

TE Verg Bescheid 2013/6/13 VKS-272086/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.06.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs3 Z3

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §33 Abs1 Z2

WVRG 2007 §34 Abs1

WVRG 2007 §35 Abs1

WVRG 2007 §36 Abs2

WVRG 2007 §36a in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lit a sublit nn

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §16 Abs2 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

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 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag des Mag. ***, ***, vertreten durch Siemer-Siegl-Füreder & Partner, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens betreffend die Vergabe der Verwaltung und Bewirtschaftung städtischer Wohnhausanlagen durch die Auftraggeberin Stadt Wien - Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, an die WISEG Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. & Co KG und die Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H., beide Bennoplatz 3, 1080 Wien, vertreten durch schwarz huber-medek & partner rechtsanwälte og in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Festgestellt wird, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welches zum Abschluss des Vertrages vom 22.10.2012, betreffend die Einbringung städtischer Wohnhausanlagen in die WISEG Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. & Co. KG geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, rechtswidrig war (§ 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007). Festgestellt wird, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welches zum Abschluss des Vertrages vom 22.10.2012, betreffend die Einbringung städtischer Wohnhausanlagen in die WISEG Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. & Co. KG geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, rechtswidrig war (Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007).

1. 2.Ziffer 2

Gemäß § 36a Abs. 2 WVRG 2007 wird der Einbringungsvertrag vom 22.10.2012, betreffend die Einbringung städtischer Wohnhausanlagen in die WISEG Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. & Co KG durch die Stadt Wien - Wiener Wohnen, für nichtig erklärt (§ 36a Abs. 2 WVRG 2007). Gemäß Paragraph 36 a, Absatz 2, WVRG 2007 wird der Einbringungsvertrag vom 22.10.2012, betreffend die Einbringung städtischer Wohnhausanlagen in die WISEG Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. & Co KG durch die Stadt Wien - Wiener Wohnen, für nichtig erklärt (Paragraph 36 a, Absatz 2, WVRG 2007).

1. 3.Ziffer 3

Gemäß § 36a Abs. 5 WVRG 2007 wird der Vertrag mit Wirkung vom 31.12.2013 aufgehoben. Gemäß Paragraph 36 a, Absatz 5, WVRG 2007 wird der Vertrag mit Wirkung vom 31.12.2013 aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Gemäß § 36a Abs. 6 WVRG 2007 wird über die Auftraggeberin eine Geldbuße von Euro 10.000,-- (in Worten: zehntausend) verhängt. Diese ist binnen 4 Wochen dem Fonds Soziales Wien unter Angabe des Aktenzeichens des gegenständlichen Verfahrens zu überweisen. Gemäß § 36a Abs. 7 WVRG 2007 bildet dieser Bescheid einen Vollstreckungstitel nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991, BGBl. Nr. 53/1991, in der Fassung des BGBl. I Nr 3/2008. Gemäß Paragraph 36 a, Absatz 6, WVRG 2007 wird über die Auftraggeberin eine Geldbuße von Euro 10.000,-- (in Worten: zehntausend) verhängt. Diese ist binnen 4 Wochen dem Fonds Soziales Wien unter Angabe des Aktenzeichens des gegenständlichen Verfahrens zu überweisen. Gemäß Paragraph 36 a, Absatz 7, WVRG 2007 bildet dieser Bescheid einen Vollstreckungstitel nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991, Bundesgesetzblatt Nr. 53 aus 1991,, in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 3 aus 2008,.

1. 5.Ziffer 5

Die Auftraggeberin hat dem Antragsteller die von diesem entrichteten Pauschalgebühren von Euro 1.788,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 3 Z 3, 13, 18, 19, 33 Abs. 1 Z 2, 34 Abs. 1, 35 Abs. 1, 36 Abs. 2, 36a

WVRG 2007, in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. nn, 6, 12 Abs. 1 Z 1, 16 Abs. 2 Z 2, 19 Abs. 1 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 3, Ziffer 3, 13, 18, 19, 33, Absatz eins, Ziffer 2, 34, Absatz eins, 35, Absatz eins, 36, Absatz 2, 36 a, WVRG 2007, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n,, 6, 12 Absatz eins, Ziffer eins, 16, Absatz 2, Ziffer 2, 19, Absatz eins, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen (im Folgenden Auftraggeberin genannt) hat mit Vertrag vom 22.10.2012 zahlreiche, in ihrem Eigentum stehende Wohnobjekte in die WISEG Wiener Substanzerhaltungs.g.m.b.H. & Co. KG (im Folgenden "WISEG KG") eingebracht. In diesem Einbringungsvertrag wird auch die Verwaltung und Bewirtschaftung dieser übertragenen Wohneinheiten geregelt.

Der Antragsteller beantragt die Feststellung, dass es sich beim Abschluss des Vertrages vom 22.10.2012, betreffend die Einbringung städtischer Wohnhausanlagen in die WISEG KG um die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gehandelt hat. Damit habe die Auftraggeberin gegen Bestimmungen des BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verstoßen. Weiters begehrt der Antragsteller die Nichtigerklärung des Einbringungsvertrages, hilfsweise die Nichtigerklärung einzelner, näher bezeichneter Punkte des angefochtenen Vertrages. Der Antragsteller bringt dazu vor, dass die Auftraggeberin mit dem Einbringungsvertrag die Verwaltung und Bewirtschaftung diverser städtischer Wohnhausanlagen an die WISEG KG vergeben habe, ohne eine Ausschreibung vorzunehmen, obwohl es sich dabei um eine Dienstleistung im Oberschwellenbereich handle. Der Antragsteller betreibe eine Hausverwaltung in der Form eines Einzelunternehmens und habe daher ein Interesse an diesem Auftrag, habe jedoch mangels Bekanntmachung keine Möglichkeit gehabt, sich an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zu beteiligen. Dadurch sei ihm ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinnes sowie eines entgangenen Umsatzes entstanden, der sich hinsichtlich des Entgelts für die Verwaltung auf jährlich zumindest netto Euro 45.000,-- belaufe. Dazu komme der entgangene Gewinn hinsichtlich der Vergütung für nicht näher definierte Leistungen im Einbringungsvertrag. Dem entstandenen Schaden seien auch die Kosten seiner rechtsfreundlichen Vertretung, die er im einleitenden Schriftsatz näher beziffert, hinzuzuzählen. Letztlich käme noch der Verlust eines für ihn wesentlichen Referenzprojektes dazu.

Zur Begründung seines Begehrens führt der Antragsteller näher aus, dass Gesellschaftsgründungen und Grundstücksübertragungen zwar für sich keine vergaberechtlich relevanten Vorgänge darstellen würden, vorliegend der Zweck der von der Auftraggeberin gewählten Konstruktion jedoch nicht die Veräußerung der Wohnhausanlagen, sondern die Beschaffung, deren Verwaltung und Bewirtschaftung gewesen sei. Das könne man schon daraus erkennen, dass im Vertrag keine dauerhafte Einbringung der Liegenschaften in die WISEG KG vereinbart sei, sondern diese im Falle einer Auflösung der WISEG KG oder eines Ausscheidens der Kommanditistin (Wiener Wohnen) dieser wiederum zufallen sollen. Es komme nicht auf die äußere Form des Beschaffungsvorganges an, sondern auf die dahinter stehende wirtschaftliche Funktion des Geschäfts. Bei der von der Auftraggeberin gewählten Vertragskonstruktion handle es sich um die Vergabe eines ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsvertrages, die gewählte Vorgangsweise solle lediglich die Vergabe an ein gemeinwirtschaftliches Unternehmen verschleiern. Auch seien die TECKAL-Kriterien nicht erfüllt, weshalb nicht von einer Quasi-In-House-Vergabe ausgegangen werden könne. Sodann wird vom Antragsteller in seinem einleitenden Schriftsatz die von der Auftraggeberin gewählte gesellschaftsrechtliche Konstruktion näher dargestellt. Nur aufgrund eines erfolgreichen Feststellungsantrages sei es dem Antragsteller möglich, entsprechend Schadenersatz zu erhalten.

Mit Schriftsatz vom 16.4.2013 haben die Auftragsgeberin sowie die Antragsgegnerinnen die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, der angefochtene Einbringungsvertrag hätte nicht in einem förmlichen Vergabeverfahren vergeben werden müssen, da es sich dabei um einen vergaberechtsexempten gesellschaftsrechtlichen Vorgang gehandelt habe. Die Einbringung stelle einen Akt der Veräußerung dar, der vom Vergaberecht ausgenommen sei. Bei der Hausverwaltung handle es sich zwar um eine Dienstleistung, diese sei jedoch eine klassische In-House-Vergabe. Die Verwaltung sei weiters keine Gegenleistung für die Einbringung, sondern werde diese gesondert entgolten. Gehe man jedoch davon aus, dass die gegenständliche Hausverwaltung eine dem Vergaberecht unterliegende Dienstleistung sei, werde auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Clubhotel Loutraki AE verwiesen, in der der EuGH ausgesprochen habe, dass gemischte Verträge, bei denen ein Teil dem Vergaberecht unterliege und ein anderer nicht, dann nicht ausschreibungspflichtig seien, wenn der Hauptgegenstand des Vertrages vergaberechtsexempt sei. Im Fall Loutraki sei der Hauptgegenstand der Erwerb von 49 % der Anteile

eines öffentlichen Unternehmens und untrennbar damit verbundener Nebengegenstand die Erbringung von Dienstleistungen und Bauleistungen gewesen. Es sei daher darauf abzustellen, ob der dem Vergaberecht unterliegende Teil des Vertrages oder der dem Vergaberecht nicht unterliegende Teil des Vertrages wertmäßig überwiege (Main-Value-Test). Im vorliegenden Fall betrage der Buchwert der von der Auftraggeberin eingebrachten Wohnhausanlagen ca. 38 Mio. Euro. Der Auftragswert der Bewirtschaftung und Verwaltung liege zwar im Oberschwellenbereich, jedoch deutlich unter dem Wert der eingebrachten Wohnhausanlagen. Der Wert der Sacheinlagen überwiege daher bei weitem.

Weiters machen die Auftraggeberin bzw. die Antragsgegnerinnen geltend, dass die Verwaltung untrennbar mit dem Eigentum an den Wohnhausanlagen verbunden sei, da der Eigentümer nach dem MRG verpflichtet sei, für die Verwaltung der Liegenschaften zu sorgen.

Die im Einbringungsvertrag geregelte Verwaltung stelle keinen Dienstleistungsauftrag dar, weil kein Austausch zweier Leistungen erfolge, sondern Kommanditistin und Komplementärin gemeinsam am Jahresergebnis der Gesellschaft partizipierten. Der WISEG Substanzerhaltungsg.m.b.H. (im Folgenden "WISEG GmbH") gebühre ein festgelegtes Entgelt, das zu Lasten des Jahresergebnisses gehe, sie werde für ihre Verwaltungsleistungen nicht von der Stadt Wien - Wiener Wohnen bezahlt. Letztlich machen die Auftraggeberin bzw. die Antragsgegner/innen geltend, der Feststellungsantrag sei verfristet, da er spätestens sechs Monate nach Eintragung der WI-SEG ins Firmenbuch am 29.12.2010 gestellt hätte werden müssen. Seit diesem Zeitpunkt sei öffentlichkeitswirksam festgestanden, dass die WISEG GmbH als Arbeitsgesellschafterin der WISEG KG deren Immobilien verwalte und bewirtschafte.

Soweit der Antragsteller die Nichtigerklärung des Vertrages bzw. von Vertragsteilen begehre, sei dies unzulässig, da derartige Anträge im Feststellungsverfahren nicht gestellt werden könnten. Für den Fall, dass die Nachprüfungsbehörde jedoch der Argumentation des Antragstellers folgen sollte, werde darauf hingewiesen, dass die gewählte Vorgangsweise nicht offenkundig unzulässig gewesen sei. Es werde daher beantragt, von der Nichtigerklärung abzusehen, da zwingende Gründe des Allgemeininteresses dagegen sprächen. Fielen nämlich die Bestimmungen des Einbringungsvertrages über die Verwaltung weg, müssten die derzeit anhängigen Sanierungsmaßnahmen unvollendet bleiben und die Mieter in teilsanierten Wohnhausanlagen wohnen.

Keinesfalls könne der sachenrechtliche Teil des Einbringungsvertrages für nichtig erklärt werden, allenfalls komme eine Nichtigerklärung des Vertragsteiles über die Vergütung der Verwaltungsleistungen in Frage. Dies würde bewirken, dass die WI-SEG GmbH ihre Verwaltungsleistungen in Zukunft unentgeltlich erbringen müsse. Der vom Antragsteller angestrebte Erfolg, dass nämlich die Verwaltung nicht mehr durch die WISEG GmbH erfolge, sei mit der Nichtigerklärung von Bestimmungen des Einbringungsvertrages nicht zu erreichen. Hierzu hätte der Antragsteller den Abschluss der Gesellschaftsverträge der WISEG GmbH und der WISEG KG anfechten müssen, was er jedoch unterlassen habe. Sollte jedoch eine Nichtigerklärung von der Nachprüfungsbehörde beabsichtigt werden, ersuchen die Auftraggeberin bzw. die Antragsgegnerinnen bei der Wahl des Zeitpunktes einer Nichtigerklärung den Umstand zu berücksichtigen, dass eine Neuausschreibung der Verwaltung zu erfolgen habe, bis zu deren Abschluss die Verwaltung sichergestellt sein müsse. Es werde daher beantragt, eine allfällige Nichtigerklärung erst mit 31.12.2013 vorzunehmen.

Diese Stellungnahme wurde vom Antragsteller mit Schriftsatz vom 26.4.2013 beantwortet, in dem er unter Zitierung zahlreicher Judikatur, vor allem des EuGH, seine bisherige Argumentation weiter untermauert und zusammengefasst ausgeführt, dass die WISEG GmbH für Verwaltungsleistungen ein Entgelt nach Maßgabe des § 22 MRG bzw. ein Entgelt für allfällige sonstige (wohl jedenfalls ausschreibungspflichtige) Dienstleistungen erhalte. Die Mieteinnahmen gehen an die Auftraggeberin, auch über die Liegenschaften behalte die Auftraggeberin die Dispositionsbefugnis. Das Feststellungsbegehren sei nicht verfristet, weil sich der Antrag gegen den Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 richte und nicht gegen den Gesellschaftsgründungsvertrag aus 2010. Diese Stellungnahme wurde vom Antragsteller mit Schriftsatz vom 26.4.2013 beantwortet, in dem er unter Zitierung zahlreicher Judikatur, vor allem des EuGH, seine bisherige Argumentation weiter untermauert und zusammengefasst ausgeführt, dass die WISEG GmbH für Verwaltungsleistungen ein Entgelt nach Maßgabe des Paragraph 22, MRG bzw. ein Entgelt für allfällige sonstige (wohl jedenfalls ausschreibungspflichtige) Dienstleistungen erhalte. Die Mieteinnahmen gehen an die Auftraggeberin, auch über die Liegenschaften behalte die Auftraggeberin die Dispositionsbefugnis. Das Feststellungsbegehren sei nicht verfristet, weil sich der Antrag gegen den Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 richte und nicht gegen den Gesellschaftsgründungsvertrag aus 2010.

Diesem ergänzenden Vorbringen sind die Auftraggeberin bzw. die Antragsgegnerinnen mit Schriftsatz vom 14.5.2013 entgegengetreten und haben abermals die Motive für die gewählte Vorgangsweise dargelegt. Zusammenfassend führen sie aus, dass Wiener Wohnen mit dem angefochtenen Einbringungsvertrag atypische Wohnhausanlagen in die WISEG KG eingebracht habe. Die Hausverwaltung erfolge durch die WISEG KG selbst. Innerhalb der WISEG KG erfolge die Geschäftsführung für die Hausverwaltung durch die private WISEG GmbH bzw. die at home Immobilien-GmbH ("at home"). Auf die Geschäftsführung für die Hausverwaltung nehme Wiener Wohnen keinen Einfluss. Selbst wenn man aber in der verfahrensgegenständlichen Hausverwaltung die Erbringung von marktüblichen Dienstleistungen sehen wollte, wäre dennoch von einem gemischten Auftrag auszugehen, der aufgrund des wertmäßigen Überwiegens der vom Vergaberegime ausgenommenen Einbringung von Liegenschaften zur Vermietung zu marktüblichen Preisen (und also: sozial nicht gestützten Preisen) insgesamt aus dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 herausfalle.

Ausgehend vom Vorbringen der Parteien in ihren Schriftsätzen, die jeweils auch der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, den vorgelegten Urkunden sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 13.6.2013 trifft der Senat folgende entscheidungserheblichen Feststellungen:

Bei der Auftraggeberin Stadt Wien - Wiener Wohnen handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Aber auch die WISEG KG ist, da im überwiegenden Einflussbereich von Wiener Wohnen stehend, öffentlicher Auftraggeber. WISEG KG und WISEG GmbH sind unabhängig davon jedenfalls Parteien des Verfahrens im Sinne des § 34 Abs. 1 WVRG 2007. Bei der Auftraggeberin Stadt Wien - Wiener Wohnen handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Aber auch die WISEG KG ist, da im überwiegenden Einflussbereich von Wiener Wohnen stehend, öffentlicher Auftraggeber. WISEG KG und WISEG GmbH sind unabhängig davon jedenfalls Parteien des Verfahrens im Sinne des Paragraph 34, Absatz eins, WVRG 2007.

Vorweg ist festzustellen, dass der Antragsteller ausdrücklich begehrt, festzustellen, dass der Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 betreffend die Einbringung städtischer Wohnhausanlagen in die WISEG KG ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens und ohne vorherige Bekanntmachung abgeschlossen worden sei, womit gegen das BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verstoßen worden wäre. Dieser Vertrag hat nicht nur die Einbringung von Wohnhausanlagen in das Gesellschaftsvermögen der WISEG KG zum Gegenstand, sondern auch die Verwaltung und Bewirtschaftung dieser Wohnhausanlagen durch die WISEG GmbH, die dafür ein Geschäftsführerentgelt erhalten soll.

Die von der Auftraggeberin bzw. den Antragsgegnerinnen behauptete Verfristung des Feststellungsantrages ist nicht gegeben. Der Zeitpunkt, in dem die WISEG GmbH und die WISEG KG ins Firmenbuch eingetragen wurden (18.12. bzw. 29.12.2010) kann für die Berechnung der Antragsfrist gegenständlich nicht herangezogen werden, da sich aus der Eintragung im Firmenbuch für den Antragsteller keine Erkenntnisse über den gegenständlich angefochtenen Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 ergeben haben. Wenn in diesem Zusammenhang der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, im Zuge diverser Recherchen am 19.3.2013 auf den Einbringungsvertrag aufmerksam geworden zu sein, vom Gründungsvertrag aus dem Jahre 2010 jedoch keine Kenntnis gehabt zu haben, ist dies durchaus glaubwürdig und unbedenklich. Abgestellt auf diesen Zeitpunkt erweist sich damit der am 4.4.2013 eingelangte Feststellungsantrag als rechtzeitig im Sinne des § 36 Abs. 2 WVRG 2007. Die von der Auftraggeberin bzw. den Antragsgegnerinnen behauptete Verfristung des Feststellungsantrages ist nicht gegeben. Der Zeitpunkt, in dem die WISEG GmbH und die WISEG KG ins Firmenbuch eingetragen wurden (18.12. bzw. 29.12.2010) kann für die Berechnung der Antragsfrist gegenständlich nicht herangezogen werden, da sich aus der Eintragung im Firmenbuch für den Antragsteller keine Erkenntnisse über den gegenständlich angefochtenen Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 ergeben haben. Wenn in diesem Zusammenhang der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, im Zuge diverser Recherchen am 19.3.2013 auf den Einbringungsvertrag aufmerksam geworden zu sein, vom Gründungsvertrag aus dem Jahre 2010 jedoch keine Kenntnis gehabt zu haben, ist dies durchaus glaubwürdig und unbedenklich. Abgestellt auf diesen Zeitpunkt erweist sich damit der am 4.4.2013 eingelangte Feststellungsantrag als rechtzeitig im Sinne des Paragraph 36, Absatz 2, WVRG 2007.

Folgende von der Auftraggeberin vorgenommene Unternehmenskonstruktionen sind für das Nachprüfungsverfahren von Bedeutung:

An der WISEG KG sowie an der Zweitantragsgegnerin sind auch Private beteiligt. Im Einzelnen stellen sich die Gesellschaftsverhältnisse wie folgt dar:

Die WISEG KG ist zu FN 356330 s im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragen. Einzige Komplementärin ist die Zweitantragsgegnerin. Einzige Kommanditistin der WISEG KG ist die Auftraggeberin (Wiener Wohnen).

Die Zweitantragsgegnerin ist zu FN 355715 k im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragen. Gesellschafter sind zu 95% die at home Immobilien-GmbH sowie zu 5% die Auftraggeberin.

Die at home Immobilien-GmbH ist zu FN 210361 f im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragen. Gesellschafter sind zu 51% die "Neue Heimat" Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sowie zu 49% die Sozialwerk Gewerkschaft Bau-Holz.

Die "Neue Heimat" Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist zu FN 107405 z im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragen. Gesellschafter sind zu 10% die GEWOG Gemeinnützige Wohnungsbau-Gesellschaft m.b.H., zu 25% die Immobilien Holding GmbH sowie zu 65% die Sozialwerk Gewerkschaft Bau-Holz.

Die GEWOG Gemeinnützige Wohnungsbau-Gesellschaft m.b.H. ist zu FN 127936 t im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragen. Gesellschafter sind zu 20% die "Neue Heimat" Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, zu 20% die Immobilien Holding GmbH sowie zu 60% die Sozialwerk Gewerkschaft Bau-Holz.

Die Immobilien Holding GmbH ist zu FN 189707 g im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragen. Gesellschafter ist zu 100% die Immobilien Privatstiftung.

Die Immobilien Privatstiftung ist zu FN 189686 a im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragen. Stifter ist die Bank Austria Aktiengesellschaft.

Diese Feststellungen waren aus den Eintragungen im offenen Firmenbuch zu treffen.

Im Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 wird mehrfach auf den Gesellschaftsvertrag vom 18.11.2010 zwischen der Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. und der Stadt Wien - Wiener Wohnen verwiesen.

Mit Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 hat die Auftraggeberin zahlreiche städtische Wohnhausanlagen in die WISEG KG eingebracht und unter einem die Verwaltung und Bewirtschaftung dieser Wohnhausanlagen vergeben. Der Einbringungsvertrag enthält auszugsweise folgende Regelungen:

"I. PRÄAMBEL

1. 1.Ziffer eins

Die Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H., 1080 Wien, Bennoplatz 3, FN 355715 k, und die Stadt Wien-Wiener Wohnen, 1082 Wien, Doblhoffgasse 6, haben im Jahr 2010 die WISEG Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. & Co KG (im Folgenden: "WISEG"), 1080 Wien, Bennoplatz 3, FN 356330s, gegründet.

2. 2.Ziffer 2

Persönlich haftende Gesellschafterin ist die Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. (im Folgenden: "Komplementärin"). Die Komplementärin ist Arbeitsgesellschafterin.

1. 3.Ziffer 3

Die Stadt Wien-Wiener Wohnen (im Folgenden: "Wiener Wohnen") ist Kommanditistin mit einer Haftungseinlage von EUR 1.000.000,00. Wiener Wohnen ist mit 100 (hundert Prozent) % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt.

1. 4.Ziffer 4

Unternehmensgegenstand der WISEG ist die Immobilienverwaltung und Immobilienbewirtschaftung. Der WISEG wurde bereits von Wiener Wohnen die Sanierung und Bewirtschaftung der "Internationalen Werkbundsiedlung" im Rahmen einer Aufgabenausgliederung im Sinne des § 1 des Art 34 des BudgetbegleitG 2001 übertragen. Weiters wurde der WISEG im Rahmen einer Aufgabenausgliederung im Sinn des § 1 des Art 34 des BudgetbegleitG 2001 die Bewirtschaftung der Wohnhausanlage Weyringergasse 16-18 in 1040 Wien übertragen. Unternehmensgegenstand der WISEG ist die Immobilienverwaltung und Immobilienbewirtschaftung. Der WISEG wurde bereits von Wiener Wohnen die Sanierung und Bewirtschaftung der "Internationalen

Werkbundsiedlung" im Rahmen einer Aufgabenausgliederung im Sinne des Paragraph eins, des Artikel 34, des BudgetbegleitG 2001 übertragen. Weiters wurde der WISEG im Rahmen einer Aufgabenausgliederung im Sinn des Paragraph eins, des Artikel 34, des BudgetbegleitG 2001 die Bewirtschaftung der Wohnhausanlage Weyringergasse 16-18 in 1040 Wien übertragen.

1. 5.Ziffer 5

Nunmehr soll der WISEG die Verwaltung und Bewirtschaftung der vertragsgegenständlichen städtischen Wohnhausanlagen im Rahmen einer Aufgabenausgliederung im Sinn des § 1 des Art 34 des BudgetbegleitG 2001 übertragen werden. Nunmehr soll der WISEG die Verwaltung und Bewirtschaftung der vertragsgegenständlichen städtischen Wohnhausanlagen im Rahmen einer Aufgabenausgliederung im Sinn des Paragraph eins, des Artikel 34, des BudgetbegleitG 2001 übertragen werden.

II. SACHEINLAGE römisch zwei. SACHEINLAGE

1. 1.Ziffer eins

Wiener Wohnen ist Eigentümerin nachstehender Liegenschaften:
(Es folgt eine Aufzählung der Liegenschaften mit zusammen 16 Einlagezahlen)

2. 2.Ziffer 2

Wiener Wohnen übergibt und bringt die unter II.1 angeführten Liegenschaften samt allem rechtlichen und tatsächlichen Zubehör, mit allen Rechten und Befugnissen, mit denen Wiener Wohnen diese Liegenschaft bisher besessen und benutzt hat oder hierzu berechtigt war, in die WISEG ein. Wiener Wohnen übergibt und bringt die unter römisch zwei.1 angeführten Liegenschaften samt allem rechtlichen und tatsächlichen Zubehör, mit allen Rechten und Befugnissen, mit denen Wiener Wohnen diese Liegenschaft bisher besessen und benutzt hat oder hierzu berechtigt war, in die WISEG ein.

[...]

IV. DIVERSES römisch vier. DIVERSES

[...]

1. 4.Ziffer 4

Die Vertragsparteien vereinbaren unter Verweis auf Pkt 11.3 des Gesellschaftsvertrags vom 18.11.2010, dass bei Ausscheiden der Kommanditistin aus der Gesellschaft ihr in Anrechnung auf ihren Abfindungsanspruch auch das alleinige Eigentum an den nunmehr eingebrachten Liegenschaften samt allem rechtlichen und tatsächlichen Zubehör einzuräumen ist.

1. 5.Ziffer 5

Die Komplementärin erhält gemäß Pkt 8.1. des Gesellschaftsvertrags vom 18.11.2010 das gemäß § 22 MRG zustehende Verwaltungshonorar für die Verwaltung der vertragsgegenständlichen Liegenschaften (Geschäftsführungsentgelt I). Für die über § 22 MRG hinaus erbrachten Leistungen gebührt der Komplementärin gemäß Pkt. 8.2. des Gesellschaftsvertrags vom 18.11.2010 eine weitere Vergütung aufgrund gesonderten Gesellschafterbeschlusses (Geschäftsführungsentgelt II). "Die Komplementärin erhält gemäß Pkt 8.1. des Gesellschaftsvertrags vom 18.11.2010 das gemäß Paragraph 22, MRG zustehende Verwaltungshonorar für die Verwaltung der vertragsgegenständlichen Liegenschaften (Geschäftsführungsentgelt römisch eins). Für die über Paragraph 22, MRG hinaus erbrachten Leistungen gebührt der Komplementärin gemäß Pkt. 8.2. des Gesellschaftsvertrags vom 18.11.2010 eine weitere Vergütung aufgrund gesonderten Gesellschafterbeschlusses (Geschäftsführungsentgelt römisch zwei)."

Die maßgeblichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages vom 18.11.2010, auf die im Einbringungsvertrag verwiesen wird, lauten:

1. "3.Ziffer 3

GEGENSTAND DES UNTERNEHMENS

Gegenstand des Unternehmens ist die Immobilienverwaltung und Immobilienbewirtschaftung. Die Gesellschaft ist zu allen Handlungen, Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die zur Erreichung dieses Gesellschaftszwecks notwendig bzw. förderlich erscheinen.

1. 4.Ziffer 4

GESELLSCHAFTER, BETEILIGUNGSVERHÄLTNISSE

4.1 Persönlich haftende Gesellschafterin ist die Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. (im Folgenden: "Komplementärin"). Sie ist Arbeitsgesellschafterin und zur Einbringung einer Vermögenseinlage weder berechtigt noch verpflichtet. Der Komplementärin wird daher auch kein Kapitalanteil gewährt.

4.2 Die Stadt Wien- Wiener Wohnen ist Kommanditistin mit einer Haftungseinlage von EUR 1.000.000,00.

[...]

8. GEWINN- UND VERLUSTVERTEILUNG

8.1 Die Komplementärin erhält für die Übernahme des Haftungsrisikos im Außenverhältnis ein jährliches Entgelt in Höhe von EUR 5.000,00 (Euro fünftausend; Haftungshonorar). Dieses Entgelt ist zu Lasten des Jahresergebnisses und unabhängig von diesem, also auch dann zu zahlen, wenn dadurch ein Jahresverlust entsteht oder vergrößert wird.

Die Komplementärin erhält weiters das gemäß § 22 MRG zustehende Verwaltungshonorar für die Verwaltung der Liegenschaften (Geschäftsführungsentgelt I). Dieses Entgelt ist zu Lasten des Jahresergebnisses und unabhängig von diesem, also auch dann zu zahlen, wenn dadurch ein Jahresverlust entsteht oder vergrößert wird. Ein darüber hinausgehendes Verwaltungshonorar bedarf der vorhergehenden Zustimmung der Kommanditistin: Die Komplementärin erhält weiters das gemäß Paragraph 22, MRG zustehende Verwaltungshonorar für die Verwaltung der Liegenschaften (Geschäftsführungsentgelt römisch eins). Dieses Entgelt ist zu Lasten des Jahresergebnisses und unabhängig von diesem, also auch dann zu zahlen, wenn dadurch ein Jahresverlust entsteht oder vergrößert wird. Ein darüber hinausgehendes Verwaltungshonorar bedarf der vorhergehenden Zustimmung der Kommanditistin:

8.2 Für die über § 22 MRG hinaus erbrachten Leistungen gebührt der Komplementärin eine weitere Vergütung aufgrund gesonderten Gesellschafterbeschlusses (Geschäftsführungsentgelt II). Dieses Entgelt ist zu Lasten des Jahresergebnisses und unabhängig von diesem, also auch dann zu zahlen, wenn dadurch ein Jahresverlust entsteht oder vergrößert wird. 8.2 Für die über Paragraph 22, MRG hinaus erbrachten Leistungen gebührt der Komplementärin eine weitere Vergütung aufgrund gesonderten Gesellschafterbeschlusses (Geschäftsführungsentgelt römisch zwei). Dieses Entgelt ist zu Lasten des Jahresergebnisses und unabhängig von diesem, also auch dann zu zahlen, wenn dadurch ein Jahresverlust entsteht oder vergrößert wird.

[...]

10. AUSSCHEIDEN EINES GESELLSCHAFTERS

10.1 Ein Gesellschafter scheidet aus der Gesellschaft aus bei seiner Kündigung, Austritt, Tod, Ausschluss, Konkurs über sein Vermögen bzw. Konkursabweisung mangels Masse oder bei Kündigung durch einen Privatgläubiger. Die übrigen Gesellschafter setzen die Gesellschaft fort.

10.2 Betrifft das in Pkt 10.1. beschriebene Ereignis aber die Komplementärin, ist die Kommanditistin berechtigt, das Unternehmen unter Ausschluss der Liquidation mit allen Aktiven und Passiven zu übernehmen.

11. KÜNDIGUNG

11.1 Eine Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter ist erstmals nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres möglich. Sie ist nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 (sechs) Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres möglich. Die Kündigung hat eingeschrieben zu Händen der Gesellschaft zu erfolgen.

11.2 Ein kündigender Gesellschafter ist bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens seiner Kündigung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt. Ein allenfalls nach dem Ausscheiden, aus welchem Grund immer, allenfalls in der Gesellschaft verbleibender Mehr-Gewinn oder Mehr-Verlust bleibt selbst dann außer Ansatz, wenn eine Änderung des Jahresabschlusses stattfindet.

11.3 Ein ausscheidender Gesellschafter wird von der Gesellschaft nach dem Stand seiner Kapitaleinlage abgefunden. Die Berücksichtigung stiller Reserven oder eines Firmenwertes unterbleibt. Die Auszahlung des Abfindungsguthabens hat innerhalb von 9 (neun) Monaten ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Ausscheidens

zu erfolgen. Scheidet die Kommanditistin aus der Gesellschaft aus, ist ihr in Anrechnung auf ihren Abfindungsanspruch an der Liegenschaft [es folgt eine Aufzählung von Liegenschaften nach Gst-Nr.] samt allem rechtlichen und tatsächlichen Zugehör das alleinige Eigentum einzuräumen.

11.4 Unbeschadet des Kündigungsrechts und des Kündigungsverzichts der Kommanditistin ist diese berechtigt, jederzeit nach eigener Wahl mit sofortiger Wirkung oder mit Wirkung zum Ende des laufenden Geschäftsjahres, aus der Gesellschaft auszutreten, falls die Komplementärin eine Maßnahme sich zuschulden kommen lässt, die deren Ausschluss rechtfertigt, insbesondere in Fällen des wiederholten oder gröblichen Verstoßes gegen die Vertragspflicht zur Einholung der Zustimmung der Kommanditistin in den in Pkt 6.3. bzw 8.2. angeführten Fällen.

[...]

12.3 Im Falle der Auflösung der Gesellschaft ist das gesamte vorhandene Vermögen, samt allem rechtlichen und tatsächlichen Zugehör unentgeltlich in das alleinige Eigentum der Kommanditistin zu übertragen."

Diese, von der Auftraggeberin gewählten firmenrechtlichen Konstruktionen haben ihre Grundlage in folgenden Umständen:

Die Auftraggeberin Wiener Wohnen hat sich im Jahr 2010 entschlossen, die Verwaltung und Bewirtschaftung atypischer Wohnhäuser auszugliedern. Bei diesen Wohnhäusern handelt es sich nicht um soziale Wohnhausanlagen (Gemeindebauten im historisch verstandenen Sinn), sondern um sogenannte "Patrizierhäuser", die als solche entworfen und in sehr guten städtischen Lagen gebaut wurden. Der Stadt Wien sind diese von der Auftraggeberin Wiener Wohnen verwalteten und bewirtschafteten Wohnhäuser zumeist im Erbweg zugefallen. Für die Auftraggeberin, die den Aufgaben des sozialen Wohnbaus verpflichtet ist, stellt die Verwaltung und Bewirtschaftung dieser sogenannten "Patrizierhäuser" insoweit ein Problem dar, als es nicht ihre Aufgabe sein kann, mit den Erträgen aus der Verwaltung der Gemeindewohnungen die Wohnungen in den atypischen Wohnhäusern zu stützen. Die Auftraggeberin hat sich daher dazu entschlossen, diese atypischen Wohnhäuser zum marktüblichen (und also: sozial nicht gestützten) Preisen zu vermieten und die so erzielten Mietererträge dem sozialen Wohnbau zur Verfügung zu stellen. Zu diesem Zweck hat Wiener Wohnen mit der at home Immobilien-GmbH (FN 210361f) die Wiener Substanzerhaltungsg.m.b.H. (WISEG GmbH) begründet. Die WISEG GmbH ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht, die unter FN 355715k im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien eingetragen ist. An dieser Gesellschaft ist at home zu 95 % und Wiener Wohnen zu 5 % beteiligt. Unternehmensgegenstand der WISEG GmbH ist "die Beteiligung an anderen Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand die Immobilienverwaltung und Immobilienbewirtschaftung ist, sowie die Übernahme der Geschäftsführung, der operativen Tätigkeit und der Vertretung solcher Gesellschaften".

Wiener Wohnen und die WISEG GmbH haben sodann die WISEG WIENER Substanzerhaltungsg.m.b.H. & Co KG (WISEG KG) gegründet, die unter FN 356330s im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien eingetragen ist. Persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) ist die WISEG GmbH. Die WISEG GmbH ist Arbeitsgesellschafterin, Wiener Wohnen ist Kommanditistin. Geschäftszweig der WISEG KG ist die "Immobilienverwaltung und -bewirtschaftung". Als Arbeitsgesellschafterin obliegt der WISEG GmbH im Innenverhältnis zur WISEG KG die Immobilienverwaltung und -bewirtschaftung. Die WISEG GmbH wurde am 18.12.2010, die WISEG KG am 29.12.2010 mit konstitutiver Wirkung ins Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien eingetragen.

Mit Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 hat Wiener Wohnen die im Vertrag näher bezeichneten atypischen Wohnhausanlagen der Stadt Wien in die WISEG KG zur Verwaltung und Bewirtschaftung eingebracht.

Die WISEG KG, die mit Vertrag vom 18.11.2010 gegründet wurde, hat bisher im Wesentlichen die Werkbundsiedlung, die sie von der Stadt Wien - Wiener Wohnen übertragen bekam, saniert und verwaltet.

Beteiligungsverhältnisse an der at home Immobilien-GmbH stellt sich nach dem Firmenbuch wie folgt dar:

49 % Sozialwerk Gewerkschaft Bau-Holz

51 % "Neue Heimat" Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Beteiligungsverhältnisse an der "Neue Heimat":

10 % GEWOG Gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaft m.b.H. (20 % "Neue Heimat", 20 % Immobilien Holding GmbH, 60 % Sozialwerk Gewerkschaft Bau-Holz).

65 % Sozialwerk Gewerkschaft Bau-Holz

25 % Immobilien Holding GmbH, die wiederum zu 100 % der Immobilien Privatstiftung, Stifter Bank Austria AG, gehört.

Der Wert der in Form einer Sacheinlage eingebrachten 38 atypischen Wohnhausanlagen wird von der Auftraggeberin mit einem Buchwert von insgesamt ca. Euro 53.000.000,-- angegeben. Der nach § 16 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ermittelte geschätzte Auftragswert für die Bewirtschaftung und Verwaltung der Wohnhausanlagen liegt um ein Vielfaches darunter, überschreitet jedoch den Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Es handelt sich sohin um einen Vergabevorgang, der im Oberschwellenbereich liegt. Der Wert der in Form einer Sacheinlage eingebrachten 38 atypischen Wohnhausanlagen wird von der Auftraggeberin mit einem Buchwert von insgesamt ca. Euro 53.000.000,-- angegeben. Der nach Paragraph 16, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ermittelte geschätzte Auftragswert für die Bewirtschaftung und Verwaltung der Wohnhausanlagen liegt um ein Vielfaches darunter, überschreitet jedoch den Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Es handelt sich sohin um einen Vergabevorgang, der im Oberschwellenbereich liegt.

Ausgehend von den durchaus glaubwürdigen Angaben des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung, dass er erst im Zuge von Recherchen am 19.3.2013 vom gegenständlichen Einbringungsvertrag Kenntnis erhalten hat, vom ursprünglich zwischen Wiener Wohnen und der WISEG GmbH abgeschlossenen Vertrag vom 18.11.2010 jedoch keine Kenntnis hatte, ist der am 4.4.2013 in der Geschäftsstelle eingelangte Antrag auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens nach § 11 Abs. 3 Z 3 WVRG 2007 rechtzeitig (36 Abs. 2 WVRG 2007). Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Ausgehend von den durchaus glaubwürdigen Angaben des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung, dass er erst im Zuge von Recherchen am 19.3.2013 vom gegenständlichen Einbringungsvertrag Kenntnis erhalten hat, vom ursprünglich zwischen Wiener Wohnen und der WISEG GmbH abgeschlossenen Vertrag vom 18.11.2010 jedoch keine Kenntnis hatte, ist der am 4.4.2013 in der Geschäftsstelle eingelangte Antrag auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens nach Paragraph 11, Absatz 3, Ziffer 3, WVRG 2007 rechtzeitig (36 Absatz 2, WVRG 2007). Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der vorgelegten Verträge sowie die Eintragungen im offenen Firmenbuch. Die Feststellungen zum Auftragsschätzwert gründen sich auf das Vorbringen der Auftraggeberin, die jedoch ausdrücklich ersucht hat, die genauen von ihr geschätzten Zahlen nicht dem Antragsteller gegenüber offenzulegen. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Die aus den beiden Verträgen wiedergegebenen Bestimmungen werden als Feststellungen für das gegenständliche Verfahren übernommen. Die Feststellungen bezüglich jener Überlegungen, die Wiener Wohnen zur Ausgliederung der von ihr als "Patrizierhäuser" bezeichneten Wohnobjekte geführt haben, gründen sich auf die durchaus nachvollziehbaren und verständlichen Ausführungen in ihren Schriftsätzen.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Auftraggeberin Wiener Wohnen handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Aber auch die WISEG KG ist - auch nach Ansicht von Wiener Wohnen (Protokoll Seite 4) - öffentliche Auftraggeberin. Beide öffentlichen Auftraggeber sowie das Unternehmen WISEG GmbH sind jedenfalls Parteien des Feststellungsverfahrens gemäß § 34 Abs. 1 WVRG 2007. Der vom Antragsteller angefochtene Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 wurde ihm aufgrund von Recherchen am 19.3.2013 bekannt. Sein am 4.4.2013 eingelangter Feststellungsantrag ist damit rechtzeitig im Sinne des § 36 Abs. 2 WVRG 2007. Gemäß § 33 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zur entstehend droht, die Feststellung begehren, dass (Z 2) die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Der Antragsteller hat sein Interesse am Abschluss eines Verwaltervertrages ausreichend bescheinigt. Er hat auch plausibel dargelegt, dass ihm durch das Verhalten der Auftraggeberin insoweit Nachteile entstanden sind, als ihm die Möglichkeit genommen wurde, als Bieter in einem ordnungsgemäß geführten Vergabeverfahren teilzunehmen und allenfalls selbst den Zuschlag zu erhalten (vgl. VfGH 12.2.2001, B1061/98-16). Der Antragsteller hat die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein

Feststellungsbegehren im Oberschwellenbereich nachgewiesen. Sein Antrag entspricht auch im Übrigen grundsätzlich den Bestimmungen des § 35 Abs. 1 WVRG 2007. Bei der Auftraggeberin Wiener Wohnen handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Aber auch die WISEG KG ist - auch nach Ansicht von Wiener Wohnen (Protokoll Seite 4) - öffentliche Auftraggeberin. Beide öffentlichen Auftraggeber sowie das Unternehmen WISEG GmbH sind jedenfalls Parteien des Feststellungsverfahrens gemäß Paragraph 34, Absatz eins, WVRG 2007. Der vom Antragsteller angefochtene Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 wurde ihm aufgrund von Recherchen am 19.3.2013 bekannt. Sein am 4.4.2013 eingelangter Feststellungsantrag ist damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 36, Absatz 2, WVRG 2007. Gemäß Paragraph 33, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zur entstehend droht, die Feststellung begehren, dass (Ziffer 2,) die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Der Antragsteller hat sein Interesse am Abschluss eines Verwaltervertrages ausreichend bescheinigt. Er hat auch plausibel dargelegt, dass ihm durch das Verhalten der Auftraggeberin insoweit Nachteile entstanden sind, als ihm die Möglichkeit genommen wurde, als Bieter in einem ordnungsgemäß geführten Vergabeverfahren teilzunehmen und allenfalls selbst den Zuschlag zu erhalten (vergleiche VfGH 12.2.2001, B1061/98-16). Der Antragsteller hat die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Feststellungsbegehren im Oberschwellenbereich nachgewiesen. Sein Antrag entspricht auch im Übrigen grundsätzlich den Bestimmungen des Paragraph 35, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antragsteller begehrt die Feststellung, dass der Beschaffungsvorgang, wie er von der Auftraggeberin gewählt wurde, gegen Bestimmungen des BVergG 2006 verstoßen hat und damit rechtswidrig war.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass Gesellschaftsgründungen und Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen grundsätzlich nicht dem BVergG 2006 unterliegen. Die Hausverwaltung hingegen ist eine prioritäre Dienstleistung, die, wenn sie von einem öffentlichen Auftraggeber vergeben werden soll, vergaberechtsrelevant ist. Beim gegenständlichen Einbringungsvertrag handelt es sich daher um einen gemischten Vertrag, dessen einer Teil dem Vergaberecht unterliegt, soweit darin unentgeltliche Regelungen für die Verwaltungstätigkeit vorgesehen sind (Punkt IV.5), für dessen anderer Teil, nämlich Einbringung von Liegenschaften, dies jedoch nicht zutrifft. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass Gesellschaftsgründungen und Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen grundsätzlich nicht dem BVergG 2006 unterliegen. Die Hausverwaltung hingegen ist eine prioritäre Dienstleistung, die, wenn sie von einem öffentlichen Auftraggeber vergeben werden soll, vergaberechtsrelevant ist. Beim gegenständlichen Einbringungsvertrag handelt es sich daher um einen gemischten Vertrag, dessen einer Teil dem Vergaberecht unterliegt, soweit darin unentgeltliche Regelungen für die Verwaltungstätigkeit vorgesehen sind (Punkt römisch vier.5), für dessen anderer Teil, nämlich Einbringung von Liegenschaften, dies jedoch nicht zutrifft.

Die Auftraggeberin bzw. die Antragsgegnerinnen weisen in ihrem Vorbringen auf die Entscheidung des EuGH zur Rechtsache Clubhotel Loutraki hin (EuGH 6.5.2010, RsC-145/08 und C-149/08), der ebenfalls ein gemischter Vertrag zugrunde lag. Der EuGH hat in dieser Rechtssache ausgesprochen, dass bei einem gemischten Vertrag, dessen einzelne Teile untrennbar miteinander verbunden sind und somit ein unteilbares Ganzes darstellen, die Frage, ob der Vertrag dem Vergaberechtsregime unterliegt oder nicht, aufgrund einer Gesamtbetrachtung zu beantworten ist. Dabei ist darauf abzustellen, was Hauptgegenstand oder vorherrschender Bestandteil des Vertrages ist.

Diese Argumentation stammt ursprünglich aus der Judikatur des EuGH zur Abgrenzung zwischen Bauauftrag und Dienstleistungsauftrag. Der EuGH legt seiner Beurteilung hier nicht das reine wertmäßige Überwiegen eines Auftragsteiles (Main-Value-Test) zugrunde, sondern betrachtet als Hauptgegenstand des Vertrages den Vertragsteil, der für den Auftraggeber den vorrangigen Zweck (main object) des Vertragsabschlusses und nicht nur Mittel zum Zweck war. Das von der Auftraggeberin vorgebrachte alleinige Abstellen auf den Wert der verschiedenen Leistungen (Main-Value-Test) ist nach dieser Judikatur kein tauglicher Ansatzpunkt mehr. Das Abstellen auf den Auftragswert hat weiterhin bei der Abgrenzung von Liefer- und Dienstleistungen zu erfolgen. Bei Bauaufträgen würde es meist zu einem unzutreffenden Ergebnis führen, weil der Wert des Bauwerks (auch im vorliegenden Fall) regelmäßig den Wert der

Dienstleistungen überwiegen würde, unabhängig davon, was Hauptzweck des Vertrages ist. Nicht gefolgt werden kann auch der Argumentation der Auftraggeberin bzw. der Antragsgegnerinnen, wonach die Clubhotel-Loutraki-Entscheidung den Main-Value-Test als objektives Abgrenzungskriterium heranzieht.

Im gegenständlichen Fall ist die Frage zu beantworten, was der Zweck des Einbringungsvertrages war. Dazu bringen die Auftraggeberin bzw. die Antragsgegnerinnen vor, dass die Einbringung der Wohnhausanlagen in die WISEG KG erfolgte, um die Verwaltung und Bewirtschaftung atypischer Wohnhäuser der Stadt Wien ("Patrizierhäuser") auszugliedern. Dazu hat die Auftraggeberin erklärt, es könne nicht Aufgabe des sozialen Wohnbaus sein, die Mieten für großbürgerliche Wohnungen zu stützen. Diese Wohnhäuser sollten vielmehr zu marktüblichen Preisen vermietet werden und der Erlös dem sozialen Wohnbau zufließen. Dies sei auch mit dem Zweck von Wiener Wohnen laut Statut (Bereithaltung und Schaffung von einem modernen Wohnstandard entsprechenden Mietwohnungen für einkommensschwächere, wohnungsbedürftige Personen) nicht vereinbar.

Dazu kann auch auf die Klarstellung von Wiener Wohnen "zu WISEG" vom 3.3.2013 verwiesen werden (Beilage 6 zum einleitenden Schriftsatz), in der im Wesentlichen ausgeführt wird, dass die sogenannten "Patrizierhäuser" niemals zum Bestand der Wiener Gemeindebauten zu zählen waren. "Diese sind weder aus Mitteln der Wiener Wohnbausteuer, noch von der Stadt Wien errichtet worden. Mit der Übertragung der Objekte an die WISEG bleiben auch diese Wohnhäuser weiterhin im Eigentum der Stadt Wien. Es handelt sich ausschließlich um eine Eigentums- und Verwaltungsübertragung an eine speziell für die Verwaltung, Sanierung und Instandhaltung von besonderen Wohngebäuden geschaffene Stadt Wien - Tochter. Die WISEG handelt im Auftrag ihrer Eigentümerin. Dieser ist klar präzisiert und umfasst neben dem Erhalt der Bausubstanz auch die Schaffung neuen Wohnraums. Eine Veräußerung oder Abtretung an Dritte ist dezidiert ausgeschlossen" (PID Presse- und Informationsdienst der Stadt Wien vom 3.3.2013).

Gegenständlich ist davon auszugehen, dass ein Unternehmen und ein öffentlicher Auftraggeber gemeinsam eine GmbH & Co KG gegründet haben und gemeinsam am Jahresergebnis dieser Gesellschaft partizipieren. In einem solchen Fall erfolgt die Vergütung der Leistungen durch die GmbH & Co KG in Form der Ausschüttung des erwirtschafteten Gewinns. Nicht anders verhält es sich bei der WISEG KG. Der WI-SEG GmbH gebührt als Komplementärin und Arbeitsgesellschafterin das in Punkt 8.1 und 8.2 des Gesellschaftsvertrages vom 18.12.2010 festgelegte Entgelt. Diese Entgeltregelung ist nach Punkt IV.5 des Einbringungsvertrages vom 22.10.2012 auf die Verwaltung und Bewirtschaftung der mit dem Einbringungsvertrag übertragenen Wohnhäuser anzuwenden. Dieses, auch im Einbringungsvertrag geregelte Entgelt ist zu Lasten des Jahresergebnisses und unabhängig von diesem, also auch dann zu zahlen, wenn dadurch ein Jahresverlust entsteht oder vergrößert wird. Der nach Abzug der erwähnten Entgelte verbleibende Jahreserfolg wird zur Gänze auf die Kommanditistin Wiener Wohnen ausgeschüttet. Die WISEG GmbH wird daher für ihre Arbeitsleistungen nicht direkt und unmittelbar von Wiener Wohnen bezahlt, sondern indirekt über die WISEG KG insofern, als nach Abzug ihres Entgeltes vom Jahresergebnis der der WISEG KG verbleibende Restbetrag an Wiener Wohnen abgeführt wird. Insofern kann die Argumentation der Auftraggeberin, die Arbeitsleistungen, die von der WISEG GmbH als Arbeitsgesellschafterin der WISEG KG für diese erbracht würden, keine dem BVergG 2006 unterworfenen entgeltlichen Dienstleistungsaufträge darstellen, nicht gefolgt werden. In dem von einem allfälligen positiven Ertrag die Honorarentgelte für die WISEG GmbH abgezogen werden, vermindert sich damit der der Auftraggeberin auszuschüttende Gewinn entsprechend, was ökonomisch gesehen im Ergebnis einer direkten Zahlung des Verwaltungsentgeltes gleichkommt. Das BVergG 2006 kommt immer dann zur Anwendung, wenn ein Auftragnehmer Leistungen für einen öffentlichen Auftraggeber erbringt und der öffentliche Auftraggeber hierfür bezahlt (Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 239). Da es sich vorliegend um einen Vertrag handelt, der auch den Austausch zweier Leistungen zum Gegenstand hat, sind darauf die Bestimmungen des BVergG 2006 anzuwenden. Gegenständlich ist davon auszugehen, dass ein Unternehmen und ein öffentlicher Auftraggeber gemeinsam eine GmbH & Co KG gegründet haben und gemeinsam am Jahresergebnis dieser Gesellschaft partizipieren. In einem solchen Fall erfolgt die Vergütung der Leistungen durch die GmbH & Co KG in Form der Ausschüttung des erwirtschafteten Gewinns. Nicht anders verhält es sich bei der WISEG KG. Der WI-SEG GmbH gebührt als Komplementärin und Arbeitsgesellschafterin das in Punkt 8.1 und 8.2 des Gesellschaftsvertrages vom 18.12.2010 festgelegte Entgelt. Diese Entgeltregelung ist nach Punkt römisch vier.5 des Einbringungsvertrages vom 22.10.2012 auf die Verwaltung und Bewirtschaftung der mit dem Einbringungsvertrag übertragenen Wohnhäuser anzuwenden. Dieses, auch im Einbringungsvertrag geregelte Entgelt ist zu Lasten des Jahresergebnisses und unabhängig von

diesem, also auch dann zu zahlen, wenn dadurch ein Jahresverlust entsteht oder vergrößert wird. Der nach Abzug der erwähnten Entgelte verbleibende Jahreserfolg wird zur Gänze auf die Kommanditistin Wiener Wohnen ausgeschüttet. Die WISEG GmbH wird daher für ihre Arbeitsleistungen nicht direkt und unmittelbar von Wiener Wohnen bezahlt, sondern indirekt über die WISEG KG insofern, als nach Abzug ihres Entgeltes vom Jahresergebnis der der WISEG KG verbleibende Restbetrag an Wiener Wohnen abgeführt wird. Insofern kann die Argumentation der Auftraggeberin, die Arbeitsleistungen, die von der WISEG GmbH als Arbeitsgesellschafterin der WISEG KG für diese erbracht würden, keine dem BVergG 2006 unterworfenen entgeltlichen Dienstleistungsaufträge darstellten, nicht gefolgt werden. In dem von einem allfälligen positiven Ertrag die Honorarentgelte für die WISEG GmbH abgezogen werden, vermindert sich damit der der Auftraggeberin auszuschüttende Gewinn entsprechend, was ökonomisch gesehen im Ergebnis einer direkten Zahlung des Verwaltungsentgeltes gleichkommt. Das BVergG 2006 kommt immer dann zur Anwendung, wenn ein Auftragnehmer Leistungen für einen öffentlichen Auftraggeber erbringt und der öffentliche Auftraggeber hierfür bezahlt (Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 239). Da es sich vorliegend um einen Vertrag handelt, der auch den Austausch zweier Leistungen zum Gegenstand hat, sind darauf die Bestimmungen des BVergG 2006 anzuwenden.

Das Feststellungsverfahren hat daher zusammenfassend ergeben, dass der Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 nicht abgeschlossen wurde, um die Wohnhausanlagen in das Gesellschaftskapital der WISEG KG uneingeschränkt einzubringen, sondern um deren Verwaltung auszugliedern und dadurch bessere wirtschaftliche Erträge sicherzustellen, die wiederum der Auftraggeberin zu Gute kommen sollen. Damit ist primärer Zweck des Einbringungsvertrages entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin bzw. der Antragsgegnerinnen nicht der Erwerb der Wohnhausanlagen durch die WISEG KG, sondern die Verwaltung der Wohnhausanlagen durch die WI-SEG GmbH, obwohl der Wert der Wohnhausanlagen den Wert der Dienstleistung "Hausverwaltung" eindeutig übersteigt.

Auch jene Bestimmungen, die sowohl im Gesellschaftsvertrag vom 18.11.2010 als auch im Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 eine Rückführung der eingebrachten Liegenschaften in Anrechnung auf Abfindungsansprüche uneingeschränkt vorsehen (Punkt 11 bzw. IV.4), weisen darauf hin, dass sich die Auftraggeberin die Verfügung über die Liegenschaften vorbehalten hat. Ebenso bei wesentlichen Geschäftsfällen ist die Zustimmung der Kommanditistin (Wiener Wohnen) gefordert (Punkt 6.3 des Gesellschaftsvertrages vom 18.11.2010). Letztlich ist aber auch darauf zu verweisen, dass Wiener Wohnen im Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 in der Präambel (I.5) Auch jene Bestimmungen, die sowohl im Gesellschaftsvertrag vom 18.11.2010 als auch im Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 eine Rückführung der eingebrachten Liegenschaften in Anrechnung auf Abfindungsansprüche uneingeschränkt vorsehen (Punkt 11 bzw. römisch vier.4), weisen darauf hin, dass sich die Auftraggeberin die Verfügung über die Liegenschaften vorbehalten hat. Ebenso bei wesentlichen Geschäftsfällen ist die Zustimmung der Kommanditistin (Wiener Wohnen) gefordert (Punkt 6.3 des Gesellschaftsvertrages vom 18.11.2010). Letztlich ist aber auch darauf zu verweisen, dass Wiener Wohnen im Einbringungsvertrag vom 22.10.2012 in der Präambel (römisch eins.5)

ausdrücklich festgehalten hat, dass "nunmehr ... der WISEG die Verwaltung und

Bewirtschaftung der vertragsgegenständlichen städtischen Wohnhausanlagen im Rahmen einer Aufgabenausgliederung, im Sinne des § 1 des Art. 34 des BudgetbegleitG 2001 übertragen werden" soll. All dies spricht eindeutig dafür, dass Hauptzweck des Einbringungsvertrages war, die Verwaltung und Bewirtschaftung der atypischen Häuser und Wohnungen auszugliedern, wobei die damit verbundenen Aufwendungen und letztlich die Honorare von Wiener Wohnen getragen werden. Bewirtschaftung der vertragsgegenständlichen städtischen Wohnhausanlagen im Rahmen einer Aufgabenausgliederung, im Sinne des Paragraph eins, des Artikel 34, des BudgetbegleitG 2001 übertragen werden" soll. All dies spricht eindeutig dafür, dass Hauptzweck des Einbringungsvertrages war, die Verwaltung und Bewirtschaftung der atypischen Häuser und Wohnungen auszugliedern, wobei die damit verbundenen Aufwendungen und letztlich die Honorare von Wiener Wohnen getragen werden.

Die Auftraggeberin bzw. die Antragsgegnerinnen haben sich in ihren Stellungnahmen vor allem auf die Entscheidung des EUGH in der Rechtssache "Clubhotel Loutraki" bezogen, wo die Dienstleistungen und Bauleistungen zum Erwerb von 49 % des Kapitals eines öffentlichen Unternehmens als untergeordnet angesehen wurden und daher die Anwendbarkeit des Vergaberechts verneint wurde. Entgegen diesem Standpunkt ist der Senat der Ansicht, dass der verfahrensgegenständliche Einbringungsvertrag in seiner Gesamtheit in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, da hier der Vertragsteil, der die Verwaltung der Wohnhausanlagen betrifft (und wie oben dargestellt, dass main object darstellt) dem Vergaberecht unterliegt und mit dem Vertragsteil, der die Einbringung der Wohnhausanlagen regelt, untrennbar verbunden ist. Diese untrennbare Verbindung ergibt sich daraus, dass die Einbringung in die WISEG

KG nicht erfolgt wäre, wenn nicht die Auslagerung der Bewirtschaftungs - und Verwaltungsleistungen der Komplementärin Gegenstand des Vertrages gewesen wären. Dazu genügt es auf Punkt I.5. in der Präambel des Einbringungsvertrages zu verweisen, worin ausdrücklich festgelegt wird "nunmehr soll der WISEG die Verwaltung und Bewirtschaftung der vertragsgegenständlichen städtischen Wohnhausanlagen im Rahmen einer Aufgabenausgliederung im Sinn des § 1 des Art. 34 des BudgetbegleitG 2001 übertragen werden". Die Auftraggeberin bzw. die Antragsgegnerinnen haben sich in ihren Stellungnahmen vor allem auf die Entscheidung des EUGH in der Rechtssache "Clubhotel Loutraki" bezogen, wo die Dienstleistungen und Bauleistungen zum Erwerb von 49 % des Kapitals eines öffentlichen Unternehmens als untergeordnet angesehen wurden und daher die Anwendbarkeit des Vergaberechts verneint wurde. Entgegen diesem Standpunkt ist der Senat der Ansicht, dass der verfahrensgegenständliche Einbringungsvertrag in seiner Gesamtheit in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, da hier der Vertragsteil, der die Verwaltung der Wohnhausanlagen betrifft (und wie oben dargestellt, dass main object darstellt) dem Vergaberecht unterliegt und mit dem Vertragsteil, der die Einbringung der Wohnhausanlagen regelt, untrennbar verbunden ist. Diese untrennbare Verbindung ergibt sich daraus, dass die Einbringung in die WISEG KG nicht erfolgt wäre, wenn nicht die Auslagerung der Bewirtschaftungs - und Verwaltungsleistungen der Komplementärin Gegenstand des Vertrages gewesen wären. Dazu genügt es auf Punkt römisch eins.5. in der Präambel des Einbringungsvertrages zu verweisen, worin ausdrücklich festgelegt wird "nunmehr soll der WISEG die Verwaltung und Bewirtschaftung der vertragsgegenständlichen städtischen Wohnhausanlagen im Rahmen einer Aufgabenausgliederung im Sinn des Paragraph eins, des Artikel 34, des BudgetbegleitG 2001 übertragen werden".

Der Argumentation der Auftraggeberin bzw. der Antragsgegnerinnen, es handle sich bei den Verwaltungsleistungen um eine In-House-Vergabe, kann nicht gefolgt werden. Die Ausgliederung der Verwaltung der gegenständlichen (a-typischen) Wohnhausanlagen soll ja gerade bewirken, dass diese Dienstleistungen nicht vom öffentlichen Auftraggeber selbst erbracht werden, sondern von der Komplementärin der WISEG KG, nämlich der WISEG GmbH. Auch eine Quasi-In-house-Vergabe liegt nicht vor, da die Stadt Wien-Wiener Wohnen in der WISEG KG nur Kommanditistin ist. Die Komplementärin, die WISEG GmbH, ist keine öffentliche Auftraggeberin sondern weist, wie im Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde, Beteiligungen Privater auf.

Bei diesem Sachverhalt ist aber auch eines der Teckal-Kriterien nicht gegeben:

Da die Komplementärin in der KG die nach außen vertretungsbefugte und handelnde Gesellschafterin ist, kommt der öffentlichen Auftraggeberin als Kommanditistin keine Kontrolle über die KG wie über eine eigene Dienststelle zu (eines der Teckal-Kriterien). Es handelt sich um eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, was eine Quasi-In-house-Vergabe ausschließt. Die Auftraggeberin bzw. die Antragsgegnerinnen gestehen in ihrem Schriftsatz vom 14.5.2013 auch zu, dass die Stadt Wien-Wiener Wohnen aufgrund der Regelungen im Gesellschaftsvertrag keinen Einfluss auf die gewöhnliche Geschäftsführung bzw. Hausverwaltung nehmen kann und nur einige wenige Geschäftsfälle der Zustimmung von Wiener Wohnen bedürften.

Auch mit dem Vorbringen der Auftraggeberin bzw. der Antragsgegnerinnen, mit dem Eigentum an den Wohnhausanlagen wäre untrennbar die Hausverwaltung verbunden, ist für sie nichts gewonnen. Es trifft zwar zu, dass durch die Einbringung die WISEG KG zur Alleineigentümerin der Wohnhausanlagen wurde und sie damit die Verpflichtung zur Hausverwaltung trifft. Zutreffend wird in diesem Zusammenhang auf § 22 MRG verwiesen, wonach sich der Eigentümer um eine entsprechend fachkundige Hausverwaltung zu kümmern hat. Es ist aber weder im MRG noch sonst gesetzlich geregelt, dass die Hausverwaltung, durch den Eigentümer selbst vorgenommen werden muss. Führt er nicht selbst die Hausverwaltung, so hat er damit einen geeigneten Hausverwalter durch Erteilung entsprechender Vollmachten zu betrauen. Handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber, ist dieser verpflichtet, sich diese Dienstleistungen im Wege eines entsprechenden Vergabeverfahrens zu verschaffen. Zusammengefasst bedeutet dies vorliegend, dass die Ausgliederung der Bewirtschaftung und Verwaltung der gegenständlichen Wohnhausanlagen, die über den Einbringungsvertrag in die WISEG KG versucht wurde, in einem Vergabeverfahren durchzuführen gewesen wäre, sodass sich die von der Auftraggeberin gewählte Konstruktion als Umgehungshandlung darstellt. Damit hat aber die Auftraggeberin gegen die Bestimmungen des BVergG 2006 verstoßen, weshalb dem Feststellungsbegehren stattzugeben war (Spruch Punkt 1). Auch mit dem Vorbringen der Auftraggeberin bzw. der Antragsgegnerinnen, mit dem Eigentum an den Wohnhausanlagen wäre untrennbar die Hausverwaltung verbunden, ist für sie nichts gewonnen. Es trifft zwar zu, dass durch die Einbringung die WISEG KG zur Alleineigentümerin der Wohnhausanlagen wurde und sie damit die Verpflichtung zur Hausverwaltung trifft. Zutreffend wird in diesem

Zusammenhang auf Paragraph 22, MRG verwiesen, wonach sich der Eigentümer um eine entsprechend fachkundige Hausverwaltung zu kümmern hat. Es ist aber weder im MRG noch sonst gesetzlich geregelt, dass die Hausverwaltung, durch den Eigentümer selbst vorgenommen werden muss. Führt er nicht selbst die Hausverwaltung, so hat er damit einen geeigneten Hausverwalter durch Erteilung entsprechender Vollmachten zu betrauen. Handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber, ist dieser verpflichtet, sich diese Dienstleistungen im Wege eines entsprechenden Vergabeverfahrens zu verschaffen. Zusammengefasst bedeutet dies vorliegend, dass die Ausgliederung der Bewirtschaftung und Verwaltung der gegenständlichen Wohnhausanlagen, die über den Einbringungsvertrag in die WISEG KG versucht wurde, in einem Vergabeverfahren durchzuführen gewesen wäre, sodass sich die von der Auftraggeberin gewählte Konstruktion als Umgehungshandlung darstellt. Damit hat aber die Auftraggeberin gegen die Bestimmungen des BVergG 2006 verstoßen, weshalb dem Feststellungsbegehren stattzugeben war (Spruch Punkt 1).

Nach § 36a Abs. 2 WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat soweit in den Absätzen 3 bis 5 nicht anderes bestimmt ist, den Vertrag im Anschluss an seine Feststellung gemäß § 11 Abs. 3 Z 3 bis 5 für nichtig zu erklären. Da die Auftraggeberin die Ausgliederung der Bewirtschaftung und Verwaltung der a-typischen Wohnhausanlagen nicht in einem Vergabeverfahren durchgeführt hat, hat sie rechtswidrigerweise eine Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt (§ 11 Abs. 3 Z 2 WVRG 2007). Da die Voraussetzungen der Absätze 3 bis 5 leg. cit. (wie weiter unten auszuführen sein wird) nicht gegeben sind, hatte der Senat den Vertrag im Anschluss an seine Feststellung nach § 36a Abs. 2 WVRG 2007 für nichtig zu erklären. Nach Paragraph 36 a, Absatz 2, WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat soweit in den Absätzen 3 bis 5 nicht anderes bestimmt ist, den Vertrag im Anschluss an seine Feststellung gemäß Paragraph 11, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für nichtig zu erklären. Da die Auftraggeberin die Ausgliederung der Bewirtschaftung und Verwaltung der a-typischen Wohnhausanlagen nicht in einem Vergabeverfahren durchgeführt hat, hat sie rechtswidrigerweise eine Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt (Paragraph 11, Absatz 3, Ziffer 2, WVRG 2007). Da die Voraussetzungen der Absätze 3 bis 5 leg. cit. (wie weiter unten auszuführen sein wird) nicht gegeben sind, hatte der Senat den Vertrag im Anschluss an seine Feststellung nach Paragraph 36 a, Absatz 2, WVRG 2007 für nichtig zu erklären.

Einer nur teilweisen Nichtigerklärung steht entgegen, dass der Vertrag wie oben dargestellt als untrennbare Einheit anzusehen ist, aus dem nicht einzelne Vertragsbestimmungen herausgelöst werden können. Auch die vom Antragsteller hilfsweise beantragte Nichtigerklärung bestimmter Vertragspunkte erscheint nicht möglich, da diese Vertragspunkte im Wesentlichen alle konstitutiven Vereinbarungen betreffen und der "Restvertrag" für sich nicht alleine bestehen bleiben könnte.

Die Auftraggeberin hat beantragt, den Vertrag aufrecht zu erhalten, weil nur so die notwendige Fortführung allfälliger Sanierungsmaßnahmen gewährleistet wäre und insofern zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen würden, den Vertrag nicht für nichtig zu erklären. Weiters führt sie aus, am Gewinn der WISEG KG, der dem sozialen Wohnbau zur Verfügung gestellt wird, zu partizipieren. Dies wäre bei der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages an einen Dritten nicht der Fall.

Damit macht die Auftraggeberin im Wesentlichen wirtschaftliche Interessen geltend, die nur dann zu berücksichtigen sind, wenn die Unwirksamkeit des Vertrages in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte. Wirtschaftliche Interessen in unmittelbaren Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag sind jedoch nicht geeignet, zwingende Gründe des Allgemeininteresses abzugeben (Schwartz BVergG 20062, RZ 3 zu § 334). Damit macht die Auftraggeberin im Wesentlichen wirtschaftliche Interessen geltend, die nur dann zu berücksichtigen sind, wenn die Unwirksamkeit des Vertrages in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte. Wirtschaftliche Interessen in unmittelbaren Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag sind jedoch nicht geeignet, zwingende Gründe des Allgemeininteresses abzugeben (Schwartz BVergG 20062, RZ 3 zu Paragraph 334,).

Ebenso macht die Auftraggeberin geltend, der Ausnahmegrund des Abs. 4 Z 4 des § 36a WVRG 2007 sei gegeben, wonach das Interesse von Wiener Wohnen gegenüber dem Interesse des Antragstellers auf teilweise Nichtigerklärung des Einbringungsvertrages bzw. Teile davon überwiege. Die Nichtigerklärung des Einbringungsvertrages bzw. einzelner Festlegungen hätte lediglich zur Folge, dass die Gesellschafter der WISEG KG neue Entgeltmodalitäten für die Arbeitsleistungen der WI-SEG GmbH festlegen müssten. Auch diese Ausnahmebestimmung ist allein schon deshalb nicht zu berücksichtigen, da es sich um keine Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich handelt. Wie sich auch aus dem Vorbringen der Auftraggeberin eindeutig ergibt, liegt der Auftragsschätzwert für die vergebenen Dienstleistungen

deutlich über der Grenze des § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Dazu kommt, dass die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin eben nicht "nicht offenkundig unzulässig" war (Abs. 4 Z 3 leg. cit.) Damit liegen die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände des Abs. 3 und 4 leg. cit. nicht vor (Spruch Punkt 2). Ebenso macht die Auftraggeberin geltend, der Ausnahmegrund des Absatz 4, Ziffer 4, des Paragraph 36 a, WVRG 2007 sei gegeben, wonach das Interesse von Wiener Wohnen gegenüber dem Interesse des Antragstellers auf teilweise Nichtigklärung des Einbringungsvertrages bzw. Teile davon überwiege. Die Nichtigklärung des Einbringungsvertrages bzw. einzelner Festlegungen hätte lediglich zur Folge, dass die Gesellschafter der WISEG KG neue Entgeltmodalitäten für die Arbeitsleistungen der WI-SEG GmbH festlegen müssten. Auch diese Ausnahmebestimmung ist allein schon deshalb nicht zu berücksichtigen, da es sich um keine Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich handelt. Wie sich auch aus dem Vorbringen der Auftraggeberin eindeutig ergibt, liegt der Auftragsschätzwert für die vergebenen Dienstleistungen deutlich über der Grenze des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Dazu kommt, dass die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin eben nicht "nicht offenkundig unzulässig" war (Absatz 4, Ziffer 3, leg. cit.) Damit liegen die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände des Absatz 3 und 4 leg. cit. nicht vor (Spruch Punkt 2).

Gemäß § 36a Abs. 5 WVRG 2007 kann der Vergabekontrollsenat im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 11 Abs. 3 Z 3 bis 5 WVRG 2007 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt. Der Vergabekontrollsenat hat dafür das Interesse des Auftraggebers und des betroffenen Auftragnehmers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers oder der Antragstellerin an der Nichtigkeit des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen. Gemäß Paragraph 36 a, Absatz 5, WVRG 2007 kann der Vergabekontrollsenat im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 11, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 WVRG 2007 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt. Der Vergabekontrollsenat hat dafür das Interesse des Auftraggebers und des betroffenen Auftragnehmers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers oder der Antragstellerin an der Nichtigkeit des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.

Die Auftragsgeberin hat einen entsprechenden Antrag gestellt und begehrt, um eine ordnungsgemäße Verwaltung und Bewirtschaftung der Wohnhausanlagen zu gewährleisten, den angefochtenen Einbringungsvertrag frühestens mit 31.12.2013 für nichtig zu erklären.

Dem Interesse der Auftraggeberin an einer kontinuierlichen Verwaltung bis zur allfälligen Ermittlung einer neuen Hausverwaltung im Ausschreibungsweg sowie der raschen Fortsetzung des Sanierungsverfahrens steht kein überwiegendes Interesse des Antragstellers gegenüber, da dieser auch derzeit keinerlei Hausverwaltungsleistungen für die gegenständlichen Wohnhausanlagen erbringt und sich jedenfalls in Zukunft an einem diesbezüglichen Vergabeverfahren beteiligen kann. Aus diesem Gesichtspunkt spricht nichts gegen die von der Auftraggeberin beantragte Festlegung des Wirksamkeitszeitpunktes der Nichtigklärung mit 31.12.2013 (Spruch Punkt 3).

Da der Senat gemäß § 36a Abs. 5 WVRG 2007 ausgesprochen hat, dass der Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, war über die Auftraggeberin zwingend "eine Geldbuße zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss". Die Obergrenze für eine Geldbuße beträgt 10 % der Auftragssumme, sie kann sich jedoch bis zu 20 % der Auftragssumme erhöhen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 7 leg. cit. gegeben sind. Nach Ansicht des Senates liegt eine besondere Schwere des Verstoßes gegen vergaberechtliche Bestimmungen durch die Auftraggeberin nicht vor. Sie ist bei Abschluss des Einbringungsvertrages von einer, wenn auch vom Senat nicht geteilten, jedoch gerade noch vertretbaren Auslegung der beiden oben genannten Urteile des EUGH ausgegangen. Dies war bei Ausmessung der Höhe der Geldbuße ebenso zu berücksichtigen, wie der Umstand, dass der Auftraggeberin ein derartiger massiver Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen bisher nicht vorgeworfen werden kann. Die Geldbuße hat dem Fonds Soziales Wien im Sinne des Abs. 6 des § 36a WVRG 2007, letzter Satz, zuzufließen (Spruch Punkt 4). Da der Senat gemäß Paragraph 36 a, Absatz 5, WVRG 2007 ausgesprochen hat, dass der Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, war über die Auftraggeberin zwingend "eine Geldbuße zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss". Die Obergrenze für eine Geldbuße beträgt 10 % der Auftragssumme, sie kann sich jedoch bis zu 20 % der Auftragssumme erhöhen, wenn die Voraussetzungen des Absatz 7, leg. cit. gegeben sind. Nach Ansicht des Senates liegt eine besondere Schwere des Verstoßes gegen vergaberechtliche Bestimmungen durch die Auftraggeberin nicht vor. Sie ist bei Abschluss des Einbringungsvertrages

von einer, wenn auch vom Senat nicht geteilten, jedoch gerade noch vertretbaren Auslegung der beiden oben genannten Urteile des EUGH ausgegangen. Dies war bei Ausmessung der Höhe der Geldbuße ebenso zu berücksichtigen, wie der Umstand, dass der Auftraggeberin ein derartiger massiver Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen bisher nicht vorgeworfen werden kann. Die Geldbuße hat dem Fonds Soziales Wien im Sinne des Absatz 6, des Paragraph 36 a, WVRG 2007, letzter Satz, zuzufließen (Spruch Punkt 4).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor (Spruch Punkt 5). Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen vor (Spruch Punkt 5).

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Feststellung; Einbringungsvertrag rechtswidrig; Ausgliederung der Bewirtschaftung und Verwaltung von Wohnhausanlagen wäre in einem Vergabeverfahren durchzuführen gewesen; Nichtigerklärung des Einbringungsvertrages; Geldbuße nach § 36a Abs. 6 WVRG;

Zuletzt aktualisiert am

30.10.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at