

TE Vwgh Erkenntnis 2012/3/14 2009/04/0309

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.03.2012

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06303000;
E6j;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31993L0036 Vergabekoordinierungs-RL Lieferaufträge;
61998CJ0107 Teckal VORAB;
62004CJ0340 Carbotermo VORAB;
62007CJ0324 Coditel Brabant VORAB;
62007CJ0573 Sea VORAB;
BVergG 2006 §10 Z7 lit a;
BVergG 2006 §10 Z7 lit b;
BVergG 2006 §10 Z7;
EURallg;

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

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Dr. Greisberger, über die Beschwerde der Marktgemeinde M, vertreten durch Czernich Hofstädter Guggenberger & Partner Rechtsanwälte in

6020 Innsbruck, Bozner Platz 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 29. Oktober 2009, Zl. uvs-2008/K4/0023-16, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: X GmbH in Y, vertreten durch Dr. Lucas Lorenz und Mag. Sebastian Strobl, Rechtsanwälte in 6020 Innsbruck, Adamgasse 9a; weitere Partei: Tiroler Landesregierung), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Dr. Greisberger, über die Beschwerde der Marktgemeinde M, vertreten durch Czernich Hofstädter Guggenberger & Partner Rechtsanwälte in 6020 Innsbruck, Bozner Platz 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 29. Oktober 2009, Zl. uvs-2008/K4/0023-16, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: römisch zehn GmbH in Y, vertreten durch Dr. Lucas Lorenz und Mag. Sebastian Strobl, Rechtsanwälte in 6020 Innsbruck, Adamgasse 9a; weitere Partei: Tiroler Landesregierung), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Tirol Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 und der Mitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Kostenmehrbegehren des Mitbeteiligten wird abgewiesen.

Begründung

Nach der insoweit unstrittigen Begründung des angefochtenen Bescheides beauftragte die Beschwerdeführerin (Marktgemeinde M) im Jahr 2007 direkt die A GesmbH (kurz: A) ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmen mit einem Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich (Betreuung des Recyclinghofes und Altstofftransporte am Recyclinghof M-B).

Aufgrund eines gegen diese Auftragsvergabe erhobenen Nachprüfungsantrages der Mitbeteiligten stellte die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid fest, dass die Zuschlagserteilung im oben angeführten Vergabeverfahren ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an die A erfolgte und aufgrund des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006) offenkundig unzulässig gewesen sei.

Begründend führte sie - zusammengefasst - aus, die Auftraggeberin sei (nach ihrem eigenen Vorbringen) ursprünglich davon ausgegangen, zulässigerweise eine Direktvergabe vorgenommen zu haben. Erstmals mit Schriftsatz vom 24. September 2009 habe sie im Nachprüfungsverfahren den Rechtsstandpunkt eingenommen, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um eine "in-House-Vergabe" handle, welche nach § 10 Z. 7 BVerG 2006 vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sei. Begründend führte sie - zusammengefasst - aus, die Auftraggeberin sei (nach ihrem eigenen Vorbringen) ursprünglich davon ausgegangen, zulässigerweise eine Direktvergabe vorgenommen zu haben. Erstmals mit Schriftsatz vom 24. September 2009 habe sie im Nachprüfungsverfahren den Rechtsstandpunkt eingenommen, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um eine "in-House-Vergabe" handle, welche nach Paragraph 10, Ziffer 7, BVerG 2006 vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sei.

Zur ursprünglichen Argumentation, dass es sich bei der gegenständlichen Vergabe um eine zulässige Direktvergabe gehandelt habe, sei auszuführen, dass eine Direktvergabe lediglich bis zu einem Auftragsvolumen von EUR 40.000,- möglich gewesen wäre. Da im gegenständlichen Fall von einem unbefristeten Dienstleistungsvertrag auszugehen sei, überschreite das Auftragsvolumen (bei einem monatlichen Entgelt von EUR 5.000,- plus 20 % USt sei gemäß § 16 Abs. 2 Z. 2 BVerG 2006 von einem geschätzten Nettoauftragswert von EUR 240.000,- auszugehen) sogar den Oberschwellenbereich. Die tatsächliche Direktvergabe ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer sei daher offenkundig unzulässig gewesen und es habe spruchgemäß entschieden werden müssen. Zur ursprünglichen Argumentation, dass es sich bei der gegenständlichen Vergabe um eine zulässige Direktvergabe gehandelt habe, sei auszuführen, dass eine Direktvergabe lediglich bis zu einem Auftragsvolumen von EUR 40.000,- möglich gewesen wäre. Da im gegenständlichen Fall von einem unbefristeten Dienstleistungsvertrag auszugehen sei, überschreite das Auftragsvolumen (bei einem monatlichen Entgelt von EUR 5.000,- plus 20 % USt sei gemäß Paragraph 16, Absatz 2,

Ziffer 2, BVergG 2006 von einem geschätzten Nettoauftragswert von EUR 240.000,-- auszugehen) sogar den Oberschwellenbereich. Die tatsächliche Direktvergabe ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer sei daher offenkundig unzulässig gewesen und es habe spruchgemäß entschieden werden müssen.

Der von der Auftragnehmerin zuletzt vertretenen Rechtsansicht, wonach es sich bei der vergebenden Dienstleistung um eine sogenannte "In-House-Vergabe" gehandelt habe, könne aus folgenden Überlegungen nicht näher getreten werden:

Nach § 10 Z. 7 BVergG 2006 gelte dieses Gesetz nur dann nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber Aufträge durch eine Einrichtung erbringen lasse, über die er einerseits eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübe und die andererseits ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringe, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetze. Keines der beiden Kriterien (Aufsicht wie über eine eigene Dienstleistung; Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber) sei im gegenständlichen Fall erfüllt. Nach Paragraph 10, Ziffer 7, BVergG 2006 gelte dieses Gesetz nur dann nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber Aufträge durch eine Einrichtung erbringen lasse, über die er einerseits eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübe und die andererseits ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringe, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetze. Keines der beiden Kriterien (Aufsicht wie über eine eigene Dienstleistung; Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber) sei im gegenständlichen Fall erfüllt.

In diesem Zusammenhang traf die belangte Behörde (u.a.) wörtlich folgende Sachverhaltsfeststellungen (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Die A wurde im Jahr 1999 von zwei Abfallverbänden gegründet und zwar vom Gemeindeverband Abfallbeseitigungsverband I-L, dem alle Gemeinden des Bezirkes I-L angehören und dem Gemeindeverband Abfallwirtschaftsverband U, dem alle Gemeinden des Bezirkes S (u.a. auch die Auftraggeberin) angehören. Das Stammkapital der A wird von den beiden eben genannten Gemeindeverbänden zu jeweils 50 % gehalten. Derzeit ist ein Geschäftsführer bestellt ... Überwacht wird die Geschäftstätigkeit der A vom Aufsichtsrat und der Gesellschafterversammlung. Der Aufsichtsrat wird von beiden Abfallverbänden mit jeweils drei Bürgermeistern aus dem jeweiligen Verbandsbereich besetzt. Die Agenden der laufenden Geschäftstätigkeit werden vom Geschäftsführer selbständig geführt. Für weitreichende Entscheidungen bedarf der Geschäftsführer jedoch der Zustimmung des Aufsichtsrates.

Nach dem Gesellschaftsvertrag ... bedarf es im Einzelnen der Zustimmung des Aufsichtsrates für den Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, den Erwerb und die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften, den Erwerb, die Errichtung und die Veräußerung und die Stilllegung von Betrieben, von Teilbetrieben und von Zweigniederlassungen, die Genehmigung und die Abänderung der jährlich zu erstellenden Wirtschaftspläne, die Durchführung von Investitionen, die im Einzelfall einen Aufwand von mehr als S 100.000,-- und insgesamt mehr als S 1.000.000,-- in einem Geschäftsjahr erfordern, die Gewährung von Darlehen und Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Haftungen für Dritte von mehr als S 100.000,-- und insgesamt mehr als S 1.000.000,-- in einem Geschäftsjahr, die Darlehens- oder Kreditaufnahme in der Höhe von S 100.000,-- im Einzelfall, insgesamt mehr als S 1.000.000,-- in einem Geschäftsjahr, die Gewährung von Umsatzbeteiligungen und die Aufnahme stiller Beteiligungen, der Abschluss, die Abänderung und die Auflösung von Verträgen, die Dauerschuldverhältnisse zum Gegenstand haben, die Festlegung der jeweils von der Gesellschaft zu verfolgenden Tätigkeitsbereiche und die Betriebsgegenstände sowie die Änderung oder Einstellung von Tätigkeitsbereichen oder Betrieben, die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik und des Abgehens hiervon, die Erteilung von Prokura sowie der Abschluss und die Auflösung von Verträgen mit Angestellten der Gesellschaft sowie der Abschluss der Anstellungsverträge mit den von den Gesellschaftern bestellten Geschäftsführern und insbesondere die Festlegung der Tarife für die Inanspruchnahme der Einrichtungen und Dienstleistungen der Gesellschaft.

Mit der diesem Verfahren zugrunde liegenden Auftragsvergabe wurde der Aufsichtsrat nicht befasst. ... Die Dienstleistung wird von der A gegenüber der Auftraggeberin für ein Monatsentgelt von netto Euro 5.000,-- zuzüglich 20 % Umsatzsteuer erbracht. Bis zum heutigen Zeitpunkt hat somit das Auftragsvolumen den Betrag von S 100.000,-- (Genehmigungspflicht durch den Aufsichtsrat der A) ... bei weitem überschritten. ...

Nach dem Gesellschaftsvertrag der A ... sind Gegenstand des Unternehmens die Errichtung und der Betrieb von

Anlagen und Einrichtungen sowie die Durchführung von Maßnahmen zum Zweck der ordnungsgemäßen und gesetzentsprechenden Besorgung der Abfallwirtschaft. Insbesondere gehören zum Unternehmensgegenstand jene wirtschaftlichen Betätigungen, die zur Vermeidung, Sammlung, Abfuhr, Behandlung, Verwertung, Lagerung und Beseitigung von Abfällen aller Art dienen, des gleichen der Betrieb von Deponien, Sortieranlagen und Kompostieranlagen sowie die Übernahme, die Verwertung und der Verkauf von Abfallwertstoffen. Zur Erreichung dieses Gesellschaftszweckes kann sich die Gesellschaft an anderen Gesellschaften beteiligen, Geschäftsführungen für andere Gesellschaften und für Gemeindeverbände besorgen, mit anderen Entsorgungsträgern kooperieren und die Abfallwirtschaft vertraglich für Gemeinden, Gemeindeverbände, das Land oder den Bund besorgen. Zum Unternehmensgegenstand gehört weiters die Organisation und die Durchführung von Abfallberatungsdiensten und Förderungsmaßnahmen über Auftrag von Gemeinden, Gemeindeverbänden, privaten und öffentlichen Betrieben.

Nach § IV. des Gesellschaftsvertrages ... sind die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen im Falle eines Abganges nur sehr bedingt verpflichtet. Die Nachschusspflicht beschränkt sich höchstens auf den fünffachen Betrag des Stammkapitals, was einem Betrag von ... Euro 181.682,-- entspricht. Nach Paragraph römisch vier. des Gesellschaftsvertrages ... sind die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen im Falle eines Abganges nur sehr bedingt verpflichtet. Die Nachschusspflicht beschränkt sich höchstens auf den fünffachen Betrag des Stammkapitals, was einem Betrag von ... Euro 181.682,-- entspricht.

Obwohl die A nach dem Willen der beiden gründenden Abfallverbände sehr umfangreiche Tätigkeiten im Sinne der Abfallwirtschaft zu entfalten hätte, beschränkt sich die Tätigkeit der A im Wesentlichen auf Umweltberatung. Die A betreibt europaweit das 'Öli-Kübel'-System in Kooperation mit dem Abwasserverband H - F.

Über zwei Tochtergesellschaften, an denen die A jeweils zu 50 % beteiligt ist, betreibt die A zusammen mit der I, welche jeweils 50 %-Gesellschafter ist, die Ah Betriebsgesellschaft und die Ah Abfallbehandlungsgesellschaft. Die Ah Betriebsgesellschaft betreibt die Deponie Ah. Dort wird Müll für die Bezirke I, I-L und S gelagert. Die Ah Abfallbehandlungsgesellschaft betreibt die neu errichtete Sortieranlage auf dem Gelände der Deponie Ah. Über zwei Tochtergesellschaften, an denen die A jeweils zu 50 % beteiligt ist, betreibt die A zusammen mit der römisch eins, welche jeweils 50 %-Gesellschafter ist, die Ah Betriebsgesellschaft und die Ah Abfallbehandlungsgesellschaft. Die Ah Betriebsgesellschaft betreibt die Deponie Ah. Dort wird Müll für die Bezirke römisch eins, I-L und S gelagert. Die Ah Abfallbehandlungsgesellschaft betreibt die neu errichtete Sortieranlage auf dem Gelände der Deponie Ah.

Die dritte von der A allein gehaltene Tochtergesellschaft ist die A Umwelttechnik. Diese Gesellschaft entwickelt überregionale Tätigkeit, also eine Tätigkeit, die über die beiden Bezirke I-L und S hinausgeht. Von der A Umwelttechnik werden umweltrelevante Technologien entwickelt und vermarktet. Die A Umwelttechnik entfaltet derzeit eine untergeordnete Geschäftstätigkeit, soll aber in Zukunft überregional ihre Produkte vermarkten. In den beiden Abfallverbandsbezirken S und I-L wird die Müllsammlung als solche von den Gemeinden immer noch selbständig betrieben und vielfach an Private vergeben. Nach den Angaben des Geschäftsführers (der A) werden 85 % der Dienstleistungen der A für die Verbandsgemeinden erbracht und ca. 15 % Dienstleistungen werden am freien überregionalen Markt erbracht.

Dieses Verhältnis 85 % zu 15 % wird auch durch die Einrechnung der Geschäftstätigkeiten der drei Tochterfirmen der A nach den Angaben von deren Geschäftsführer ... nicht beeinträchtigt. Über die beiden Tochtergesellschaften, nämlich die Ah Betriebsgesellschaft und die Ah Abfallbehandlungsgesellschaft wird beinahe das gesamte Müllaufkommen der Bezirke I, I-L und S gelagert bzw. sortiert. Dieses Verhältnis 85 % zu 15 % wird auch durch die Einrechnung der Geschäftstätigkeiten der drei Tochterfirmen der A nach den Angaben von deren Geschäftsführer ... nicht beeinträchtigt. Über die beiden Tochtergesellschaften, nämlich die Ah Betriebsgesellschaft und die Ah Abfallbehandlungsgesellschaft wird beinahe das gesamte Müllaufkommen der Bezirke römisch eins, I-L und S gelagert bzw. sortiert.

I hat nach dem Ergebnis der letzten Volkszählung aus dem Jahre 2008 118.035 Einwohner, I-L 164.027 Einwohner und der Bezirk römisch eins hat nach dem Ergebnis der letzten Volkszählung aus dem Jahre 2008 118.035 Einwohner, I-L 164.027 Einwohner und der Bezirk

S 78.610 Einwohner, was insgesamt eine Einwohnerzahl von 360.672 ergibt. Somit ist klar, dass die A über ihre 50 %-Beteiligung an den beiden genannten Tochterfirmen betreffend das Ah lediglich 66 % ihrer Dienstleistung gegenüber den beiden Verbandsbezirken I-L und S erbringt. 118.035 Einwohner der Stadt I entsprechen nämlich 33 % der

gesamten Einwohnerzahl jener drei Bezirke, deren Müll im Ah gelagert wird. S 78.610 Einwohner, was insgesamt eine Einwohnerzahl von 360.672 ergibt. Somit ist klar, dass die A über ihre 50 %-Beteiligung an den beiden genannten Tochterfirmen betreffend das Ah lediglich 66 % ihrer Dienstleistung gegenüber den beiden Verbandsbezirken I-L und S erbringt. 118.035 Einwohner der Stadt römisch eins entsprechen nämlich 33 % der gesamten Einwohnerzahl jener drei Bezirke, deren Müll im Ah gelagert wird.

Sowohl dem Gesellschaftsvertrag als auch den Ausführungen des Geschäftsführers ... ist zu entnehmen, dass die A bereits seit Gründung darauf ausgerichtet ist, überregionale Tätigkeiten zu entwickeln. Bereits nach der klaren Textierung des Gesellschaftsvertrages ... ist die A darauf ausgerichtet, eine Geschäftstätigkeit zu entwickeln, welche weit über die beiden gründenden und das Stammkapital jeweils 50 % haltenden Abfallverbände der Bezirke S und I-L hinausgeht. Nach den Aussagen des Geschäftsführers ... soll die überregionale Geschäftsentwicklung der A in Zukunft sogar noch größer werden, dies insbesondere im Hinblick auf die 100 %ige Tochterfirma A Umwelttechnik, welche in Zukunft überregional Technologien entwickeln und vermarkten soll. Überregional bedeutet auf das konkrete Verfahren bezogen, eine Tätigkeit, die über die beiden Bezirke I-L und S hinausgeht."

Rechtlich folgte die belangte Behörde unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (jetzt: Union; EuGH), der EuGH lasse zwar die Möglichkeit zu, dass, wenn mehrere öffentliche Stellen die Anteile an einer Gesellschaft halten, der sie die Wahrnehmung einer ihrer gemeinwirtschaftlichen Aufgaben übertragen, diese Stellen ihre Kontrollen über diese Gesellschaft gemeinsam ausüben können, um dem Erfordernis der Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle zu entsprechen. Im gegenständlichen Fall scheide aber eine "gemeinsame Kontrolle" im Hinblick auf die Auftraggeberin schon deshalb aus, da die Auftraggeberin lediglich an einem der beiden Eigentümerverbände betreffend die A beteiligt sei. Aus diesem Grund könne eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle im gegenständlichen Fall niemals greifen, weshalb eine "In-House-Vergabe" schon aus diesem Grund nicht in Betracht komme. Da die Auftraggeberin am 50 %-Eigentümer der A, nämlich dem Abfallbeseitigungsverband I-L, nicht beteiligt sei, könne sie schon rein begrifflich eine Kontrolle über die A auch nicht gemeinsam mit anderen ausüben.

Für eine "In-House-Vergabe" wäre aber zusätzlich noch erforderlich, dass die von der A erbrachten Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbracht werden, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzen (sogenanntes zweites "Teckal-Kriterium"). Die A sei nach ihrer Satzung ausdrücklich nicht nur zu dem Zweck gegründet worden, überwiegend Leistungen für die beiden Abfallverbände I-L und S zu erbringen, sondern ganz ausdrücklich sei für die A eine überregionale Tätigkeitsentwicklung vorgesehen worden. Tatsächlich verhalte es sich auch so, dass die A bereits jetzt zu einem nicht unwesentlichen Teil überregional tätig sei. Die Rechtsprechung des EuGH gehe davon aus, dass jedenfalls über 90 % des Umsatzes mit den Anteilsinhabern erzielt werden muss, um das zweite "Teckal-Kriterium" zu erfüllen. Selbst die vom Geschäftsführer der A angegebenen ca. 85 % Tätigkeit für die beiden Gemeindeverbände reiche iSd Rechtsprechung des EuGH nicht aus, dem zweiten "Teckal-Kriterium" gerecht zu werden. Dies umso weniger, als die A eine überregionale Tätigkeit in Zukunft ausdrücklich anstrebe.

Somit stehe zusammenfassend fest, dass weder das Kriterium "Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle" noch jenes von "Leistungen im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber" erfüllt sei. Das Privileg der "In-House-Vergabe" könne daher auf die gegenständliche Auftragsvergabe nicht zur Anwendung gelangen.

Gegen diesen Bescheid wendet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, ihn wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes, hilfsweise wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor, erstattete (wie auch die Mitbeteiligte) eine Gegenschrift und beantragte, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Im Beschwerdeverfahren ist nur mehr strittig, ob im gegenständlichen Fall ein die Anwendbarkeit des BVergG 2006 ausschließender Fall des § 10 Z. 7 leg. cit. vorgelegen hat. 1. Im Beschwerdeverfahren ist nur mehr strittig, ob im gegenständlichen Fall ein die Anwendbarkeit des BVergG 2006 ausschließender Fall des Paragraph 10, Ziffer 7, leg. cit. vorgelegen hat.

1.1. Gemäß § 10 Z. 7 BVergG 2006 gilt dieses nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber Aufträge durch eine Einrichtung

erbringen lässt, a) über die der öffentliche Auftraggeber eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und b) die ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzt. 1.1. Gemäß Paragraph 10, Ziffer 7, BVergG 2006 gilt dieses nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber Aufträge durch eine Einrichtung erbringen lässt, a) über die der öffentliche Auftraggeber eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und b) die ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzt.

1.2. Nach den Gesetzesmaterialien (RV 1171 BlgNR 22. GP) geht diese Vorschrift auf die Rechtsprechung des EuGH zu den einschlägigen Vergaberichtlinien (92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209, S. 1; 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. L 199, S. 1; nunmehr: 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134, S. 114) zurück und enthält die durch diese Rechtsprechung entwickelte Ausnahme betreffend "In-House-Vergaben". Das Gesetz übernehme - so die Erläuterungen wörtlich - "exakt den Wortlaut des Erkenntnisses des EuGH in der Rs C-107/98 Teckal"; alle Begriffe entstammten somit der Judikatur des EuGH und seien daher gemeinschaftsrechtlich auszulegen. 1.2. Nach den Gesetzesmaterialien Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode geht diese Vorschrift auf die Rechtsprechung des EuGH zu den einschlägigen Vergaberichtlinien (92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, Amtsblatt , L 209, S. 1; 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Amtsblatt , L 199, S. 1; nunmehr: 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Amtsblatt , L 134, S. 114) zurück und enthält die durch diese Rechtsprechung entwickelte Ausnahme betreffend "In-House-Vergaben". Das Gesetz übernehme - so die Erläuterungen wörtlich - "exakt den Wortlaut des Erkenntnisses des EuGH in der Rs C-107/98 Teckal"; alle Begriffe entstammten somit der Judikatur des EuGH und seien daher gemeinschaftsrechtlich auszulegen.

2. Im Urteil vom 18. November 1999 in der Rs C-107/98, Teckal, führte der EuGH aus, die RL 93/36/EWG sei anwendbar, wenn ein Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen würde. Etwas Anderes könne nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübe wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichte, die ihre Anteile innehätten (RNr. 50).

In der Folge bezog sich der EuGH in seiner Rechtsprechung stets auf die im oben angeführten Urteil entwickelten Kriterien, nach denen zu beurteilen sei, ob eine (insbesondere) den einschlägigen Vergaberichtlinien nicht unterliegende "In-House-Vergabe" vorgelegen habe (vgl. etwa die dg. Urteile vom 11. Januar 2005, Rs C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, RNr. 49, vom 13. Januar 2005, Rs C-84/03, Kommission/Spanien, RNr. 38, vom 13. Oktober 2005, Rs C-458/03, Parking Brixen, RNr. 58, vom 10. November 2005, Rs C-29/04, Kommission/Österreich, RNr. 34, vom 11. Mai 2006, Rs C-340/04, Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 33, vom 19. April 2007, Rs C-295/05, Asemfo, RNr. 55, vom 13. November 2008, Rs C-324/07, Coditel Brabant, RNr. 26, vom 10. September 2009, Rs C-573/07, Sea, RNr. 36, und vom 22. Dezember 2010, Rs C-215/09, Mehiläinen Oy, RNr. 32). In der Folge bezog sich der EuGH in seiner Rechtsprechung stets auf die im oben angeführten Urteil entwickelten Kriterien, nach denen zu beurteilen sei, ob eine (insbesondere) den einschlägigen Vergaberichtlinien nicht unterliegende "In-House-Vergabe" vorgelegen habe vergleiche , etwa die dg. Urteile vom 11. Januar 2005, Rs C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, RNr. 49, vom 13. Januar 2005, Rs C-84/03, Kommission/Spanien, RNr. 38, vom 13. Oktober 2005, Rs C-458/03, Parking Brixen, RNr. 58, vom 10. November 2005, Rs C-29/04, Kommission/Österreich, RNr. 34, vom 11. Mai 2006, Rs C-340/04, Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 33, vom 19. April 2007, Rs C-295/05, Asemfo, RNr. 55, vom 13. November 2008, Rs C-324/07, Coditel Brabant, RNr. 26, vom 10. September 2009, Rs C-573/07, Sea, RNr. 36, und vom 22. Dezember 2010, Rs C-215/09, Mehiläinen Oy, RNr. 32).

3. Zum Kriterium des § 10 Z. 7 lit. a BVergG 2006 (Kontrolle wie über eigene Dienststellen) 3. Zum Kriterium des Paragraph 10, Ziffer 7, Litera a, BVergG 2006 (Kontrolle wie über eigene Dienststellen)

3.1. Zum ersten maßgeblichen Kriterium, ob der öffentliche Auftraggeber über eine Gesellschaft, an der er (unmittelbar

oder mittelbar, etwa über eine Holdinggesellschaft; vgl. dazu etwa das Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 39) beteiligt ist und mit der er einen Vertrag schließen will, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben kann, hat der EuGH wiederholt darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Grundkapital einer den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft hält, darauf hindeute - ohne entscheidend zu sein -, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübe. Dagegen schließe es eine - auch minderheitliche - Beteiligung eines privaten Unternehmens am Grundkapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt sei, auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausüben könne wie über seine eigenen Dienststellen (vgl. etwa das Urteil Sea, RNr. 45 und 46, mwN).

3.1. Zum ersten maßgeblichen Kriterium, ob der öffentliche Auftraggeber über eine Gesellschaft, an der er (unmittelbar oder mittelbar, etwa über eine Holdinggesellschaft; vergleiche , dazu etwa das Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 39) beteiligt ist und mit der er einen Vertrag schließen will, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben kann, hat der EuGH wiederholt darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Grundkapital einer den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft hält, darauf hindeute - ohne entscheidend zu sein -, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübe. Dagegen schließe es eine - auch minderheitliche - Beteiligung eines privaten Unternehmens am Grundkapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt sei, auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausüben könne wie über seine eigenen Dienststellen vergleiche , etwa das Urteil Sea, RNr. 45 und 46, mwN).

In einem Fall, in dem sich mehrere öffentliche Stellen dafür entscheiden, einige ihrer gemeinwirtschaftlichen Aufgaben durch die Einschaltung einer Gesellschaft zu erfüllen, deren Anteile sie gemeinsam halten, sei es ausreichend, wenn diese Stellen ihre Kontrolle über diese Gesellschaft gemeinsam ausüben können. Dass dem einzelnen öffentlichen Auftraggeber in der Gesellschaft nur die Stellung eines Minderheitsgesellschafters zukomme, der somit die Kontrolle nicht allein ("individuell") ausüben könne, schade nicht (vgl. auch dazu etwa das Urteil Sea, RNr. 54 bis 63, mwN).

In einem Fall, in dem sich mehrere öffentliche Stellen dafür entscheiden, einige ihrer gemeinwirtschaftlichen Aufgaben durch die Einschaltung einer Gesellschaft zu erfüllen, deren Anteile sie gemeinsam halten, sei es ausreichend, wenn diese Stellen ihre Kontrolle über diese Gesellschaft gemeinsam ausüben können. Dass dem einzelnen öffentlichen Auftraggeber in der Gesellschaft nur die Stellung eines Minderheitsgesellschafters zukomme, der somit die Kontrolle nicht allein ("individuell") ausüben könne, schade nicht vergleiche , auch dazu etwa das Urteil Sea, RNr. 54 bis 63, mwN).

Bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft, die den Zuschlag erhalte, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübe, seien alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung müsse zu dem Ergebnis führen, dass die den Zuschlag erhaltende Gesellschaft einer Kontrolle unterliege, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermögliche, auf ihre Entscheidungen einzuwirken. Hierbei müsse die Möglichkeit gegeben sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (vgl. auch dazu etwa das Urteil Sea, RNr. 65, mwN).

Bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft, die den Zuschlag erhalte, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübe, seien alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung müsse zu dem Ergebnis führen, dass die den Zuschlag erhaltende Gesellschaft einer Kontrolle unterliege, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermögliche, auf ihre Entscheidungen einzuwirken. Hierbei müsse die Möglichkeit gegeben sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen vergleiche , auch dazu etwa das Urteil Sea, RNr. 65, mwN).

3.2. Nach der Rechtsauffassung der belangten Behörde scheitere die in der dargestellten Rechtsprechung des EuGH als erforderlich angesehene "gemeinsame Kontrolle" der öffentlichen Stellen über die A schon daran, dass die Beschwerdeführerin an der zweiten Hälfteeigentümerin der A (dem Abfallbeseitigungsverband I-L) nicht beteiligt sei.

3.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie sei als eine der größten Gemeinden des Bezirkes S indirekt an der Auftragnehmerin A beteiligt. Private Unternehmen seien an der A nicht beteiligt. Der Geschäftsführer der A sei laut Gesellschaftsvertrag bei der Vornahme bestimmter Geschäfte, die vereinfacht ausgedrückt den Umfang von ATS 100.000,- übersteigen, an die vorherige Zustimmung des Aufsichtsrates gebunden. Der Bürgermeister der Beschwerdeführerin sei Mitglied des Aufsichtsrates; die fünf anderen Aufsichtsräte würden ebenfalls von den beiden

Gemeindeverbänden beschickt. Darüber hinaus könne die Generalversammlung der A, sohin alle Gemeinden der Bezirke I-L und S, dem Geschäftsführer der A Weisungen erteilen, wie er seine Geschäftsführertätigkeit auszuüben habe. Die Beschwerdeführerin könne also gemeinsam mit den anderen Gemeinden über die A eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Beim vorliegenden Sachverhalt sei daher die in der Judikatur des EuGH geforderte Kontrolle der Beschwerdeführerin über die A gegeben.

3.4. Diesem Vorbringen hält die Mitbeteiligte in ihrer Gegenschrift im Wesentlichen entgegen, die Besonderheiten der Beteiligungsstruktur im vorliegenden Fall führten dazu, dass die Beschwerdeführerin keinen wesentlichen Einfluss auf das Tagesgeschäft und die strategischen Ziele der A habe. Beides würde nämlich nur mittelbar (im Wege einer "Tochtergesellschaft") und nur neben einer Vielzahl von anderen öffentlichen Gebietskörperschaften durch die Beschwerdeführerin bestimmt und mitgestaltet. Der Geschäftsführer der A werde vom Aufsichtsrat überwacht, dem je drei Bürgermeister der beteiligten Gemeindeverbände angehören. Wichtige Geschäfte bedürften zwar der Zustimmung des Aufsichtsrates, nicht jedoch der Zustimmung der Anteilseigner (Gemeindeverbände). Den einzelnen Gemeinden, so auch der Beschwerdeführerin, komme kein direktes Stimmrecht in der Generalversammlung der A zu. Das bedeute, dass der Aufsichtsrat fundamentale Unternehmensentscheidungen treffen könne, ohne dass die Gemeinden, so auch die Beschwerdeführerin, in die Entscheidungsfindung eingebunden werden müssten. Ein wesentlicher Teil der Geschäftsergebnisse der A resultiere aus ihren drei Tochtergesellschaften, an denen die A bei zweien lediglich 50 %- Anteile halte. Die Tochtergesellschaften agierten am freien Markt und erzielten einen wesentlichen Teil des Umsatzes. Im Extremfall könnte die Auslagerung an Tochtergesellschaften so weit reichen, dass die A selbst keinen Umsatz mehr erziele, sondern nur mehr als Holding auftrete und sämtliche Geschäftstätigkeiten nur mehr über ihre Tochtergesellschaften ausübe. Eine klare Abgrenzung zwischen öffentlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeit wäre bei solchen Beteiligungskonstruktionen nicht mehr möglich. Die mögliche Einflussnahme des öffentlichen Auftraggebers schwinde daher weiter, da neuerlich eine zusätzliche Entscheidungsebene zwischengeschaltet sei. Die direkte Auftragsvergabe an solche Gesellschaften mit der Begründung, es handle sich um "Quasi-In-House-Geschäfte" wäre eine offenkundig versuchte Umgehung der Bestimmungen des Vergaberechts. Da die A aus den Tochtergesellschaften wesentliche Umsätze erwirtschaftete, müsse die Kontrollbefugnis auch diese Tochtergesellschaften umfassen.

3.5. Der Verwaltungsgerichtshof teilt die unter Punkt 3.2. der Erwägungen angeführte Rechtsauffassung der belangten Behörde nicht. Allein der Umstand, dass die Beschwerdeführerin nur einem der beiden Gemeindeverbände angehört, welche die Anteile an der A innehaben, schließt nach der zitierten Rechtsprechung des EuGH eine gemeinsame Kontrolle aller öffentlichen Stellen über die Geschäftstätigkeit der A nicht aus. Sämtliche Anteile an der A werden nämlich (über die beiden Gemeindeverbände, die nur öffentliche Körperschaften umfassen) von öffentlichen Stellen gehalten; private Beteiligungen an der A bestehen nicht. Eine gemeinsame Kontrolle der die Gesellschaftsanteile innehabenden öffentlichen Stellen über die A wäre daher grundsätzlich möglich. Es würde insofern - entgegen dem Vorbringen der Mitbeteiligten - auch nicht schaden, dass die Beschwerdeführerin nur mittelbar (und zwar als eine von mehreren Gemeinden, die den Gemeindeverband "Abfallwirtschaftsverband U" bilden, der wiederum 50 % der Anteile an der A hält) und in untergeordneter Rolle an der A beteiligt ist.

3.6. Der Beschwerdeführerin ist zuzugeben, dass der Geschäftsführer der A nach deren Gesellschaftsvertrag strategische Ziele und zumindest viele wichtige Entscheidungen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates treffen kann. Dazu zählt insbesondere auch die Festlegung der Tarife für die Inanspruchnahme der Einrichtungen und Dienstleistungen der Gesellschaft, also eine Kompetenz, der in der Rechtsprechung des EuGH wiederholt besondere Beachtung geschenkt wurde (vgl. etwa die dg. Urteile Asemfo, RNr. 54, und Coditel Brabant, RNr. 35). Allerdings hat der EuGH erkannt, dass die betreffenden Satzungsbestimmungen auch "greifen" müssen, um von einer ausreichenden Kontrolle sprechen zu können (vgl. das Urteil Sea, RNr. 89; zu diesem Aspekt siehe auch die folgenden Erwägungen Punkt 3.8.). Im Übrigen fällt auf, dass - abgesehen von einzelnen, im Gesellschaftsvertrag aufgezählten Geschäften - Zielschuldverhältnisse im Allgemeinen (betragsmäßig unbeschränkt) keiner Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen und insofern ein - nicht unwesentlicher - Teil der möglichen Geschäftstätigkeit der A satzungsgemäß keiner Kontrolle durch den Aufsichtsrat unterliegt. 3.6. Der Beschwerdeführerin ist zuzugeben, dass der Geschäftsführer der A nach deren Gesellschaftsvertrag strategische Ziele und zumindest viele wichtige Entscheidungen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates treffen kann. Dazu zählt insbesondere auch die Festlegung der Tarife für die Inanspruchnahme der Einrichtungen und Dienstleistungen der Gesellschaft, also eine Kompetenz, der in der Rechtsprechung des EuGH

wiederholt besondere Beachtung geschenkt wurde vergleiche , etwa die dg. Urteile Asemfo, RNr. 54, und Coditel Brabant, RNr. 35). Allerdings hat der EuGH erkannt, dass die betreffenden Satzungsbestimmungen auch "greifen" müssen, um von einer ausreichenden Kontrolle sprechen zu können vergleiche , das Urteil Sea, RNr. 89; zu diesem Aspekt siehe auch die folgenden Erwägungen Punkt 3.8.). Im Übrigen fällt auf, dass - abgesehen von einzelnen, im Gesellschaftsvertrag aufgezählten Geschäften - Zielschuldverhältnisse im Allgemeinen (betragsmäßig unbeschränkt) keiner Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen und insofern ein - nicht unwesentlicher - Teil der möglichen Geschäftstätigkeit der A satzungsgemäß keiner Kontrolle durch den Aufsichtsrat unterliegt.

Der (sechsköpfige) Aufsichtsrat der A wird von den beiden Gemeindeverbänden, die je zur Hälfte die Anteile an der A halten, beschickt. Dass der Aufsichtsrat somit aus Vertretern der (die Anteile haltenden) öffentlichen Stellen besteht, deutet nach der Rechtsprechung des EuGH darauf hin, dass sie dieses Beschlussorgan beherrschen und damit in der Lage sind, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf wichtige Entscheidungen der A ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (vgl. das Urteil Coditel Brabant, RNr. 34). Dabei handelt es sich aber nur - wie sich der zitierten Rechtsprechung des EuGH entnehmen lässt - um ein weiteres Indiz im Rahmen einer notwendigen Gesamtbetrachtung. Der (sechsköpfige) Aufsichtsrat der A wird von den beiden Gemeindeverbänden, die je zur Hälfte die Anteile an der A halten, beschickt. Dass der Aufsichtsrat somit aus Vertretern der (die Anteile haltenden) öffentlichen Stellen besteht, deutet nach der Rechtsprechung des EuGH darauf hin, dass sie dieses Beschlussorgan beherrschen und damit in der Lage sind, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf wichtige Entscheidungen der A ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen vergleiche , das Urteil Coditel Brabant, RNr. 34). Dabei handelt es sich aber nur - wie sich der zitierten Rechtsprechung des EuGH entnehmen lässt - um ein weiteres Indiz im Rahmen einer notwendigen Gesamtbetrachtung.

3.7. Daneben misst der EuGH dem Umstand Bedeutung bei, ob die Gesellschaft eine Marktausrichtung und ein Maß an Selbständigkeit erworben hat, aufgrund derer eine Kontrolle durch die ihr angeschlossenen Stellen als nicht gesichert erscheint (vgl. auch dazu die Urteile Coditel Brabant, RNr. 36, sowie Sea, RNr. 73). Ist nach dem Gesellschaftszweck von einer Marktausrichtung auszugehen, die sich räumlich und inhaltlich vom Zweck der Verwaltung öffentlicher Dienstleistungen für die beteiligten Gemeinden entfernt und Verbindungen zu Unternehmen des Privatsektors ermöglicht, die für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht notwendig sind (vgl. dazu das Urteil Sea, RNr. 76 bis 80), spricht dies nach Ansicht des EuGH gegen eine gesicherte Kontrolle durch die öffentlichen Stellen, und zwar selbst dann, wenn diese grundsätzlich über die Mitglieder der Beschlussorgane Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können (vgl. dazu das Urteil Coditel Brabant, RNr. 38f *argumentum e contrario*). Dem scheint die Überlegung zugrunde zu liegen, dass eine offensive - über die Besorgung von Angelegenheiten der öffentlichen Stellen hinausgehende - Marktausrichtung tendenziell ein höheres Maß an Selbständigkeit und Handlungsfreiheit der Gesellschaft bewirkt, weil sie sich damit von den Interessen dieser öffentlichen Stellen abkoppelt (vgl. dazu das Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 61: "Denn einem Unternehmen fehlt es nicht unbedingt allein deshalb an Handlungsfreiheit, weil die es betreffenden Entscheidungen von der Körperschaft kontrolliert werden, die seine Anteile innehat, sofern es noch einen bedeutenden Teil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern abwickeln kann"). Insofern kommt der Marktausrichtung schon im Rahmen dieses Kriteriums (und nicht nur in Bezug auf das weitere Beurteilungskriterium, wonach Leistungen der Gesellschaft im Wesentlichen für die öffentlichen Stellen, die ihre Anteile innehaben, erbracht werden müssen) Bedeutung zu.

3.7. Daneben misst der EuGH dem Umstand Bedeutung bei, ob die Gesellschaft eine Marktausrichtung und ein Maß an Selbständigkeit erworben hat, aufgrund derer eine Kontrolle durch die ihr angeschlossenen Stellen als nicht gesichert erscheint vergleiche , auch dazu die Urteile Coditel Brabant, RNr. 36, sowie Sea, RNr. 73). Ist nach dem Gesellschaftszweck von einer Marktausrichtung auszugehen, die sich räumlich und inhaltlich vom Zweck der Verwaltung öffentlicher Dienstleistungen für die beteiligten Gemeinden entfernt und Verbindungen zu Unternehmen des Privatsektors ermöglicht, die für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht notwendig sind vergleiche , dazu das Urteil Sea, RNr. 76 bis 80), spricht dies nach Ansicht des EuGH gegen eine gesicherte Kontrolle durch die öffentlichen Stellen, und zwar selbst dann, wenn diese grundsätzlich über die Mitglieder der Beschlussorgane Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können vergleiche , dazu das Urteil Coditel Brabant, RNr. 38f *argumentum e contrario*). Dem scheint die Überlegung zugrunde zu liegen, dass eine offensive - über die Besorgung von Angelegenheiten der öffentlichen Stellen hinausgehende - Marktausrichtung tendenziell ein höheres Maß an Selbständigkeit und Handlungsfreiheit der Gesellschaft bewirkt, weil sie sich damit von den Interessen dieser öffentlichen Stellen abkoppelt vergleiche , dazu das Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 61: "Denn

einem Unternehmen fehlt es nicht unbedingt allein deshalb an Handlungsfreiheit, weil die es betreffenden Entscheidungen von der Körperschaft kontrolliert werden, die seine Anteile innehat, sofern es noch einen bedeutenden Teil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern abwickeln kann"). Insofern kommt der Marktausrichtung schon im Rahmen dieses Kriteriums (und nicht nur in Bezug auf das weitere Beurteilungskriterium, wonach Leistungen der Gesellschaft im Wesentlichen für die öffentlichen Stellen, die ihre Anteile innehaben, erbracht werden müssen) Bedeutung zu.

Der Gesellschaftsvertrag der A legt deren Unternehmensgegenstand dahingehend fest, dass die Gesellschaft die Errichtung und den Betrieb von Anlagen und Einrichtungen sowie die Durchführung von Maßnahmen zum Zweck der Besorgung der Abfallwirtschaft zur Aufgabe hat. Zu diesem Zweck kann sich die A an anderen Gesellschaften beteiligen, Geschäftsführungen für andere Gesellschaften und für Gemeindeverbände besorgen, mit anderen Entsorgungsträgern kooperieren und die Abfallwirtschaft vertraglich für Gemeinden, Gemeindeverbände, das Land oder den Bund besorgen.

Eine räumliche Beschränkung dieser Dienstleistungen auf den Bereich der die Anteile an der A innehabenden Gemeindeverbände findet nicht statt. Räumlich und inhaltlich wirken die Tätigkeiten der Gesellschaft somit - satzungsgemäß - über das Gebiet und den Markt der öffentlichen Stellen, die ihre Anteile innehaben, hinaus.

Nach dem Gesellschaftsvertrag gehören zum Unternehmensgegenstand weiters die Organisation und die Durchführung von Abfallberatungsdiensten und Förderungsmaßnahmen, die ebenfalls über den Bereich der beiden Eigentümergemeindeverbände hinausgehen und von privaten und öffentlichen Betrieben beauftragt werden können.

Demnach spricht die Ausrichtung der Gesellschaft nach ihrem Unternehmenszweck im Lichte der Rechtsprechung des EuGH dafür, die Kontrollmöglichkeit der öffentlichen Stellen über die Gesellschaft als nicht gesichert anzusehen.

3.8. Hinzu kommt, dass die von der belangten Behörde festgestellte Tatsache, der Aufsichtsrat der A sei (beispielsweise) mit der diesem Vergabeverfahren zugrunde liegenden Auftragsvergabe - trotz eines entsprechenden Auftragsvolumens - nicht befasst worden, Zweifel daran aufkommen lässt, dass die in der Satzung vorgesehenen Kontrollmechanismen tatsächlich greifen.

3.9. Insgesamt kann der belangten Behörde daher - unter Würdigung des in der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls dargelegten Grundsatzes, dass jede Ausnahme von der Geltung der Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber, die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften (des Vergaberechtes) anzuwenden, eng auszulegen sei (vgl. das Urteil des EuGH Stadt Halle und RPL Lochau, RNr. 44 bis 46) - im Ergebnis nicht entgegen getreten werden, wenn sie die nach § 10 Z. 7 lit. a BVergG 2006 erforderliche Kontrolle über die A als nicht gegeben ansah. 3.9. Insgesamt kann der belangten Behörde daher - unter Würdigung des in der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls dargelegten Grundsatzes, dass jede Ausnahme von der Geltung der Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber, die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften (des Vergaberechtes) anzuwenden, eng auszulegen sei vergleiche , das Urteil des EuGH Stadt Halle und RPL Lochau, RNr. 44 bis 46) - im Ergebnis nicht entgegen getreten werden, wenn sie die nach Paragraph 10, Ziffer 7, Litera a, BVergG 2006 erforderliche Kontrolle über die A als nicht gegeben ansah.

4. Zum Kriterium des § 10 Z. 7 lit. b BVergG 2006 (Tätigkeit im Wesentlichen für den Inhaber der Anteile)4. Zum Kriterium des Paragraph 10, Ziffer 7, Litera b, BVergG 2006 (Tätigkeit im Wesentlichen für den Inhaber der Anteile)

4.1. Aber selbst wenn das Kriterium des § 10 Z. 7 lit. a BVergG 2006 als erfüllt angesehen würde, wäre - wie die belangte Behörde zutreffend ausführte - zu verneinen, dass die A ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzt (§ 10 Z. 7 lit. b BVergG 2006).

4.1. Aber selbst wenn das Kriterium des Paragraph 10, Ziffer 7, Litera a, BVergG 2006 als erfüllt angesehen würde, wäre - wie die belangte Behörde zutreffend ausführte - zu verneinen, dass die A ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzt (Paragraph 10, Ziffer 7, Litera b, BVergG 2006).

Das Erfordernis, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft oder die Körperschaften verrichten muss, die ihre Anteile innehaben, soll nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere sicherstellen, dass die einschlägigen Vergaberichtlinien anwendbar bleiben, wenn ein von einer oder mehreren Körperschaften kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt tätig ist und damit mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann (vgl. dazu das Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 60).Das Erfordernis, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit im

Wesentlichen für die Körperschaft oder die Körperschaften verrichten muss, die ihre Anteile innehaben, soll nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere sicherstellen, dass die einschlägigen Vergaberichtlinien anwendbar bleiben, wenn ein von einer oder mehreren Körperschaften kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt tätig ist und damit mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann vergleiche , dazu das Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 60).

Dass das fragliche Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaften verrichtet, die seine Anteile innehaben, lässt sich dann annehmen, wenn das Unternehmen hauptsächlich für diese Körperschaft tätig wird und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist. Um zu beurteilen, ob dies der Fall ist, müssen alle - qualitativen wie quantitativen - Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden (vgl. auch dazu das Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 63f). Dass das fragliche Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaften verrichtet, die seine Anteile innehaben, lässt sich dann annehmen, wenn das Unternehmen hauptsächlich für diese Körperschaft tätig wird und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist. Um zu beurteilen, ob dies der Fall ist, müssen alle - qualitativen wie quantitativen - Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden vergleiche , auch dazu das Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, RNr. 63f).

4.2. Die belangte Behörde verneinte dieses Kriterium unter Hinweis darauf, dass die A nur ca. 85 % ihrer Tätigkeit für die Eigentümerinnen erbringe (erkennbar gemeint: 85 % der Umsätze aus Tätigkeiten für die beiden Gemeindeverbände erziele); dies reiche für die Erfüllung des Kriteriums nach § 10 Z. 7 lit. b BVergG 2006 umso weniger aus, als die A eine (weitergehende) überregionale Tätigkeit für die Zukunft ausdrücklich anstrebe. 4.2. Die belangte Behörde verneinte dieses Kriterium unter Hinweis darauf, dass die A nur ca. 85 % ihrer Tätigkeit für die Eigentümerinnen erbringe (erkennbar gemeint: 85 % der Umsätze aus Tätigkeiten für die beiden Gemeindeverbände erziele); dies reiche für die Erfüllung des Kriteriums nach Paragraph 10, Ziffer 7, Litera b, BVergG 2006 umso weniger aus, als die A eine (weitergehende) überregionale Tätigkeit für die Zukunft ausdrücklich anstrebe.

4.3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der festgestellte Anteil an Umsätzen für die Eigentümerinnen nicht ausschließe, das Kriterium des § 10 Z. 7 lit. b BVergG 2006 als erfüllt anzusehen. Darüber hinaus hätte die belangte Behörde - neben dem quantitativen Merkmal des Umsatzes - auch eine Würdigung des qualitativen Tätigwerdens der A für die Gemeinden der betroffenen Gemeindeverbände vornehmen müssen. Die Gründung der A sei u.a. zu dem Zweck erfolgt, gemeinsam Abfallangelegenheiten zu erledigen und dabei Synergieeffekte zu nutzen. Dass die A darüber hinaus auch auf dem freien Markt tätig werde (z.B. mit dem "Öli-Kübel"-System) und Erlöse zugunsten der öffentlichen Hand erziele, sei lobenswert und komme den Gemeindebürgern zugute. Das ändere am Hauptzweck der Gesellschaft nichts. Es sei ein Verfahrensmangel, dass die belangte Behörde diese Tatsache nicht in die Beurteilung einfließen habe lassen. 4.3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der festgestellte Anteil an Umsätzen für die Eigentümerinnen nicht ausschließe, das Kriterium des Paragraph 10, Ziffer 7, Litera b, BVergG 2006 als erfüllt anzusehen. Darüber hinaus hätte die belangte Behörde - neben dem quantitativen Merkmal des Umsatzes - auch eine Würdigung des qualitativen Tätigwerdens der A für die Gemeinden der betroffenen Gemeindeverbände vornehmen müssen. Die Gründung der A sei u.a. zu dem Zweck erfolgt, gemeinsam Abfallangelegenheiten zu erledigen und dabei Synergieeffekte zu nutzen. Dass die A darüber hinaus auch auf dem freien Markt tätig werde (z.B. mit dem "Öli-Kübel"-System) und Erlöse zugunsten der öffentlichen Hand erziele, sei lobenswert und komme den Gemeindebürgern zugute. Das ändere am Hauptzweck der Gesellschaft nichts. Es sei ein Verfahrensmangel, dass die belangte Behörde diese Tatsache nicht in die Beurteilung einfließen habe lassen.

4.4. Ohne auf das bestreitende Vorbringen der Mitbeteiligten in ihrer Gegenschrift näher einzugehen, ist dem Beschwerdevorbringen zu erwidern, dass schon der Unternehmenszweck - wie unter Punkt 3.7. der Erwägungen bereits dargelegt worden ist - nicht bloß die Abfallentsorgung im Gebiet der Eigentümergemeindeverbände umfasst und die praktische Geschäftstätigkeit der A (und ihrer Tochtergesellschaften) über den in der Beschwerde behaupteten Hauptzweck der Gesellschaftsgründung nicht unwesentlich hinausgeht. Tatsächlich übt die Gesellschaft - im Wege der Beteiligung an zwei Tochtergesellschaften - Geschäftstätigkeiten im Abfallwirtschaftsbereich aus, die zu einem nicht unbeträchtlichen Anteil nicht die Eigentümergemeindeverbände, sondern eine andere Kommune (I) betreffen (Deponie Ah). Überdies betreibt sie nach den Feststellungen der belangten Behörde Umweltberatung, die nicht auf den Bereich beider Gemeindeverbände, die ihre Anteile innehaben, beschränkt ist. Auch über ihre (100 %ige) Tochtergesellschaft A Umwelttechnik, die der Entwicklung und Vermarktung umweltrelevanter Technologien dient, entfaltet sie eine überregionale Tätigkeit, die - nach den Feststellungen der belangten Behörde - in Zukunft noch weiter

ausgebaut werden soll. 4.4. Ohne auf das bestreitende Vorbringen der Mitbeteiligten in ihrer Gegenschrift näher einzugehen, ist dem Beschwerdevorbringen zu erwidern, dass schon der Unternehmenszweck - wie unter Punkt 3.7. der Erwägungen bereits dargelegt worden ist - nicht bloß die Abfallentsorgung im Gebiet der Eigentümergemeindev Verbände umfasst und die praktische Geschäftstätigkeit der A (und ihrer Tochtergesellschaften) über den in der Beschwerde behaupteten Hauptzweck der Gesellschaftsgründung nicht unwesentlich hinausgeht. Tatsächlich übt die Gesellschaft - im Wege der Beteiligung an zwei Tochtergesellschaften - Geschäftstätigkeiten im Abfallwirtschaftsbereich aus, die zu einem nicht unbeträchtlichen Anteil nicht die Eigentümergemeindev Verbände, sondern eine andere Kommune (römisch eins) betreffen (Deponie Ah). Überdies betreibt sie nach den Feststellungen der belangten Behörde Umweltberatung, die nicht auf den Bereich beider Gemeindev Verbände, die ihre Anteile innehaben, beschränkt ist. Auch über ihre (100 %ige) Tochtergesellschaft A Umwelttechnik, die der Entwicklung und Vermarktung umweltrelevanter Technologien dient, entfaltet sie eine überregionale Tätigkeit, die - nach den Feststellungen der belangten Behörde - in Zukunft noch weiter ausgebaut werden soll.

Es kann daher nicht erkannt werden, dass eine qualitative Bewertung der Tätigkeiten der A zu einer anderen Beurteilung führen hätte müssen, als die belangte Behörde sie unter Berücksichtigung der quantitativen Aspekte (Umsätze) vorgenommen hat.

4.5. Den Ausführungen der belangten Behörde zur "Offenkundigkeit" der unzulässigen Zuschlagserteilung ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer iSd § 14 Abs. 1 Z. 4 des Tiroler Vergabenaufprüfungsgesetzes 2006, LGBl. 70/2006, tritt die Beschwerde nicht konkret entgegen. 4.5. Den Ausführungen der belangten Behörde zur "Offenkundigkeit" der unzulässigen Zuschlagserteilung ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer iSd Paragraph 14, Absatz eins, Ziffer 4, des Tiroler Vergabenaufprüfungsgesetzes 2006, Landesgesetzblatt 70 aus 2006,, tritt die Beschwerde nicht konkret entgegen.

5. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. 5. Die Beschwerde war daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Wien, am 14. März 2012

Gerichtsentscheidung

EuGH 62004CJ0340 Carbotermo VORAB

EuGH 61998CJ0107 Teckal VORAB

EuGH 62004CJ0340 Carbotermo VORAB

EuGH 62007CJ0573 Sea VORAB

EuGH 62007CJ0573 Sea VORAB

EuGH 62007CJ0573 Sea VORAB

EuGH 62007CJ0324 Coditel Brabant VORAB

EuGH 62004CJ0340 Carbotermo VORAB

EuGH 62007CJ0573 Sea VORAB

EuGH 62007CJ0324 Coditel Brabant VORAB

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2012:2009040309.X00

Im RIS seit

23.04.2012

Zuletzt aktualisiert am

01.06.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at