt betroffen haben und nicht zur Sicherstellung des laufenden Vereinsbetriebes gedient haben. Bislang seien überhaupt nur Subventionen im Ausmaß von € 75.000,-- ausbezahlt worden; weitergehende Subventionen seien bislang nicht erfolgt. Im Paragraph 8, BVergG 2002 habe der Gesetzgeber ausdrücklich die Anwendung des BVergG 2002 nur bei der Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich normiert, soweit eine Subventionierung zu mehr als 50 % erfolgt sei. Dies treffe im gegenständlichen Fall jedoch nicht zu. Die Einzelsubventionierung erfolgte für einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Auch der Umstand, dass die Förderungsbestimmungen eine Übertragung der Investitionen in das Eigentum der Stadt xxx vorsehen, sei für die Entscheidung und Zuständigkeit in der gegenständlichen Rechtssache völlig unerheblich.

In der Verhandlung am 15.3.2006 (ONr. 19) brachte die Antragstellerin vor, dass dem Antragsgegner für die Erweiterung des Fußballbetriebes 1.500 m² zusätzliche Grundstücksfläche, welche sich im Eigentum der Stadt xxx befindet, zur Verfügung gestellt werde. Überdies stehe das gesamte Areal des Vereines im Eigentum der Stadt und

werde dieses Areal schon seit vielen Jahren dem Antragsgegner für den Fußballbetrieb unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Diese Zurverfügungstellung des Grundstückes stelle jedenfalls eine Finanzierung des laufenden Betriebes des Antragsgegners dar. Daraus sei abzuleiten, dass das Merkmal einer überwiegenden Finanzierung durch die öffentliche Hand vorliege.

Der Antragsgegner hat dem entgegengehalten, dass er für dieses Areal bislang eine jährliche Pacht im Ausmaß von € 500,-- bezahlt habe. Weiters brachte der Antragsgegner vor, dass der Bauauftrag zwischenzeitig fertiggestellt worden ist (15. Dezember 2005), wobei sich die Gesamtkosten für das Projekt auf insgesamt € 566.000,-- (ohne USt) belaufen haben. Die Erdarbeiten seien bei diesem Projekt an die Firma xxx in xxx vergeben worden und haben die Kosten dafür € 280.000,-- betragen. In geringerem Umfang seien auch andere Firmen mit der Durchführung von diversen Arbeiten beauftragt worden. Darüber hinaus habe der Verein Eigenleistungen in Höhe von ca. € 150.000,-- erbracht. Zum Zeitpunkt des Baubeginns seien dem Antragsgegner durch das xxx Förderungsmittel in Höhe von € 150.000,-- in Aussicht gestellt worden. Im Dezember 2005 seien € 75.000,-- überwiesen worden. Im November 2005 habe die Stadt xxx eine Absichtserklärung abgegeben, und dem Verein insgesamt € 250.000,-- in Aussicht gestellt. Bislang sei jedoch seitens der Stadt xxx noch kein Geld für das bereits abgeschlossene Projekt überwiesen worden. Für die zwischenzeitige Finanzierung habe der Verein ein Darlehen bei einer Bank im Ausmaß von ca. € 400.000,-- aufgenommen und hafte für deren Einbringlichkeit der Vereinsobmann. Der Antragsgegner räumte ein, dass der Verein im Jahr 2004 von der Stadt xxx für die Installation einer Flutlichtanlage € 20.000,-- erhalten habe. Für die Errichtung des Jugendzentrums xxx, welches sich auf dem Vereinsareal befindet, seien dem Verein Subventionen in Höhe von € 168.432,-- sowie € 186.000,-- ausbezahlt worden. Diese Subventionen betreffen jedoch ein Projekt, bei dem das errichtete Gebäude zur Hälfte dem Verein xxx und zur anderen Hälfte dem Verein xxx zur Verfügung steht. Organisatorisch haben jedoch der Verein sowie xxx miteinander nichts zu tun. Weiters führte der Antragsgegner aus, dass die Sportanlage des xxx, neben den Vereinsmitgliedern, auch von der Fußballakademie des xxx sowie dem xxx benützt werde. Diesbezüglich gebe es einen Kooperationsvertrag.

Der Antragsgegner wies darauf hin, dass es in xxx zumindest neun Fußballvereine gebe. In den Umgebungsgemeinden von xxx gebe es zumindest noch 30 weitere Fußballvereine. Diese Vereine spielen in diversen Regional-, Bezirks- oder Nachwuchsligen-Meisterschaft und stehen diese Vereine durchaus in einem sportlichen Konkurrenzverhältnis zueinander. Damit sei auch eine wirtschaftliche Konkurrenz verbunden, zumal ein sportlicher Erfolg zwangsläufig höhere Zuschauerzahlen bewirke. Je höherwertig die Liga sei, in dem ein Verein spiele, desto höher seien auch die Einnahme aus dem Spielbetrieb, aber auch die Ausgaben.

Die Antragstellerin brachte im Zuge der Verhandlung weiters vor, dass für die Nutzung eines Areals von 15.000 m² eine jährliche Pacht von € 500,-- jedenfalls unter dem ortsüblichen Preis für eine Verpachtung oder Vermietung liege und daher eine Finanzierung der laufenden Betriebsaufwendungen iSd § 7 Abs. 1 Z 2 lit. c des BVergG 2002 darstelle. Der marktübliche Preis für eine Verpachtung des Areals würde zumindest € 180.000,-- betragen und stelle das gegenständliche Pachtentgelt jedenfalls eine Finanzierung des Vereines durch die Öffentlichkeit dar. Die Antragstellerin brachte im Zuge der Verhandlung weiters vor, dass für die Nutzung eines Areals von 15.000 m² eine jährliche Pacht von € 500,-- jedenfalls unter dem ortsüblichen Preis für eine Verpachtung oder Vermietung liege und daher eine Finanzierung der laufenden Betriebsaufwendungen iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, des BVergG 2002 darstelle. Der marktübliche Preis für eine Verpachtung des Areals würde zumindest € 180.000,-- betragen und stelle das gegenständliche Pachtentgelt jedenfalls eine Finanzierung des Vereines durch die Öffentlichkeit dar.

In der Verhandlung am 3.5.2006 (ONr. 26) hat der Zeuge xxx (xxx) ausgesagt, dass dem Antragsgegner für die Errichtung des verfahrensgegenständlichen Vorhabens seitens des xxx gemäß den Bestimmungen des Kärntner Sportgesetzes eine Förderung von insgesamt € 150.000,-- zugesagt worden sei, wobei das xxx zwischenzeitig bereits den Gesamtbetrag überwiesen habe (die zweite Rate sei im April 2006 überwiesen worden). Weitere Subventionsmittel gemäß den Bestimmungen des Kärntner Sportgesetzes seien dem Antragsgegner für dieses Projekt nicht gewährt worden. Weiters führte der Zeuge in diesem Zusammenhang aus, dass für die Subventionierung des Sportstättenbaus in Kärnten im Jahr 2005 ein Budget von € 3.096.000,-- zur Verfügung gestanden ist, wobei diese Mittel auf ca. 400 Vereine aufgeteilt werden. Mit den Subventionen durch das xxx alleine wäre es jedenfalls nicht möglich, Sportstätten zu errichten und sei es in Kärnten üblich, dass die Vereine bei der Errichtung von Sportstätten sehr viel an Eigenleistung erbringen. auch gegenständlich haben ehrenamtliche Mitarbeiter des Antragsgegners sehr viele

Eigenleistungen erbracht und sei davon auszugehen, dass die unentgeltlich geleisteten Stunden ca. 2.000 betragen haben. Weiters gab der Zeuge an, dass ein wesentliches Kriterium für die gegenständliche Förderung gewesen sei, dass neben dem Antragsgegner auch die xxx sowie das xxx die Sportstätte benützen können.

Der informierte Vertreter der Stadt xxx, Mag. xxx, gab in der Verhandlung an, dass es zutreffend sei, dass der xxx am 22.11.2005 beschlossen habe, dem Antragsgegner für das verfahrensgegenständliche Projekt einen Förderungszuschuss von insgesamt € 225.000,-- zu gewähren. Eine konkrete Förderungsvereinbarung zwischen dem Antragsgegner und der Stadt xxx sei allerdings noch nicht abgeschlossen worden und seien daher noch keinerlei Geldmittel an den Verein (Antragsgegner) geflossen.

In einer weiteren Stellungnahme vom 24.5.2006 (ONr. 33) wies der Antragsgegner darauf hin, dass der jährliche Pachtzins von € 500,-- jedenfalls angemessen sei, zumal die Liegenschaft neben dem Antragsgegner auch von der xxx sowie dem xxx genutzt werde. Die Kosten für die Benützung des Sportplatzes und der darauf errichteten Gebäude habe ausschließlich der Antragsgegner zu tragen, welche daher auch das alleinige wirtschaftliche Risiko für den Betrieb des Pachtgegenstandes zu tragen habe. Im Übrigen sei das gegenständliche Projekt wesentlich umfangreicher und beziehe sich nicht nur auf den Bau des Kunstrasenplatzes, die Erweiterung des Naturrasenplatzes, die Erweiterung der Bewässerungsanlage sowie die Erweiterung der Flutlichtanlage, zumal für die Herstellung eines einheitlichen Gesamtbildes auch die Errichtung einer Zaunanlage, die Errichtung bzw. Einbau einer Sickeranlage unter dem Naturrasenplatz, die Errichtung von zwei Zuschauerbarrieren, sowie Wegeerrichtungsarbeiten (Verlegen von Waschbetonplatten sowie Verlegung von Pflastersteinen auf einer Fläche von ca. 280 m² samt Unterbau) erforderlich gewesen wären. Insgesamt habe der Antragsgegner Eigenleistungen in Höhe von € 932.947,68 erbracht. Der Antragsgegner stützt dieses Vorbringen auf die Angebote diverser Firmen und resultiere daraus ein Betrag in der oben genannten Höhe. Darüber hinaus beantragte der Antragsgegner eine Feststellung gemäß § 6 Abs. 3 Z 2 K-VergRG. In einer weiteren Stellungnahme vom 24.5.2006 (ONr. 33) wies der Antragsgegner darauf hin, dass der jährliche Pachtzins von € 500,-- jedenfalls angemessen sei, zumal die Liegenschaft neben dem Antragsgegner auch von der xxx sowie dem xxx genutzt werde. Die Kosten für die Benützung des Sportplatzes und der darauf errichteten Gebäude habe ausschließlich der Antragsgegner zu tragen, welche daher auch das alleinige wirtschaftliche Risiko für den Betrieb des Pachtgegenstandes zu tragen habe. Im Übrigen sei das gegenständliche Projekt wesentlich umfangreicher und beziehe sich nicht nur auf den Bau des Kunstrasenplatzes, die Erweiterung des Naturrasenplatzes, die Erweiterung der Bewässerungsanlage sowie die Erweiterung der Flutlichtanlage, zumal für die Herstellung eines einheitlichen Gesamtbildes auch die Errichtung einer Zaunanlage, die Errichtung bzw. Einbau einer Sickeranlage unter dem Naturrasenplatz, die Errichtung von zwei Zuschauerbarrieren, sowie Wegeerrichtungsarbeiten (Verlegen von Waschbetonplatten sowie Verlegung von Pflastersteinen auf einer Fläche von ca. 280 m² samt Unterbau) erforderlich gewesen wären. Insgesamt habe der Antragsgegner Eigenleistungen in Höhe von € 932.947,68 erbracht. Der Antragsgegner stützt dieses Vorbringen auf die Angebote diverser Firmen und resultiere daraus ein Betrag in der oben genannten Höhe. Darüber hinaus beantragte der Antragsgegner eine Feststellung gemäß Paragraph 6, Absatz 3, Ziffer 2, K-VergRG.

In der Verhandlung am 8.6.2006 (ONr. 36) hat die Antragstellerin ein Kurz-Gutachten über den angemessenen Pachtzins, der auf dem Grundstück xxx KG xxx errichteten Sportstätte, vorgelegt. Aus diesem Gutachten geht zusammenfassend hervor, dass der angemessene Pachtzins für dieses Grundstück jährlich € 120.000,-- netto betragen müsste.

Der Zeuge xxx sagte in der Verhandlung am 8.6.2006 im Wesentlichen zusammengefasst aus, dass der xxx am 22.11.2005 einen Grundsatzbeschluss, betreffend der Gewährung von Förderungsmitteln in Höhe von € 225.000,-- an den Antragsgegner, gefasst habe. Diese Förderung sei u. a. deswegen beschlossen worden, weil das xxx ebenfalls Förderungsmittel von € 225.000,-- zugesagt habe und das Projekt insgesamt ein förderungswürdiges Vorhaben darstelle, zumal die Antragsgegnerin in den letzten Jahrzehnten vorbildlich gearbeitet habe und auch die Sportstätte des Vereines als vorbildlich zu bezeichnen sei. Der Antragsgegner habe auch sehr viele Eigenleistungen eingebracht und seien diese Eigenleistungen mit 60 % des gegenständlichen Auftragsvolumens zu bewerten. Solche Eigenleistungen seien jedoch auch bei anderen Sportvereinen üblich, zumal die öffentliche Hand nicht in der Lage sei, solche Projekte zu 100 % zu finanzieren. Die Sportanlage stehe jedenfalls dem xxx, aber auch der Öffentlichkeit, zur Verfügung, wobei jedoch die Verfügungsgewalt über die Sportanlage ausschließlich dem Verein zukomme. Der Stadt xxx stehe diesbezüglich kein Zugriffsrecht zu. Im Falle einer Nutzung der Sportstätte durch die Stadt xxx müsse immer das

Einvernehmen mit dem Verein hergestellt werden. Der Zeuge gab weiters an, dass bislang bezüglich der in Aussicht gestellten Förderungsmitteln in Höhe von € 225.000,-- mit dem Antragsgegner kein Förderungsvertrag abgeschlossen worden sei. Bei der Förderungszusage von € 225.000,-- handle es sich um eine projektbezogene Einmalförderung, welche das gesamte Bauvorhaben betroffen habe. Das wirtschaftliche Risiko für die Errichtung und Durchführung der gegenständlichen Maßnahmen trage ausschließlich der Verein. Auch für die wirtschaftliche Gebarung sei ausschließlich der Verein verantwortlich. Förderungen der xxx seien derart gestaltet, dass die Stadt das Recht hat zu überprüfen, ob die gewährten Subventionen auch widmungsgemäß verwendet werden. Neben dieser projektbezogenen Einzelförderung habe der Antragsgegner in den letzten Jahren auch Basisförderungen in Höhe von € 500,-- bis € 1.000,- jährlich erhalten.

Der Obmann des Vereines xxx (Antragsgegner) bestätigte im Wesentlichen die Ausführungen des Zeugen Dr. xxx und wies er neuerlich darauf hin, dass der Verein von der ehrenamtlichen Mitarbeit seiner Mitglieder abhängig sei und dass der Verein wirtschaftlich nicht überleben könnte, wenn sämtliche Aufträge an „Firmen“ vergeben werden. Seine Aufgabe als Obmann des Vereines sei es dafür zu sorgen, dass dem Verein möglichst viele ehrenamtliche Helfer zur Verfügung stehen. Der Verein sei von Privatsponsoren, Eintrittsgeldern, Erlösen aus der Gastronomie, Werbeeinnahmen, Veranstaltungen, Ausbildungsentschädigung der Eltern für das Training der Kinder, abhängig. Auch die jährlich anfallenden Sanierungsmaßnahmen müsse der Verein aus eigenen Mitteln bestreiten, wobei dem Verein zugute komme, dass sehr viele Mitglieder „Handwerker“ seien, die auch in der Lage seien, qualifizierte Arbeiten zu verrichten. Insgesamt habe der Verein gegenständlich 6.867 unentgeltliche Arbeitsstunden (jeweils € 25,--/Stunde) eingebracht und ergebe dies einen Betrag von € 171.675,--. Die Kosten für Platzsanierung, Düngen, Mähen sowie die Kosten für Strom, Wasser, Kanal und Heizöl seien mit € 36.000,-- zu bewerten und ergebe dies einen Gesamtbetrag von jährlich € 207.675,--.

Der Zeuge xxx, informierter Vertreter der Abteilung 3, Gemeindewesen, des Amtes der Kärntner Landesregierung, gab in der Verhandlung am 8.6.2006 an,

dass das xxx der Stadt xxx am 4.6.2005 eine Sonderbedarfszuweisung in Höhe von € 145.345,-- überwiesen habe und sei dieser Betrag für die Überdachung der Sitztribüne des xxx vorgesehen gewesen. Diese Arbeiten seien von einem konzessionierten Unternehmen in den Monaten März und April 2005 erbracht worden. Diese Sonderbedarfszuweisung sei vom xxx deswegen gewährt worden, weil bezüglich des Tribünenprojektes eine rechtswirksame Förderungsvereinbarung vorgelegen sei. In dieser Vereinbarung sei auch der Passus enthalten, dass die Bestimmungen des K-VergG 1997 einzuhalten seien. Für die Errichtung des verfahrensgegenständlichen Vorhabens (Kunstrasen, Sanierung und Erweiterung des bestehenden Rasenplatzes, die Errichtung der Flutlichtanlage, die Errichtung von Zäunen, die Errichtung der Versickerungsanlage sowie die Errichtung bzw. Sanierung diverser Wege) sei seitens des xxx keine Sonderbedarfszuweisung ausbezahlt worden.

Die Antragstellerin brachte in der Verhandlung ergänzend vor, dass davon auszugehen sei, dass die Förderungsvereinbarungen jedenfalls einen Passus enthalten, wonach der Förderungswerber verpflichtet sei, das Kärntner Auftragsvergabegesetz 1997 zu beachten. Es sei daher davon auszugehen, dass auch noch zukünftig abzuschließende Fördervereinbarungen einen solchen Passus enthalten. Die Antragstellerin beantragte die Beischaffung der bezughabenden Fördervereinbarungen der Stadt xxx.

Der Antragsgegner hat sich gegen diesen Beweisantrag ausgesprochen, mit der Begründung, dass es sich bei diesen Anträgen um einen unzulässigen Erkundungsbeweis handle.

In ihren Schlussvorträgen haben die Parteien ihre bisher gestellten Anträge aufrecht erhalten.

Der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten hat erwogen:

Der vorliegende Feststellungsantrag erfüllt die im § 13 K-VergRG normierten formalen Voraussetzungen; es wurden auch die Nachweise über die Errichtung der Gebühr vorgelegt. Die Anträge sind auch innerhalb der im § 14 Abs. 2 K-VergRG festgelegten Frist eingebracht worden. Der vorliegende Feststellungsantrag erfüllt die im Paragraph 13, K-VergRG normierten formalen Voraussetzungen; es wurden auch die Nachweise über die Errichtung der Gebühr vorgelegt. Die Anträge sind auch innerhalb der im Paragraph 14, Absatz 2, K-VergRG festgelegten Frist eingebracht worden.

Festzuhalten ist weiters, dass auf Grund des § 345 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006, für das

gegenständliche Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des § BVergG 2002, BGBl I Nr. 99/2002 idgF, Anwendung finden, da die gegenständlichen Baumaßnahmen noch im Jahr 2005 zur Ausführung und Fertigstellung gelangt sind. Festzuhalten ist weiters, dass auf Grund des Paragraph 345, Absatz eins und Absatz 2, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des Paragraph BVergG 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, idgF, Anwendung finden, da die gegenständlichen Baumaßnahmen noch im Jahr 2005 zur Ausführung und Fertigstellung gelangt sind.

Die Bestimmungen des BVergG 2002 sowie des K-VergRG 2002 gelten ausschließlich für die im Gesetz näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber und Sektoren Auftraggeber (persönlicher Geltungsbereich des Gesetzes). Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren war daher – wie dies auch aus dem Antrag hervorgeht – die Frage zu prüfen, ob der Verein xxx als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist.

Der bezug habende § 7 Abs. 1 Z 1, Z 2 lit. a, b und c BVergG 2002 lautet: Der bezug habende Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins,, Ziffer 2, Litera a, b und c BVergG 2002 lautet:

„Dieses Bundesgesetz gilt für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,

2. Einrichtungen, 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 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“ c) 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“

Auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmungen müssen die in den lit. a bis c aufgezählten Merkmale kumulativ vorliegen, um eine Einrichtung als öffentlichen Auftraggeber zu qualifizieren. Auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmungen müssen die in den Litera a bis c aufgezählten Merkmale kumulativ vorliegen, um eine Einrichtung als öffentlichen Auftraggeber zu qualifizieren.

Zum Einwand der Antragstellerin, dass der Antragsgegner überwiegend vom xxx sowie der xxx, somit öffentlichen Auftraggebern, iSd § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002 finanziert worden ist: Zum Einwand der Antragstellerin, dass der Antragsgegner überwiegend vom xxx sowie der xxx, somit öffentlichen Auftraggebern, iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 finanziert worden ist:

Auf Grund des Vorbringens der Verfahrensparteien ist davon auszugehen, dass das verfahrensgegenständliche Projekt die Errichtung des Kunstrasenplatzes, die Errichtung der Flutlichtanlage, die Sanierung und Verbreiterung des vorhandenen Naturrasenplatzes, die Errichtung der Bewässerungsanlage, die Errichtung der Zaunanlage, die Errichtung der Versickerungsanlage sowie die Pflasterung und Adaptierung von Wegen sowie von sonstigen Sanierungsmaßnahmen, umfasst. Die Gesamtkosten für dieses Projekt wurden vom Antragsgegner mit insgesamt € 566.000,-- (ohne USt) angegeben.

Sämtliche der genannten Baumaßnahmen sind bereits größtenteils fertiggestellt. An Förderungsmitteln für dieses Vorhaben hat der Antragsgegner bislang vom xxx aus Mitteln der Kärntner Sportförderung eine Subvention in Höhe von € 150.000,-- erhalten. Der xxx hat bezüglich dieses Projektes den Grundsatzbeschluss gefasst, das gegenständliche Vorhaben mit insgesamt € 225.000,-- zu fördern. Bislang ist allerdings hinsichtlich dieser Förderungsmittel noch kein Förderungsvertrag zwischen der xxx und dem Antragsgegner abgeschlossen worden und sind demzufolge auch keinerlei finanziellen Mittel an den Antragsgegner geflossen.

Abgesehen von diesen projektbezogenen Förderungen erhält der Antragsgegner von der Stadt xxx einen jährlichen Beitrag zu den Betriebskosten von € 1.000,--. Darüber hinaus stellt die Stadt xxx dem Antragsgegner das gesamte Areal für die Sportstätte zu einem jährlichen Pachtzins von € 500,-- zur Verfügung.

Wenngleich der Antragsgegner seine finanzielle Gebarung nicht im Detail dargelegt hat, und auch die Kosten des Gesamtprojektes im Hinblick darauf, dass ein hoher Anteil an Eigenleistungen erbracht wurde und allfällige Kosten von konzessionierten Firmen nur in Form von Kostenvoranschlägen vorliegen, nicht konkret festzustellen sind, vermochte die Antragstellerin dennoch nicht unter Beweis zu stellen, dass das verfahrensgegenständliche Projekt bzw. der Antragsteller überwiegend vom xxx bzw. der xxx finanziert worden ist, zumal die von der xxx in Aussicht gestellten Subventionsgelder dem Antragsgegner bislang noch nicht ausbezahlt worden sind.

Dem Einwand der Antragstellerin, dass der vom Antragsgegner jährlich bezahlte Pachtzins für die Benützung der Liegenschaft keinesfalls den ortsüblichen Gegebenheiten entspreche und bereits daraus eine überwiegende Finanzierung des Antragsgegners durch einen öffentlichen Auftraggeber (xxx) abzuleiten sei, ist entgegenzuhalten, dass selbst wenn man davon ausgeht, dass die vom Antragsgegner bezahlte jährliche Pacht nicht den ortsüblichen Gegebenheiten entspricht, dieser Umstand für das verfahrensgegenständliche Vorhaben nicht von Belang ist, zumal durch eine möglicherweise kostengünstige Verpachtung einer Liegenschaft alleine noch nicht dargelegt wird, dass gegenständlich eine überwiegende Finanzierung (auf jährlicher Basis) durch einen öffentlichen Auftraggeber vorliegt. Auch der unbestritten gebliebene Einwand der Antragstellerin, dass in den letzten Jahren verschiedenste Projekte des Antragsgegners teilweise durch öffentliche Mittel gefördert worden seien (Überdachung der Tribünenanlage, Errichtung eines Gebäudes, welches vom Verein xxx, aber auch dem Verein genutzt wird), vermag nicht darzutun, dass es sich beim Antragsgegner um eine Einrichtung iSd § 7 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2002 handelt, zumal diese Projekte in keinem Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Baumaßnahmen stehen. Dem Einwand der Antragstellerin, dass der vom Antragsgegner jährlich bezahlte Pachtzins für die Benützung der Liegenschaft keinesfalls den ortsüblichen Gegebenheiten entspreche und bereits daraus eine überwiegende Finanzierung des Antragsgegners durch einen öffentlichen Auftraggeber (xxx) abzuleiten sei, ist entgegenzuhalten, dass selbst wenn man davon ausgeht, dass die vom Antragsgegner bezahlte jährliche Pacht nicht den ortsüblichen Gegebenheiten entspricht, dieser Umstand für das verfahrensgegenständliche Vorhaben nicht von Belang ist, zumal durch eine möglicherweise kostengünstige Verpachtung einer Liegenschaft alleine noch nicht dargelegt wird, dass gegenständlich eine überwiegende Finanzierung (auf jährlicher Basis) durch einen öffentlichen Auftraggeber vorliegt. Auch der unbestritten gebliebene Einwand der Antragstellerin, dass in den letzten Jahren verschiedenste Projekte des Antragsgegners teilweise durch öffentliche Mittel gefördert worden seien (Überdachung der Tribünenanlage, Errichtung eines Gebäudes, welches vom Verein xxx, aber auch dem Verein genutzt wird), vermag nicht darzutun, dass es sich beim Antragsgegner um eine Einrichtung iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2002 handelt, zumal diese Projekte in keinem Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Baumaßnahmen stehen.

Auch die Voraussetzung des § 7 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2002, dass derartige Einrichtungen hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch einen öffentlichen Auftraggeber unterliegen, oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002 oder anderen Einrichtungen ernannt worden sind, ist gegenständlich nicht gegeben, zumal der Antragsgegner schlüssig und nachvollziehbar - unter Hinweis auf die von ihm vorgelegten Vereinsstatuten - dargelegt hat, dass den Subventionsgebern (xxx sowie xxx) keinerlei Einfluss auf die Vereinstätigkeit zukommt und dass den genannten Körperschaften auch keinerlei Aufsichtsrecht (abgesehen von der ordnungsgemäßen Verwendung der gewährten Förderungsmittel) zukommt. Auch die Voraussetzung des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2002, dass derartige Einrichtungen hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch einen öffentlichen Auftraggeber unterliegen, oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 oder anderen Einrichtungen ernannt worden sind, ist gegenständlich nicht gegeben, zumal der Antragsgegner schlüssig und nachvollziehbar - unter Hinweis auf die von ihm vorgelegten Vereinsstatuten - dargelegt hat, dass den Subventionsgebern (xxx sowie xxx) keinerlei Einfluss auf die Vereinstätigkeit zukommt und dass den genannten Körperschaften auch keinerlei Aufsichtsrecht (abgesehen von der ordnungsgemäßen Verwendung der gewährten Förderungsmittel) zukommt.

Im Übrigen wurde dieses Vorbringen auch durch die Aussagen der Vertreter der xxx sowie des xxx bestätigt und ist die Antragstellerin diesen Ausführungen nicht substantiell entgegengetreten.

Zur Voraussetzung nach § 7 Abs. 1 Z 2 lit. a BVergG 2002 („Einrichtungen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind“): Zur Voraussetzung nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2002 („Einrichtungen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind“):

Gemäß den Vereinsstatuten handelt es sich beim gegenständlichen Verein um einen gemeinnützigen und überparteilichen Verein, wobei die Tätigkeit des Vereines nicht auf Gewinn gerichtet ist. Zutreffend ist, dass eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht auf die „Nichtgewerblichkeit“ einer Tätigkeit hindeutet (vgl. EuGH 22.5.2003, Rs C 18/01 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen). Gemäß den Vereinsstatuten handelt es sich beim gegenständlichen Verein um einen gemeinnützigen und überparteilichen Verein, wobei die Tätigkeit des Vereines nicht auf Gewinn gerichtet ist. Zutreffend ist, dass eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht auf die „Nichtgewerblichkeit“ einer Tätigkeit hindeutet vergleiche EuGH 22.5.2003, Rs C 18/01 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen).

Dennoch kann auch auf Grund dieser Gegebenheiten nicht davon gesprochen werden, dass die Tätigkeit des Vereines xxx als nichtgewerblich zu qualifizieren ist, da der Antragsgegner zutreffend darauf hingewiesen hat, und wurde dies auch von der Antragstellerin nicht in Abrede gestellt, dass im politischen Bezirk xxx, aber auch im Nachbarbezirk xxx, also in den Nachbargemeinden, eine Vielzahl von Sportvereinen etabliert sind, wobei diese Vereine, sofern es sich um Fußballvereine handelt, jedenfalls in einem sportlichen Wettbewerb zueinander stehen. Darüber hinaus stehen jedoch sämtliche in der Umgebung etablierte Vereine, unabhängig von der Sportart, welche in diesen Vereinen ausgeübt wird, jedoch auch in einem wirtschaftlichen Wettbewerb zueinander, da das Angebot dieser Vereine auch für den Mitgliederstand und somit auch für die wirtschaftliche Gebarung von entscheidender Bedeutung ist.

Im Übrigen kommt dem Antragsgegner auch keine Betriebsverpflichtung zu und steht es dem Antragsgegner auch frei, aus eigenem zu entscheiden, wie der Vereinsbetrieb organisiert ist bzw. ob Mitglieder aufgenommen werden.

Auch der Umstand, dass die Stadt xxx das Recht hat, die gesamte Sportanlage einmal pro Woche für eigene Zwecke zu verwenden (von diesem Recht wurde bislang allerdings nur sporadisch Gebrauch gemacht) und dass gemäß den Vereinsstatuten das gesamte Vereinsvermögen - bei Auflösung des Vereins - in das Eigentum der Stadt xxx fällt, ist nicht dazu geeignet, darzutun, dass es sich beim Antragsgegner um einen öffentlichen Auftraggeber handelt.

Auch die Voraussetzung, dass der Antragsgegner eine im Allgemeininteresse Aufgabe zu besorgen hat, liegt nicht vor, da darunter ein gewisser Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge) zu verstehen ist, die im Interesse des Gemeinwohls vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird. So ist eine Tätigkeit, die mit den institutionellen Funktionieren des Staates zusammenhängt, als Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art zu qualifizieren.

Nach Auffassung des Unabhängigen Verwaltungssenates liegen jedoch diese Voraussetzungen gegenständlich nicht vor.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Antragsgegner die im § 7 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2002 normierten Voraussetzungen für eine „Einrichtung“ nicht erfüllt, sodass er daher auch aus diesem Grund nicht öffentlicher Auftraggeber iSd BVergG 2002 ist. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Antragsgegner die im Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2002 normierten Voraussetzungen für eine „Einrichtung“ nicht erfüllt, sodass er daher auch aus diesem Grund nicht öffentlicher Auftraggeber iSd BVergG 2002 ist.

Da somit der Antragsgegner nicht als Einrichtung iSd § 7 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2002 zu qualifizieren ist, kommt somit dem Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten keinerlei Zuständigkeit zu, gemäß den gestellten Anträgen, eine inhaltliche Entscheidung gemäß § 6 Abs. 3 K-VergRG (Feststellungsverfahren nach der Zuschlagsentscheidung) zu treffen. Da somit der Antragsgegner nicht als Einrichtung iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2002 zu qualifizieren ist, kommt somit dem Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten keinerlei Zuständigkeit zu, gemäß den gestellten Anträgen, eine inhaltliche Entscheidung gemäß Paragraph 6, Absatz 3, K-VergRG (Feststellungsverfahren nach der Zuschlagsentscheidung) zu treffen.

Aus all diesen Erwägungen heraus waren daher die Anträge der Antragstellerin mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zurückzuweisen.

Zur Kostenentscheidung:

§ 21 Abs. 4 K-VergRG lautet: Paragraph 21, Absatz 4, K-VergRG lautet:

„Der vor dem unabhängigen Verwaltungssenat – wenn auch nur teilweise – obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.“ „Der vor dem unabhängigen Verwaltungssenat – wenn auch nur teilweise – obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.“

Demzufolge war daher auch das Kostenbegehren der Antragstellerin gemäß § 21 Abs. 4 K-VergRG abzuweisen, da nur der vor den unabhängigen Verwaltungssenaten – wenn auch nur teilweise – obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 3 Abs. 1 Z 7 K-VergRG der Kärntner Vergabe-Publikations- und Pauschalgebührenverordnung – K-VPPV entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner hat (gegenständlich wurde von der Antragstellerin eine Eingabegebühr von € 2.500,-- entrichtet). Demzufolge war daher auch das Kostenbegehren der Antragstellerin gemäß Paragraph 21, Absatz 4, K-VergRG abzuweisen, da nur der vor den unabhängigen Verwaltungssenaten – wenn auch nur teilweise – obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 7, K-VergRG der Kärntner Vergabe-Publikations- und Pauschalgebührenverordnung – K-VPPV entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner hat (gegenständlich wurde von der Antragstellerin eine Eingabegebühr von € 2.500,-- entrichtet).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr zulässig.

H i n w e i s

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von sechs Wochen nach seiner Zustellung Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof und an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Sie muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung einer solchen Beschwerde ist eine Gebühr von € 180,-- zu entrichten.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12.12.2007, 2006/04/0179-9 wurde die Beschwerde gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten vom 31.08.2006, KUVS-1952/37/2005, abgewiesen.

Schlagworte

Vergaberecht, Vergabeverfahren, Auftragswesen, Bauarbeiten, Sportpark Direktvergabe, Zuschlagserteilung

Zuletzt aktualisiert am

29.05.2024

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at