

# TE Lvwg Erkenntnis 2014/4/2 KLVwG-782/11/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.04.2014

## Entscheidungsdatum

02.04.2014

## Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

97 Öffentliches Auftragswesen

L72002 Beschaffung Vergabe Kärnten

## Norm

B-VG Art14b Abs2 Z2 lit a

BVergG 2006 §2

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2 lit a

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §8

LVergRG Krnt 2014 §1

LVergRG Krnt 2014 §6

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 8 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

## Anmerkung

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. April 2015, Zahl: Ro 2014/04/0059-6, wurde die Revision gegen

das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten vom 02. April 2014, Zahl: KLVWG-782/11/2014, als unbegründet abgewiesen.

### **Text**

Das Landesverwaltungsgericht Kärnten hat durch den Richter xxx, über den Antrag der xxx GmbH, vertreten durch xxx, die Entscheidung bzw. Mitteilung der xxx GmbH, vertreten durch xxx das Kaufanbot vom 19.12.2013, weil nicht den Ausschreibungskriterien entsprechend, auszuscheiden, für nichtig zu erklären, wie folgt erkannt:

I.römisch eins.

Der Antrag der xxx GmbH vom 6.2.2014, die angefochtene Ausscheidensentscheidung der xxx GmbH vom 3.2.2014 für nichtig zu erklären, wird mangels Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 sowie des Kärntner Vergaberechtschutzgesetzes 2014 – K-VergRG 2014, LGBl. Nr. 95/2013 idGF, Der Antrag der xxx GmbH vom 6.2.2014, die angefochtene Ausscheidensentscheidung der xxx GmbH vom 3.2.2014 für nichtig zu erklären, wird mangels Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 sowie des Kärntner Vergaberechtschutzgesetzes 2014 – K-VergRG 2014, Landesgesetzblatt Nr. 95 aus 2013, idGF,

a b g e w i e s e n .

Die weiteren Anträge der xxx GmbH (Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Erlassung einer Entscheidung gemäß § 6 Abs. 3 Z 2 K-VergRG sowie auf Rückerstattung der entrichteten Pauschalgebühr durch die xxx GmbH in Höhe von Euro 511,--) werden Die weiteren Anträge der xxx GmbH (Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Erlassung einer Entscheidung gemäß Paragraph 6, Absatz 3, Ziffer 2, K-VergRG sowie auf Rückerstattung der entrichteten Pauschalgebühr durch die xxx GmbH in Höhe von Euro 511,--) werden

a b g e w i e s e n .

II. römisch zwei.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25 a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 144 Abs. 4 B-VG zulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25, a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 144 Absatz 4, B-VG zulässig.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

I. Am 07.02.2014 ist beim Landesverwaltungsgericht Kärnten der Antrag der xxx GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) eingelangt. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Entscheidung der xxx GmbH vom 3.2.2014 (im Folgenden: Antragsgegnerin), das Angebot der Antragstellerin vom 19.12.2013 – weil offenbar nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechend – auszuscheiden, für nichtig zu erklären. römisch eins. Am 07.02.2014 ist beim Landesverwaltungsgericht Kärnten der Antrag der xxx GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) eingelangt. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Entscheidung der xxx GmbH vom 3.2.2014 (im Folgenden: Antragsgegnerin), das Angebot der Antragstellerin vom 19.12.2013 – weil offenbar nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechend – auszuscheiden, für nichtig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag war auch mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden, mit der der Antragsgegnerin untersagt werden sollte, bis zur Rechtskraft der Entscheidung, weitere ihr zu unterbreitende Angebote anzunehmen. Weiters beantragte die Antragsgegnerin den Ersatz der von ihr entrichteten Gebühren durch die Antragstellerin.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin lautet auszugsweise:

„1) Sachverhalt

Die Antragsgegnerin inserierte mit einem Artikel in der Kleinen Zeitung bzw. auch noch in weiteren Zeitungen die öffentliche Ausschreibung für den Ankauf und einer verpflichtenden Bespielung der "xxxbühne", situiert am xxx, bestehend aus zwei schwimmenden Plattformen.

Konkret wurde in der Ausschreibung verpflichtend vorgesehen, dass Kaufinteressenten die xxxbühne Sommer saisonal während des Zeitraumes 1. Juni bis

15. September eines jeden Jahres zu bespielen habenKonkret wurde in der Ausschreibung verpflichtend vorgesehen, dass Kaufinteressenten die xxxbühne Sommer saisonal während des Zeitraumes 1. Juni bis , 15. September eines jeden Jahres zu bespielen haben.

Inhalt dieser Ausschreibung war weiters, dass der Käufer "nach endgültigem Betriebsende bzw. zukünftige Erwerber der xxxbühne diese auf eigene Kosten zu entsorgen haben und die xxx GmbH in jeder Hinsicht haftungsfrei, sowie schad- und klaglos zu halten haben. Zur Besicherung dieser Schad- und Klagloserklärung und der Verpflichtung zur Bespielung der xxxbühne hat der Käufer eine abstrakte Bankgarantie in Höhe von € 500.000,00 und einer Gültigkeitsdauer bis 31.12.2023 vorzulegen."

Die Antragstellerin hat am 19.12.2013 ein Kaufanbot betreffend der xxxbühne übermittelt, mit der Zusage der geforderten Bankgarantie und der Zusage der Übernahme der Bespielverpflichtung.

Am 31.1. wurde noch ein konkreter Nachweis für die angebotene Bankgarantie bzw. eine Konkretisierung der Schad- und Klagloserklärung übermittelt.

Mit Schreiben vom 3.2.2014, eingegangen am Dienstag, 4.2.2014 erstattete die Antragsgegnerin durch die ausgewiesenen Rechtsvertreter die Mitteilung, dass die Antragstellerin ein Angebot abgegeben habe, welches nicht den Ausschreibungsbedingungen entspricht und wurde somit die Antragstellerin ausgeschieden.

## 2) Zur Antragslegitimation

Die Antragstellerin hätte bei Erhalt eines Zuschlages einen Gewinn von jährlich ca. 30.000 bis € 50.000,00 erwirtschaftet.

Nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin haben sich weitere Unternehmer beworben, welche allerdings die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt haben. Aus Sicht der Antragstellerin hat die Antragstellerin die Ausschreibungsbedingungen als einzige erfüllt; da sie - als einzige - die Erfordernis der "saisonalen Bespielung der Bühne" vorgesehen hat.

Es liegt ein Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers im Unterschwellenbereich vor, das Kaufanbot belief sich auf € 1.000,00, sodass gemäß § 321 Abs 2 Bundesvergabegesetz 2006 idGF iVm § 14 Abs 2 K-VergRG 2014 eine siebentägige Frist einzuhalten ist für das gegenständliche Verfahren; diese ist eingehalten. Es liegt ein Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers im Unterschwellenbereich vor, das Kaufanbot belief sich auf € 1.000,00, sodass gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2006 idGF in Verbindung mit Paragraph 14, Absatz 2, K-VergRG 2014 eine siebentägige Frist einzuhalten ist für das gegenständliche Verfahren; diese ist eingehalten.

Auftraggeber ist die die außen stehende im Antrag genannte „xxxgesellschaft m.b.H.“.

Gemäß § 13 K-VergRG2014 kann ein Unternehmen bis zur Zuschlagserteilung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ein Interesse im Bereich des öffentlichen Auftragswesens behauptet wird und ein Schaden entsteht. Gemäß Paragraph 13, K-VergRG2014 kann ein Unternehmen bis zur Zuschlagserteilung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ein Interesse im Bereich des öffentlichen Auftragswesens behauptet wird und ein Schaden entsteht.

Es handelt sich bei der xxx GmbH. der Auftraggeberin um einen "funktionellen öffentlichen Auftraggeber" iS des BVergG, da das Unternehmen zu 100 % durch die öffentliche Hand gehalten wird.

Demnach ist die Stadt xxx mit einer Stammeinlage von € 1.440.000,-- Gesellschafterin, die xxx mit einer Stammeinlage von € 780.000,--, sowie die xxx mit einer Stammeinlage von € 780.000,--; darüber hinaus hat die Auftraggeberin im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, zumal das Bespielen einer Bühne einerseits in der Vergangenheit subventioniert war, andererseits auch die Fixkosten welche mit dem Betrieb verbunden sind, sehr hoch sind und das öffentliche Budget belasten. Die GmbH ist auch ein eigenständiges Rechtssubjekt und rechtsfähig, sodass der Auftraggeberbegriff im Sinne von § 3 Abs 1 Zif 2 lit c) BVergG erfüllt ist. Demnach ist die Stadt xxx mit einer Stammeinlage von € 1.440.000,-- Gesellschafterin, die xxx mit einer Stammeinlage von € 780.000,--, sowie die xxx mit einer Stammeinlage von € 780.000,--; darüber hinaus hat die Auftraggeberin im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, zumal das Bespielen einer Bühne einerseits in der Vergangenheit subventioniert war, andererseits auch die Fixkosten welche mit dem Betrieb verbunden sind, sehr hoch sind und das öffentliche Budget belasten. Die GmbH ist auch ein eigenständiges Rechtssubjekt und rechtsfähig, sodass der Auftraggeberbegriff im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Zif 2 Litera c.) BVergG erfüllt ist.

Demnach ist das Vergabeverfahren nach dem BVergG grundsätzlich einzuhalten, zumal auch kein Tatbestand einer gesetzlichen Ausnahme vorliegt. § 10 Zif 8 BVergG kann nicht angewendet werden, zumal aus der Ausschreibung ersichtlich ist, dass zusätzlich eine Dienstleistung vom Käufer begehrt wird, nämlich das jährliche saisonale Bespielen der xxxbühne. Demnach ist das Vergabeverfahren nach dem BVergG grundsätzlich einzuhalten, zumal auch kein Tatbestand einer gesetzlichen Ausnahme vorliegt. Paragraph 10, Zif 8 BVergG kann nicht angewendet werden, zumal aus der Ausschreibung ersichtlich ist, dass zusätzlich eine Dienstleistung vom Käufer begehrt wird, nämlich das jährliche saisonale Bespielen der xxxbühne.

Wäre lediglich ein Grundstückskauf bzw. Verkauf der vorhandenen Gebäude ohne diese Auflage ausgeschrieben, wären die Bestimmungen über das Bundesvergabegesetz allenfalls nicht anwendbar. Da allerdings Auflage ist, dass jährlich in weiterer Folge Dienstleistungen zu erbringen sind vom Übernehmer, ist ein Vergabeverfahren nach den Prinzipien des BVergG durchzuführen.

Es handelt sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich vor, da die Grenzwerte gemäß § 11 bzw. 12 BVergG nicht erreicht sind. Es handelt sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich vor, da die Grenzwerte gemäß Paragraph 11, bzw. 12 BVergG nicht erreicht sind.

Die Antragstellerin hat somit Interesse am Abschluss eines im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14 b Abs 1 und 5 B-VG) bestehenden Vertrages. Die Antragstellerin hat somit Interesse am Abschluss eines im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Artikel 14, b Absatz eins und 5 B-VG) bestehenden Vertrages.

Da somit im Unterschwellenbereich eine Vergabe vorlag, hätte daher eine Ausschreibung im offenen bzw. nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung erfolgen müssen.

Da eine entsprechende Offenlegung nach welcher Verfahrensart die Vergabe erfolgen würde fehlte, legte die Antragstellerin ein Angebot, in Erwartung dessen, dass mitgeteilt wird, wenn noch Daten fehlen oder Erklärungen nicht hinreichend deutlich sind.

Das Inserat erfolgte lediglich unter dem Titel "öffentliche Ausschreibung". Ob allerdings ein offenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, ergibt sich aus den Unterlagen der Antragsgegnerin nicht.

Über Nachfrage der Antragstellervertreterin nach dem Stand der Ausschreibung erfolgte durch den rechtsfreundlichen Vertreter der Antragsgegnerin die Mitteilung, dass die Schad- und Klagloserklärung unzureichend sei, weshalb unverzüglich mit Schreiben vom 31.1. eine entsprechende Bestätigung nachgereicht wurde.

Die Ausscheidung der Antragstellerin ist rechtswidrig entstanden, zumal sämtliche Bedingungen der Ausschreibung von der Antragstellerin erfüllt sind.

Die Antragstellerin hat noch keine Information darüber, ob jemand anderer den Zuschlag erteilt hat. Aus den Medien ist ersichtlich, dass angeblich kein Mitbewerber den Zuschlag erhalten hätte.

Allein durch die Ausarbeitung der Angebotsunterlagen ist natürlich schon ein Schaden entstanden, welcher vorläufig mit € 1.500,00 beziffert wird.

Hinzu kommt, dass aufgrund des nicht erteilten Zuschlages sich der Schaden in Form eines entgangenen Gewinnes auf € 30.000 bis 50.000,00 jährlich beläuft.

Die Antragstellerin ist in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt, zumal wegen des vorgenannten Verstoßes gegen die Verfahrensvorschriften und Ausschreibungsbedingungen die Antragstellerin nicht den Zuschlag erhalten hat bzw. ausgeschieden ist.

Der Antragstellerin wurde auch nicht die Möglichkeit gewährt, allenfalls eine Nachbesserung des Angebots vorzunehmen oder allfällige Mängel, die seitens der Antragsgegnerin vermerkt wurde, am Angebot zu beheben. Es wurde die Antragstellerin auch nicht darauf hingewiesen, dass kein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird und keine Möglichkeit der Nachbesserung gewährt wird.

Beweis:

beiliegende Ausschreibungsankündigung der xxxbühne

- beiliegendes gelegtes Angebot vom 19.12.2013

- beiliegendes Schreiben vom 31.1.2014 der Antragstellervertreterin samt der Erklärung der xxx
- beiliegende Artikel in der "xxx Zeitung" vom 4.2.2014 bzw. beiliegender Artikel der Tageszeitschrift "xxx" vom 4.2.2014
- beiliegender Firmenbuchauszug
- beiliegende Überweisungsbestätigung

Zu den entrichteten Gebühren:

Es liegt eine Direktvergabe mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb Liefer- und Dienstleistungsauftrag vor, sodass € 511,00 zu entrichten sind.

Mit Schreiben vom 06.02.2014 wurde die Antragsgegnerin gemäß § 21 Abs. 5 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz-K-VergRG vom Einlangen des verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrages sowie dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Kenntnis gesetzt. In ihrer Gegenäußerung vom 07.02.2014 wandte die Antragsgegnerin ein, dass das angerufene Gericht sachlich nicht zuständig sei. Im Übrigen unterliegen Dienstleistungskonzessionsaufträge nicht der Nachprüfung durch dieses Gesetz (§ 1 Abs. 2 K-VergRG). Ebenso falle auch die Antragsgegnerin nicht unter den Anwendungsbereich des K-VergRG. Das Vergaberecht regle die Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich. Gegenständlich liege jedoch kein Beschaffungs- sondern ein Verkaufsvorgang vor. Auch die Heranziehung der Judikatur des EuGH folgend, in der ausgeführt wird, unter welchen Voraussetzungen der Kauf einer „xxxbühne“ unter das Vergaberecht fallen könne, ändere nichts an ihrer Rechtsauffassung, zumal gegenständlich das Tatbestandsmerkmal Bauauftrag gemäß § 4 BVergG fehle. Ebenso sei das Vorbringen der Antragstellerin unrichtig, dass gegenständlich vom Verkäufer eine Dienstleistung begehrt werde, nämlich das jährliche saisonale Bespielen der xxxbühne, zumal die ausgelobte xxxbühne nicht einmal unter den Begriff sonstige Dienstleistungen subsummiert werden könne. Die Antragsgegnerin habe einen Kauf ausgelobt. Wenn man davon ausgehen würde, dass gegenständlich ein Dienstleistungskonzessionsvertrag ausgelobt worden sei, so sei daraus für die Standpunkte der Antragstellerin nichts zu gewinnen, da die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen ausdrücklich nicht in den Geltungsbereich des K-VergRG falle. Das angerufene Gericht sei daher unzuständig. Darüber hinaus hat sich die Antragsgegnerin gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin ein umfassendes Vorbringen dahingehend erstattet, dass das Angebot der Antragsgegnerin mit einer Vielzahl von Mängeln behaftet sei, insbesondere habe die Antragstellerin nicht innerhalb der offenen Angebotsfrist die Antragsgegnerin „in jeder Hinsicht haftungs-, sowie schad- und klaglos gehalten“. Sie habe auch innerhalb der Frist keine Bankgarantie vorgelegt. Im Übrigen sei der von ihr angebotene Kaufpreis von Euro 1.000,-- jedenfalls nicht dazu geeignet gewesen, um ausgewählt zu werden. Weiters hat sich Antragsgegnerin gegen den Antrag der Antragstellerin ausgesprochen, den bezug habenden Vergabeakt vorzulegen, zumal sie nicht den Anwendungsbereich des K-VergRG unterliege. Mit Schreiben vom 06.02.2014 wurde die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 21, Absatz 5, Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz-K-VergRG vom Einlangen des verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrages sowie dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Kenntnis gesetzt. In ihrer Gegenäußerung vom 07.02.2014 wandte die Antragsgegnerin ein, dass das angerufene Gericht sachlich nicht zuständig sei. Im Übrigen unterliegen Dienstleistungskonzessionsaufträge nicht der Nachprüfung durch dieses Gesetz (Paragraph eins, Absatz 2, K-VergRG). Ebenso falle auch die Antragsgegnerin nicht unter den Anwendungsbereich des K-VergRG. Das Vergaberecht regle die Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich. Gegenständlich liege jedoch kein Beschaffungs- sondern ein Verkaufsvorgang vor. Auch die Heranziehung der Judikatur des EuGH folgend, in der ausgeführt wird, unter welchen Voraussetzungen der Kauf einer „xxxbühne“ unter das Vergaberecht fallen könne, ändere nichts an ihrer Rechtsauffassung, zumal gegenständlich das Tatbestandsmerkmal Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG fehle. Ebenso sei das Vorbringen der Antragstellerin unrichtig, dass gegenständlich vom Verkäufer eine Dienstleistung begehrt werde, nämlich das jährliche saisonale Bespielen der xxxbühne, zumal die ausgelobte xxxbühne nicht einmal unter den Begriff sonstige Dienstleistungen subsummiert werden könne. Die Antragsgegnerin habe einen Kauf ausgelobt. Wenn man davon ausgehen würde, dass gegenständlich ein Dienstleistungskonzessionsvertrag ausgelobt worden sei, so sei daraus für die Standpunkte der Antragstellerin nichts zu gewinnen, da die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen ausdrücklich nicht in den Geltungsbereich des K-VergRG falle. Das angerufene Gericht sei daher unzuständig. Darüber hinaus hat sich die

Antragsgegnerin gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin ein umfassendes Vorbringen dahingehend erstattet, dass das Angebot der Antragsgegnerin mit einer Vielzahl von Mängeln behaftet sei, insbesondere habe die Antragstellerin nicht innerhalb der offenen Angebotsfrist die Antragsgegnerin „in jeder Hinsicht haftungs-, sowie schad- und klaglos gehalten“. Sie habe auch innerhalb der Frist keine Bankgarantie vorgelegt. Im Übrigen sei der von ihr angebotene Kaufpreis von Euro 1.000,-- jedenfalls nicht dazu geeignet gewesen, um ausgewählt zu werden. Weiters hat sich Antragsgegnerin gegen den Antrag der Antragstellerin ausgesprochen, den bezug habenden Vergabeakt vorzulegen, zumal sie nicht den Anwendungsbereich des K-VergRG unterliege.

In der Äußerung vom 03.03.2014 hat die Antragstellerin das Vorbringen der Antragsgegnerin bestritten. Insbesondere führte sie aus, dass das angerufene Gericht zuständig sei. Zugestanden wurde, dass gegenständlich kein Dienstleistungskonzessionsauftrag vorliege. Allerdings sei das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach nur ein Verkaufsvorgang vorliege, unrichtig. Gemäß den Bestimmungen des BVergG unterliegen Dienstleistungsaufträge jedenfalls dem Regime des Vergaberechtes. In der Anlage 4 zum BVergG findet sich unter der Kategorie nicht-prioritäre Dienstleistungen in der Kategorie 26, Erholung, Kultur und Sport. Wenn ausgeführt werde, dass die Antragsgegnerin einen Kauf ausgelobt habe, so widerspreche dies den Vergaberichtlinien des Vergaberechtsschutzgesetzes, da auch nicht-prioritäre nicht unter Ausschaltung vergaberechtlicher Bestimmungen ausgelobt werden können. In der öffentlichen Ausschreibung sei beinhaltet, dass nach endgültigem Betriebsende der Käufer und zukünftige Eigentümer der xxxbühne diese auf eigene Kosten zu entsorgen habe. Dies bedeute, dass die ausschreibende Person davon ausgeht, dass eine Weitergabe der xxxbühne an Dritte möglich sei. Ebenso würde auch die Verpflichtung zum Bespielen an den nächsten Käufer übergehen und sei dies nicht von einer Zustimmung des nunmehrigen Auslobers abhängig. Die Auslobung sei so gestaltet, dass das Bespielen der Bühne als Auflage ausformuliert sei und nicht als Recht Dienstleistungen zu erbringen, sondern als Verpflichtung. Daher liege auch ein Dienstleistungskonzessionsauftrag nicht vor. Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass es sich bei der Antragsgegnerin jedenfalls um einen öffentlichen Auftraggeber handle, zumal das Unternehmen zu 100 % durch öffentliche Hand gehalten werde, somit eine überwiegende Finanzierung durch die öffentliche Hand erfolge und auch für die Leitung eine Aufsicht von Ländern und Gemeinden bestehe. Zusammenfassend führte die Antragstellerin nochmals aus, dass das gegenständliche Auslobungsverfahren den Bestimmungen des BVergG entsprechen müsste, was jedenfalls nicht der Fall sei.

In ihrer Gegenäußerung vom 07.03.2014 wandte die Antragsgegnerin nochmals ein, dass das angerufene Gericht sachlich nicht zuständig sei. Keinesfalls liege – wie von der Antragstellerin behauptet – ein Beschaffungsvorgang vor, der unter dem Dienstleistungsbegriff zu subsumieren sei. Ebenso liege auch eine nicht-prioritäre Dienstleistung nicht vor. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass bei einem angebotenen Kaufpreis von Euro 1.000,-- der Schwellenwert nach § 12 BVergG nicht erreicht werde. Im Übrigen liege auch ein Dienstleistungskonzessionsvertrag nicht vor. In ihrer Gegenäußerung vom 07.03.2014 wandte die Antragsgegnerin nochmals ein, dass das angerufene Gericht sachlich nicht zuständig sei. Keinesfalls liege – wie von der Antragstellerin behauptet – ein Beschaffungsvorgang vor, der unter dem Dienstleistungsbegriff zu subsumieren sei. Ebenso liege auch eine nicht-prioritäre Dienstleistung nicht vor. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass bei einem angebotenen Kaufpreis von Euro 1.000,-- der Schwellenwert nach Paragraph 12, BVergG nicht erreicht werde. Im Übrigen liege auch ein Dienstleistungskonzessionsvertrag nicht vor.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragsgegnerin aus, dass zum Zeitpunkt der Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages die Frist für die Antragseinbringung bereits abgelaufen gewesen sei und habe die Antragsgegnerin allen Ausgelobten mit Schreiben vom 03.02.2014 mitgeteilt, dass ihre Angebote nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechen. Es sei daher bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung keine Gefahr in Verzug mehr bestanden. Die Antragsgegnerin wiederholte ihr Begehren, den Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rück- bzw. in eventu abzuweisen und eine aufschiebende Wirkung abzuerkennen.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11.03.2014 haben die Antragstellerin sowie die Antragsgegnerin im Wesentlichen auf ihr bisheriges Vorbringen verwiesen. Zum Vorbringen der Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin nicht fristgerecht eine Bankgarantie erbracht habe, brachte diese vor, dass die Rechtsvertreterin der Antragstellerin mit dem Rechtsvertreter der Antragsgegnerin am 30.01.2014 oder am 31.01.2014 ein Telefonat geführt habe. Auf Grund des Inhaltes dieses Telefonates seit dann dem Vertreter der Antragsgegnerin das im Akt erliegende Schreiben der Bank

xxx vom 31.01.2014 übermittelt worden. Im Übrigen wies die Antragstellerin nochmals darauf hin, dass ihr Kaufangebot ein Betriebskonzept für die Bespielung enthalten habe und wollte dadurch die Antragstellerin glaubhaft machen, dass eine wirtschaftliche Bespielung möglich sei. Die Antragsgegnerin hat nochmals darauf hingewiesen, dass gegenständlich kein Beschaffungsvorgang vorliege, der dem Regime des Vergaberechtschutzes unterliege. Gegenständlich habe die Antragsgegnerin ein Auslobungsverfahren gemäß § 860 ABGB durchgeführt. In diesem Verfahren sei ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sichergestellt und das Transparenzgebot eingehalten worden und sei das Verfahren unparteiisch zum Abschluss gebracht worden. Allerdings sei allen Bietern mitgeteilt worden, dass ihre Angebote den Auslobungskriterien nicht entsprechen. Das verfahrensgegenständliche Auslobungsverfahren sei jedenfalls beendet und werde es zu keinem Vertragsabschluss kommen. Die Antragstellerin ist diesem Vorbringen wiederum entgegengetreten und führte sie aus, dass ein wesentliches Kriterium für den Kauf der xxxbühne auch die Bespielung derselben sei. Kulturelle Belange seien als „nicht-prioritäre Dienstleistungen“ zu qualifizieren. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin die Veräußerung der xxxbühne als öffentliche Ausschreibung umschrieben. Würde man diesen Vorgang als Auslobung qualifizieren, so würde dies einen Willkürakt darstellen. Es sei auch kein Widerruf der Ausschreibung erfolgt und hätte dieser jedenfalls bei Beendigung des Vergabeverfahrens erfolgen müssen. Wäre eine Widerrufsentscheidung vorgelegen, so wäre auch diese bekämpfbar gewesen. Die Antragsgegnerin brachte weiters vor, dass das Angebot der Antragstellerin keinesfalls das Beste gewesen sei, zumal ein Bieter z.B. einen Kaufpreis von Euro 25.000,-- geboten habe und habe dieser ebenfalls eine Bespielung angeboten. Die Antragstellerin wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass bei den Schwellenwerten nicht der angebotene Kaufpreis von Euro 1.000,-- heranzuziehen sei, sondern müsse man von einem zu erwartenden Umsatz von Euro 1,5 Mio. ausgehen. Die Antragstellerin wies darauf hin, dass sie Informationen habe, dass eine „sanfte Bespielung“ der xxxbühne beabsichtigt sei. Bei diesem Konzept müsste die xxxbühne verkleinert oder umgebaut werden und würde ein allfälliger Umbau dazu führen, dass die Antragstellerin ein Nutzungskonzept nicht mehr umsetzen könnte. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11.03.2014 haben die Antragstellerin sowie die Antragsgegnerin im Wesentlichen auf ihr bisheriges Vorbringen verwiesen. Zum Vorbringen der Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin nicht fristgerecht eine Bankgarantie erbracht habe, brachte diese vor, dass die Rechtsvertreterin der Antragstellerin mit dem Rechtsvertreter der Antragsgegnerin am 30.01.2014 oder am 31.01.2014 ein Telefonat geführt habe. Auf Grund des Inhaltes dieses Telefonates seit dann dem Vertreter der Antragsgegnerin das im Akt erliegende Schreiben der Bank xxx vom 31.01.2014 übermittelt worden. Im Übrigen wies die Antragstellerin nochmals darauf hin, dass ihr Kaufangebot ein Betriebskonzept für die Bespielung enthalten habe und wollte dadurch die Antragstellerin glaubhaft machen, dass eine wirtschaftliche Bespielung möglich sei. Die Antragsgegnerin hat nochmals darauf hingewiesen, dass gegenständlich kein Beschaffungsvorgang vorliege, der dem Regime des Vergaberechtschutzes unterliege. Gegenständlich habe die Antragsgegnerin ein Auslobungsverfahren gemäß Paragraph 860, ABGB durchgeführt. In diesem Verfahren sei ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sichergestellt und das Transparenzgebot eingehalten worden und sei das Verfahren unparteiisch zum Abschluss gebracht worden. Allerdings sei allen Bietern mitgeteilt worden, dass ihre Angebote den Auslobungskriterien nicht entsprechen. Das verfahrensgegenständliche Auslobungsverfahren sei jedenfalls beendet und werde es zu keinem Vertragsabschluss kommen. Die Antragstellerin ist diesem Vorbringen wiederum entgegengetreten und führte sie aus, dass ein wesentliches Kriterium für den Kauf der xxxbühne auch die Bespielung derselben sei. Kulturelle Belange seien als „nicht-prioritäre Dienstleistungen“ zu qualifizieren. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin die Veräußerung der xxxbühne als öffentliche Ausschreibung umschrieben. Würde man diesen Vorgang als Auslobung qualifizieren, so würde dies einen Willkürakt darstellen. Es sei auch kein Widerruf der Ausschreibung erfolgt und hätte dieser jedenfalls bei Beendigung des Vergabeverfahrens erfolgen müssen. Wäre eine Widerrufsentscheidung vorgelegen, so wäre auch diese bekämpfbar gewesen. Die Antragsgegnerin brachte weiters vor, dass das Angebot der Antragstellerin keinesfalls das Beste gewesen sei, zumal ein Bieter z.B. einen Kaufpreis von Euro 25.000,-- geboten habe und habe dieser ebenfalls eine Bespielung angeboten. Die Antragstellerin wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass bei den Schwellenwerten nicht der angebotene Kaufpreis von Euro 1.000,-- heranzuziehen sei, sondern müsse man von einem zu erwartenden Umsatz von Euro 1,5 Mio. ausgehen. Die Antragstellerin wies darauf hin, dass sie Informationen habe, dass eine „sanfte Bespielung“ der xxxbühne beabsichtigt sei. Bei diesem Konzept müsste die xxxbühne verkleinert oder umgebaut werden und würde ein allfälliger Umbau dazu führen, dass die Antragstellerin ein Nutzungskonzept nicht mehr umsetzen könnte.

In ihrem Schlussvortrag haben die Antragstellerin sowie die Antragsgegnerin ihre bisherigen Anträge aufrecht gehalten. Darüber hinaus hat die Antragstellerin in eventu eine Entscheidung gemäß § 6 Abs. 3 Z 2 K-VergRG beantragt.

In ihrem Schlussvortrag haben die Antragstellerin sowie die Antragsgegnerin ihre bisherigen Anträge aufrecht gehalten. Darüber hinaus hat die Antragstellerin in eventu eine Entscheidung gemäß Paragraph 6, Absatz 3, Ziffer 2, K-VergRG beantragt.

Die Antragsgegnerin hat sich gegen eine derartige Entscheidung ausgesprochen.

Das Landesverwaltungsgericht Kärnten hat erwogen:

Die Antragsgegnerin hat den Verkauf der xxxbühne öffentlich ausgeschrieben. Der bezughabende Text lautet:

Öffentliche Ausschreibung durch die xxx GmbH., FN xxx für den Kauf der xxxbühne

#### TECHNISCHE BESCHREIBUNG DES KAUFGEGENSTANDES:

Die xxxbühne, situiert am xxx westlich des Grundstücks xxx, am Ostufer des xxxsees, besteht aus zwei schwimmenden Plattformen, die durch zwei Brücken miteinander verbunden sind. Die Bühnenplattform wird von Styroporschwimmkörpern, die Tribünenplattform von Stahlpontons getragen. Die xxxbühne ist behördlich genehmigt nach dem Bau- und Naturschutzrecht und hat die schifffahrtspolizeiliche sowie die veranstaltungsrechtliche Genehmigung.

Die Bühnenplattform hat eine Fläche von 616 m<sup>2</sup> und ist gegenüber der Tribünenplattform, die eine Fläche von 1.692 m<sup>2</sup> hat, um 1,15 Meter erhöht. Auf der Bühnenplattform sind zusätzlich 11 Garderobenräume mit Sanitäreinrichtungen im Ausmaß von 250 m<sup>2</sup> hinter der Bühne vorhanden.

Die gesamte Anlage ist technisch voll erschlossen, Wasser- und Kanalanschlüsse sind vorhanden und die Stromversorgung erfolgt über eine 400 KVA-Trafoanlage.

Auf der Tribünenplattform ist eine auf- und abbaubare Besuchertribüne mit 2.014 Sitzplätzen situiert, die für den Zeitraum 1. Juni bis 15. September eines jeden Jahres mietweise zur Verfügung gestellt werden kann.

Für die gastronomische Bewirtung der Besucher kann von der xxx eine 350 m<sup>2</sup> große Gastronomiefläche im Bühneneingangsbereich angemietet werden. Kaufinteressenten haben sich zu verpflichten, die xxxbühne sommersaisonal während des Zeitraums 1. Juni bis 15. September eines jeden Jahres zu bespielen. Es ist mit keinen Subventionen des Landes Kärnten zu rechnen.

Nach endgültigem Betriebsende hat der Käufer und zukünftige Eigentümer der xxxbühne diese auf eigene Kosten zu entsorgen und die xxx GmbH in jeder Hinsicht haftungsfrei sowie schad- und klaglos zu halten. Zur Besicherung dieser Schad- und Klagloserklärung und der Verpflichtung zur Bespielung der xxxbühne hat der Käufer eine abstrakte Bankgarantie mit einer Haftungssumme von

€ 500.000,- (fünfhunderttausend Euro) und einer Gültigkeitsdauer bis 31. 12. 2023 vorzulegen, die im Falle darüber hinausgehender Bespielung alle zehn Jahre zu verlängern ist. Nach endgültigem Betriebsende hat der Käufer und zukünftige Eigentümer der xxxbühne diese auf eigene Kosten zu entsorgen und die xxx GmbH in jeder Hinsicht haftungsfrei sowie schad- und klaglos zu halten. Zur Besicherung dieser Schad- und Klagloserklärung und der Verpflichtung zur Bespielung der xxxbühne hat der Käufer eine abstrakte Bankgarantie mit einer Haftungssumme von , € 500.000,- (fünfhunderttausend Euro) und einer Gültigkeitsdauer bis 31. 12. 2023 vorzulegen, die im Falle darüber hinausgehender Bespielung alle zehn Jahre zu verlängern ist.

Die xxxbühne wurde bisher von der xxx GmbH. technisch betreut. Kaufinteressenten wird diesbezüglich eine Kooperation auch in Zukunft angeboten.

Für nähere Auskünfte und Anfragen wenden Sie sich bitte an die xxxgesellschaft m. b. H., xxx, Tel. xxx, Fax xxx, E-Mail: xxx. Schriftliche Kaufangebote mit Betriebskonzepten sind bis zum 05. Dezember 2013 ausschließlich zu richten an:

RECHTSANWALTSKANZLEI

xxx

In der Folge wurde die Frist für die Bewerbung bis zum 31.12.2013 erstreckt. Darauf hingewiesen wurde, dass sich an den Ausschreibungsbedingungen selbst nichts ändern wird.

Die Antragstellerin hat in der Folge ein Kaufangebot gelegt und dabei einen Kaufpreis von Euro 1.000,-- angeboten. Die

Antragstellerin hat ihrem Angebot unter anderem eine Referenzliste von in Kärnten durchgeführten Veranstaltungen beigelegt. Weiters hat die Antragstellerin ein Konzept für die Bespielung der xxxbühne vorgelegt. In diesem Konzept wurde auch beispielsweise ausgeführt, welche Adaptierungs- bzw. Sanierungsmaßnahmen in Erwägung gezogen werden.

Das Bespielungskonzept lautet:

BESPIELUNG.:

- 

Die xxxbühne bleibt in ihrer bisherigen Form erhalten, es werden jedoch optische Änderungen vorgenommen, um den Neubeginn zu signalisieren. Dies betrifft im Wesentlichen den Zugangsbereich der Bühne, die Bühne aber auch die Backstage Räumlichkeiten.

- Der Bespielungszeitraum wird von 1. Juni - 15. September festgelegt

- 

Die xxx GmbH wird in diesem Zeitraum Künstler /Konzerte aus allen Bereichen der Musik und Kultur selbst veranstalten.

- 

Die Bühne wird für andere Veranstalter ebenfalls zur Verfügung gestellt; das heißt sie kann zu marktüblichen Konditionen von der xxx GmbH angemietet werden. Hier sind Auftritte von xxx, xxx, xxx und xxx in Planung.

- 

Für TV Sendungen wie "xxx" werden die benötigten Tage bevorzugt freigehalten.

- 

Für Sportveranstaltungen wie "xxx" werden die benötigten Tage bevorzugt freigehalten.

- 

An Konzert- bzw. spielfreien Wochenenden wird die Bühne bzw. der Publikumsbereich als CLUB LOCATION für die Jugend genutzt.

- 

Die in der Ausschreibung angeführte Fläche von 350 m<sup>2</sup> für die gastronomische Versorgung wird von der Stadt angemietet. Genutzt wird die Fläche zur Versorgung der Künstler und des Publikums. Außerdem wird an dieser Stelle ein Infostand mit der Möglichkeit an Ort und Stelle Tickets zu erwerben eingerichtet.

- 

Das Programm wird eine attraktive Mischung nationaler und internationaler Künstler werden, durchmischt mit der „xxx“; „xxx“ und verschiedenen „Clubbing“, wobei der Qualitätsanspruch im Vordergrund steht.

Mit Schreiben vom 03.02.2014 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht den Ausschreibebedingungen entspricht. Am 07.02.2014 wurde der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag verbunden mit dem Antrag auf Erlassung einer einstelligen Verfügung eingebracht.

Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf das Parteivorbringen, wobei darauf hinzuweisen ist, dass die o.g. Feststellungen von den Parteien dem Grunde nach nicht in Abrede gestellt worden sind.

Zur Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten:

§ 3 Abs. 1 Z 2 lit. a BVergG lautet: Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG lautet:

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

Einrichtungen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind“

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, zumal die Gesellschafter der xxx GmbH 1. die xxx (Stammeinlage Euro 1.440.000,--) 2. die xxx (Stammeinlage Euro 780.000,--) und 3. die xxx (Stammeinlage Euro 780.000,--) sind.

Gemäß Artikel 14b Abs. 2 lit. e sub lit. aa B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftrags Landessache, hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch in Zif. 1 lit. a – d nicht genannte Rechtsträger, die vom Land allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, sofern die Vergabe nicht unter Zif. 1 lit. e sub lit. aa fällt. Der überwiegende Anteil der xxx GmbH wird vom Land finanziert (Stadt Klagenfurt und Kärntner Landesregierung). Die Stadt Klagenfurt fällt jedenfalls unter Artikel 14 b Abs. 2 Z 2 , lit. a BVergG. Gemäß Artikel 14b Absatz 2, Litera e, sub lit. aa B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftrags Landessache, hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch in Zif. 1 Litera a, – d nicht genannte Rechtsträger, die vom Land allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, sofern die Vergabe nicht unter Zif. 1 Litera e, sub lit. aa fällt. Der überwiegende Anteil der xxx GmbH wird vom Land finanziert (Stadt Klagenfurt und Kärntner Landesregierung). Die Stadt Klagenfurt fällt jedenfalls unter Artikel 14 b Absatz 2, Ziffer 2, , Litera a, BVergG.

Die Kärntner Landesholding obliegt der Aufsicht des Landes Kärnten (§ 29 Abs. 1 Kärntner Landesholdinggesetz bzw. § 5 Kärntner Landesholdingsatzung). Die Kärntner Landesholding obliegt der Aufsicht des Landes Kärnten (Paragraph 29, Absatz eins, Kärntner Landesholdinggesetz bzw. Paragraph 5, Kärntner Landesholdingsatzung).

Die gegenständliche Angelegenheit fällt daher gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes. Die gegenständliche Angelegenheit fällt daher gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG in den Vollzugsbereich des Landes.

Dem nicht näher konkretisierte Vorbringen der Antragsgegnerin, dass es sich bei der xxx GmbH nicht um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, war daher nicht zu folgen.

Im vorliegenden Fall war zu prüfen, ob der gegenständlich beabsichtigte Verkauf der xxxbühne durch die Antragsgegnerin unter die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes fällt.

Dem Vergaberecht unterliegt jedenfalls die Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich und im Sektorenbereich. Auftraggeber ist jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt (§ 2 Z 8 BVergG). Alles was nicht unter Beschaffung zu subsumieren ist, fällt somit nicht unter das Regime des Vergaberechtschutzes, z.B. ein Verkaufsvorgang. Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch auch die Veräußerung einer Liegenschaft oder wie gegenständlich der xxxbühne durch einen öffentlichen Auftraggeber trotzdem den Bestimmungen des BVergG unterliegen, wenn das Ziel der beabsichtigten Veräußerung darin liegt, dass diese Liegenschaft bzw. die xxxbühne einem bestimmten Zweck zugeführt wird. Es ist daher zu untersuchen, ob gegenständlich die Veräußerung der xxxbühne verbunden mit der Auflage, diese auch in der Zeit vom 01.06. bis 15.09. eines jeden Jahres zu bespielen, eine vergaberechtliche Relevanz zukommt. Dem Vergaberecht unterliegt jedenfalls die Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich und im Sektorenbereich. Auftraggeber ist jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt (Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG). Alles was nicht unter Beschaffung zu subsumieren ist, fällt somit nicht unter das Regime des Vergaberechtschutzes, z.B. ein Verkaufsvorgang. Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch auch die Veräußerung einer Liegenschaft oder wie gegenständlich der xxxbühne durch einen öffentlichen Auftraggeber trotzdem den Bestimmungen des BVergG unterliegen, wenn das Ziel der beabsichtigten Veräußerung darin liegt, dass diese Liegenschaft bzw. die xxxbühne einem bestimmten Zweck zugeführt wird. Es ist daher zu untersuchen, ob gegenständlich die Veräußerung der xxxbühne verbunden mit der Auflage, diese auch in der Zeit vom 01.06. bis 15.09. eines jeden Jahres zu bespielen, eine vergaberechtliche Relevanz zukommt.

Im Vergabeverfahren Wit-Kaserne hat das OLG Düsseldorf ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gestellt. Dem Fall Wit-Kaserne liegt zu Grunde, dass im Jahre 2007 eine Kaserne aufgegeben wurde und dass die Stadt beabsichtigt hat, eine dadurch frei werdende ca. 24 ha große Liegenschaft einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme zuzuführen. Für das gegenständliche Vorhaben wurden zwei Angebote vorgelegt und hat der unterlegene Antragsteller die Auffassung vertreten, dass es sich gegenständlich nicht um ein reines Veräußerungsgeschäft sondern um einen in der Form einer Baukonzession zu vergebenden Bauauftrag handelt und einem förmlichen Vergabeverfahren zu unterwerfen ist.

Die Richtlinie 2004/18/EG definiert

in Art. 1 Abs 1 lit b zwei der drei in diesem Zusammenhang relevanten Rechtsfiguren: in Artikel eins, Absatz eins, Litera b, zwei der drei in diesem Zusammenhang relevanten Rechtsfiguren:

Öffentliche Bauaufträge sind öffentliche Aufträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Planung und die Ausführung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten ( ... ) - in Österreich umgesetzt mit

§ 4 Z 1 BVergG 2006; Öffentliche Bauaufträge sind öffentliche Aufträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Planung und die Ausführung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten ( ... ) - in Österreich umgesetzt mit , Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG 2006;

die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen - in Österreich umgesetzt mit § 4 Z 3 BVergG 2006; die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen - in Österreich umgesetzt mit Paragraph 4, Ziffer 3, BVergG 2006;

in Art. 1 Abs 3: Öffentliche Baukonzessionen als Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht - in Österreich umgesetzt mit § 7 BVergG 2006.“in Artikel eins, Absatz 3 ;, Öffentliche Baukonzessionen als Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht - in Österreich umgesetzt mit Paragraph 7, BVergG 2006.“

?

„Mit Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 25.03.2010 in der Rechtssache C-451/08 Helmut Müller GmbH beantwortete der EuGH das Vorab-Entscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf zur Auslegung der Bestimmungen des Art. 1 Abs 1 bis 3 der Richtlinie 2004/18/EG wie folgt: „Mit Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 25.03.2010 in der Rechtssache C-451/08 Helmut Müller GmbH beantwortete der EuGH das Vorab-Entscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf zur Auslegung der Bestimmungen des Artikel eins, Absatz eins bis 3 der Richtlinie 2004/18/EG wie folgt:

1. Der Begriff öffentliche Bauaufträge im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom

31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur < Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge setzt nicht voraus, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags ist, in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird, wenn sie diesem unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Die Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber genügt nicht, um diese letztgenannte Voraussetzung zu erfüllen. 1. Der Begriff öffentliche Bauaufträge im Sinne von Artikel eins, Absatz 2, Buchst. b der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom , 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur < Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge setzt nicht voraus, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags ist, in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird, wenn sie diesem unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Die Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber genügt nicht, um diese letztgenannte Voraussetzung zu erfüllen.

2. Der Begriff öffentliche Bauaufträge im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt. 2. Der Begriff öffentliche Bauaufträge im Sinne von Artikel eins, Absatz 2, Buchst. b der Richtlinie 2004/18 erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt.

3. Die vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse im Sinne der dritten in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 genannten Fallgestaltung können nicht in dem bloßen Umstand bestehen, dass eine Behörde bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne prüft oder in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten eine Entscheidung trifft. 3. Die vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse im Sinne der dritten in Artikel eins,

Absatz 2, Buchst. b der Richtlinie 2004/18 genannten Fallgestaltung können nicht in dem bloßen Umstand bestehen, dass eine Behörde bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne prüft oder in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten eine Entscheidung trifft.

4. Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens ist eine öffentliche Baukonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 abzulehnen. 4. Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens ist eine öffentliche Baukonzession im Sinne von Artikel eins, Absatz 3, der Richtlinie 2004/18 abzulehnen.

5. Die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 finden unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens keine Anwendung auf eine Situation, in der eine öffentliche Stelle ein Grundstück an ein Unternehmen veräußert, während eine andere öffentliche Stelle beabsichtigt, einen öffentlichen Bauauftrag in Bezug auf dieses Grundstück zu vergeben, auch wenn sie noch nicht formell beschlossen hat, den entsprechenden Auftrag zu erteilen“.

Im vorliegenden Fall kann unter Berücksichtigung der vom EuGH ausgearbeiteten Kriterien aus der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung für den beabsichtigten Verkauf der xxxbühne lediglich abgeleitet werden, dass ein allfälliger Käufer verpflichtet ist, die xxxbühne während des Zeitraumes 01. Juni bis 15. September eines jeden Jahres zu bespielen und dass mit keinen Subventionen durch das Land Kärnten zu rechnen ist. In welcher Weise und in welchem darüber hinaus gehenden Umfang die xxxbühne zu bespielen ist, ist der Ausschreibung nicht zu entnehmen. Die Ausschreibung enthält lediglich den Hinweis, dass der Käufer und zukünftige Eigentümer nach endgültigem Betriebsende – was unter endgültigem Betriebsende zu verstehen ist, wird ebenfalls nicht definiert – verpflichtet ist, die xxxbühne auf eigene Kosten zu entsorgen und die Verkäuferin in jeder Hinsicht haftungsfrei sowie schad- und klaglos zu halten. Zur Besicherung wird eine abstrakte Bankgarantie mit einer Haftungssumme von Euro 500.000,-- und einer Gültigkeit bis 31.12.2023 verlangt. Darüber hinaus wird allfälligen Kaufinteressenten auch eine Kooperation angeboten. In welcher Weise diese Kooperation stattfinden kann, ist ebenfalls nicht definiert.

Nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten hat somit die Verkäuferin an der Verwirklichung eines allfälligen Bespielungskonzeptes kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse, zumal sie keine Risiken übernimmt, aus einer allfälligen Bespielung oder sonstigen Nutzung auch keinerlei Einnahmen bezieht, ist sie auch weder organisatorisch noch finanziell an der Nutzung oder Adaptierung der veräußerten xxxbühne beteiligt. Die Verkäuferin kann auf Grund dieses Ausschreibungstextes einen potentiellen Käufer weder direkt noch indirekt zur Erbringung oder Umsetzung eines Konzeptes verpflichteten. Es liegt auch keine einklagbare Leistungspflicht vor. Dies stützt sich insbesondere darauf, dass die Ausschreibung keinerlei Vorgaben für ein Betriebskonzept (abgesehen von der Dauer vom 01. Juni bis

15. September jeden Jahres) vorsieht. Nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes steht es daher dem potentiellen Käufer frei, aus Eigenem zu entscheiden, an wie vielen Tagen in der Zeit vom 01. Juni bis 15. September eine Bespielung stattfindet. Alleine der Umstand, dass von einem möglichen Käufer die Vorlage einer Bankgarantie verlangt wird, welche die Verkäuferin schad- und klaglos halten soll bzw. welche insbesondere sicherstellen soll, dass nach endgültigem Betriebsende die xxxbühne auf Kosten des Käufers bzw. Eigentümers entsorgt wird, vermag jedenfalls nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes nicht zur Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes führen (vgl. hierzu auch Hamerl, Immobilien Development und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechtes in ZVB 2010, Seite 181 ff mit der angeführten Judikatur des EuGH). Der Autor kommt dabei zum Schluss, dass sogenannte Immobilien-Developments und Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand nur dann Bauaufträge gemäß BVergG sind, wenn die öffentliche Hand verbindliche Erfordernisse für die Projektumsetzung durchsetzen kann. Dies ist vorliegend jedenfalls nicht der Fall, da die einzige Konsequenz für einen Käufer und zukünftigen Eigentümer darin besteht, dass er verpflichtet ist, die xxxbühne auf eigene Kosten zu entsorgen und er die xxx GmbH in jeder Hinsicht haftungsfrei sowie schad- und klaglos zu halten hat. Zur Besicherung dieser Schad- und Klaglos-Erklärung hätte ein potentieller Käufer eine abstrakte Bankgarantie mit einer Haftungssumme von € 500.000,-- vorlegen müssen. Nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten hat somit die Verkäuferin an der Verwirklichung eines allfälligen Bespielungskonzeptes kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse, zumal sie keine Risiken übernimmt, aus einer allfälligen Bespielung oder sonstigen Nutzung auch keinerlei Einnahmen bezieht, ist sie auch weder organisatorisch noch finanziell an der Nutzung oder Adaptierung der veräußerten xxxbühne beteiligt. Die Verkäuferin kann auf Grund dieses Ausschreibungstextes einen potentiellen Käufer weder direkt noch indirekt zur Erbringung oder Umsetzung eines Konzeptes verpflichteten. Es liegt auch keine einklagbare Leistungspflicht vor. Dies stützt sich insbesondere darauf, dass die Ausschreibung keinerlei Vorgaben für ein Betriebskonzept (abgesehen von der Dauer vom 01. Juni bis

, 15. September jeden Jahres) vorsieht. Nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes steht es daher dem potentiellen Käufer frei, aus Eigenem zu entscheiden, an wie vielen Tagen in der Zeit vom 01. Juni bis 15. September eine Bespielung stattfindet. Alleine der Umstand, dass von einem möglichen Käufer die Vorlage einer Bankgarantie verlangt wird, welche die Verkäuferin schad- und klaglos halten soll bzw. welche insbesondere sicherstellen soll, dass nach endgültigem Betriebsende die xxxbühne auf Kosten des Käufers bzw. Eigentümers entsorgt wird, vermag jedenfalls nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes nicht zur Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes führen (vergleiche hierzu auch Hamerl, Immobilien Development und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechtes in ZVB 2010, Seite 181 ff mit der angeführten Judikatur des EuGH). Der Autor kommt dabei zum Schluss, dass sogenannte Immobilien-Developments und Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand nur dann Bauaufträge gemäß BVergG sind, wenn die öffentliche Hand verbindliche Erfordernisse für die Projektumsetzung durchsetzen kann. Dies ist vorliegend jedenfalls nicht der Fall, da die einzige Konsequenz für einen Käufer und zukünftigen Eigentümer darin besteht, dass er verpflichtet ist, die xxxbühne auf eigene Kosten zu entsorgen und er die xxx GmbH in jeder Hinsicht haftungsfrei sowie schad- und klaglos zu halten hat. Zur Besicherung dieser Schad- und Klaglos-Erklärung hätte ein potentieller Käufer eine abstrakte Bankgarantie mit einer Haftungssumme von € 500.000,-- vorlegen müssen.

Ebenso wird auf die Entscheidung des UVS Steiermark vom 15.1.2013, GZ: 443.7-5/2012, verwiesen.

Da somit gegenständlich die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BVergG zu verneinen ist, waren die von der Antragstellerin gestellten Anträge mangels Anwendbarkeit des o.g. Gesetzes abzuweisen.

Der Antrag auf Kostenersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühr durch die Antragsgegnerin war abzuweisen, da gemäß § 12 Abs. 1 K-VergRG 2014 nur dem zumindest teilweise obsiegenden Antragsteller ein Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner zukommt. Dies ist gegenständlich nicht der Fall, da die Anträge der Antragstellerin abzuweisen waren. Der Antrag auf Kostenersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühr durch die Antragsgegnerin war abzuweisen, da gemäß Paragraph 12, Absatz eins, K-VergRG 2014 nur dem zumindest teilweise obsiegenden Antragsteller ein Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner zukommt. Dies ist gegenständlich nicht der Fall, da die Anträge der Antragstellerin abzuweisen waren.

Wenngleich die Antragsgegnerin keinen expliziten Antrag auf Kostenersatz gestellt hat, ist darauf hinzuweisen, dass dem Antragsgegner (öffentlichen Auftraggeber) gemäß den Bestimmungen des K-VergRG ein Anspruch auf Kostenersatz nicht zukommt.

II. Die ordentliche Revision ist zulässig, da die gegenständliche Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur oben dargelegten Fallkonstellation nicht vorliegt. römisch zwei. Die ordentliche Revision ist zulässig, da die gegenständliche Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur oben dargelegten Fallkonstellation nicht vorliegt.

### **Schlagworte**

vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren, Dienstleistung, Auslobungsverfahren, Betriebskonzept

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGKA:2014:KLVwG.782.11.2014

### **Zuletzt aktualisiert am**

24.08.2015

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Kärnten LVwG Kärnten, <http://www.lvwg.ktn.gv.at>