

TE Verg Bescheid 2010/11/8 N/0085-BVA/12/2010-32

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.11.2010

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs2

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §319

AVG 1991 §6 Abs1

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrike Ledóchowski als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Neubau und Sanierung des Bundesschulzentrums Ried im Innkreis, Gartenstraße 1, 4910 Ried im Innkreis" des Auftraggebers Innviertler Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft, reg. Gen.m.b.H., Goethestraße 29, 4910 Ried im Innkreis, vertreten durch Y***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 27. September 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung über das Ausscheiden der Antragstellerin vom 17.09.2010 (zugestellt am 17.09.2010) sowie der

Zuschlagsentscheidung vom 20.09.2010 (zugestellt am 20.09.2010) im Vergabeverfahren "Neubau und Sanierung des Bundesschulzentrums Ried im Innkreis, Gartenstraße 1, 4910 Ried im Innkreis" für nichtig erklären; wird mangels Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 3 Abs 1 und 2 iVm 312 BVergG 2006; § 6 Abs 1 AVG 1991
Rechtsgrundlage: Paragraphen 3, Absatz eins und 2 in Verbindung mit 312 BVergG 2006; Paragraph 6, Absatz eins, AVG 1991

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag, Das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin schuldig erkennen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag in Höhe von € 5.188,-- bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu Händen der rechtsfreundlichen Vertreter zu bezahlen, sowie die Antragsgegnerin schuldig erkennen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von € 2.594,00 bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu Händen der rechtsfreundlichen Vertreter zu bezahlen., wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 27. September 2010 die im Spruch ersichtlichen Begehren und führte zur Begründung aus, dass der Auftraggeber keine sachverständige bzw. eine unvollständige Prüfung des Angebotes der Antragstellerin vorgenommen habe, weshalb die Entscheidung über das Ausscheiden der Antragstellerin sowie die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären seien. Es werde angezweifelt, dass das Angebot der Antragstellerin von einer qualifizierten Person im Sinne des § 122 BVergG geprüft worden sei. Ein Angebot sei nur dann auszuschneiden, wenn zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen angeboten wurden. Die dem Ausscheidungsschreiben zu Grunde liegenden Positionen seien als nicht wesentlich zu qualifizieren. Das Angebot der Antragstellerin sei lediglich um 1,9% niedriger als jenes der zweitgereihten Bieterin. Bei einer derartigen Preisdifferenz sei nach der Judikatur der Höchstgerichte ein Auftraggeber zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht zwingend verpflichtet. Offensichtlich sei aber nur die Antragstellerin einer vertieften Prüfung unterzogen worden, nicht aber die zweitgereichte Bieterin. Da die Gründe dafür nicht ersichtlich seien, liege willkürliches Verhalten und damit eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor. Die Antragstellerin stellte am 27. September 2010 die im Spruch ersichtlichen Begehren und führte zur Begründung aus, dass der Auftraggeber keine sachverständige bzw. eine unvollständige Prüfung des Angebotes der Antragstellerin vorgenommen habe, weshalb die Entscheidung über das Ausscheiden der Antragstellerin sowie die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären seien. Es werde angezweifelt, dass das Angebot der Antragstellerin von einer qualifizierten Person im Sinne des Paragraph 122, BVergG geprüft worden sei. Ein Angebot sei nur dann auszuschneiden, wenn zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen angeboten wurden. Die dem Ausscheidungsschreiben zu Grunde liegenden Positionen seien als nicht wesentlich zu qualifizieren. Das Angebot der Antragstellerin sei lediglich um 1,9% niedriger als jenes der zweitgereihten Bieterin. Bei einer derartigen Preisdifferenz sei nach der Judikatur der Höchstgerichte ein Auftraggeber zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht zwingend verpflichtet. Offensichtlich sei aber nur die Antragstellerin einer vertieften Prüfung unterzogen worden, nicht aber die zweitgereichte Bieterin. Da die Gründe dafür nicht ersichtlich seien, liege willkürliches Verhalten und damit eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor.

Mit Schriftsatz vom 30. September 2010 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Darin führte er insbesondere aus: Er sei kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 BVergG. Das Vergabeverfahren sei am 5. Juli 2010 bekannt gemacht und als offenes Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben worden. Die Angebotsöffnung sei am 16. August 2010 erfolgt. Vom 16. August 2010 bis 16. September 2010 sei die Angebotsprüfung einschließlich vertiefter Prüfung erfolgt. Am 17. September 2010 sei die Antragstellerin über das Ausscheiden ihres Angebotes verständigt worden. Am 20. September 2010 sei die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter erfolgt. Darin führte er insbesondere aus: Er sei kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG. Das Vergabeverfahren sei am 5. Juli 2010 bekannt gemacht und als offenes Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben worden. Die Angebotsöffnung sei am 16. August 2010 erfolgt. Vom 16. August 2010 bis 16. September 2010 sei die Angebotsprüfung einschließlich vertiefter Prüfung erfolgt. Am 17. September 2010 sei die Antragstellerin über das Ausscheiden ihres Angebotes verständigt worden. Am 20. September 2010 sei die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter erfolgt.

In einer Stellungnahme vom 4. Oktober 2010 bestritt der Auftraggeber das Vorbringen der Antragstellerin vollinhaltlich. Zur Frage, ob es sich bei der Innviertler Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft, reg. Gen.m.b.H., um einen öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 BVergG handeln würde, wurden keine Ausführungen getätigt. In einer Stellungnahme vom 4. Oktober 2010 bestritt der Auftraggeber das Vorbringen der Antragstellerin vollinhaltlich. Zur Frage, ob es sich bei der Innviertler Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft, reg. Gen.m.b.H., um einen öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, BVergG handeln würde, wurden keine Ausführungen getätigt.

Nach Aufforderung des Bundesvergabeamtes vom 7. Oktober 2010 (vgl. AV OZ 17), übermittelte der Auftraggeber nachfolgende Urkunden: Nach Aufforderung des Bundesvergabeamtes vom 7. Oktober 2010 vergleiche AV OZ 17), übermittelte der Auftraggeber nachfolgende Urkunden:

-Satzung des Auftraggebers

-abzuschließender Baurechtsvertrag zwischen der Stadtgemeinde Ried im Innkreis und dem Auftraggeber - abzuschließender 6. Nachtrag zum Mietvertrag vom 12.10.1971 bzw. 16.02.1972 zwischen der Stadtgemeinde Ried im Innkreis und der Republik Österreich unter Beitritt des Auftraggebers -abzuschließender Mietvertrag zwischen dem Auftraggeber und der Republik Österreich

Erläuternd wies der Auftraggeber darauf hin, dass der Inhalt der Urkunden bereits zwischen den vertragsschließenden Teilen akkordiert und beschlossen sei und es nur mehr der formellen Unterfertigung, welche in Kürze erfolge, bedürfe.

Mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2010 erstattete die Antragstellerin zum Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme betreffend die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes eine Stellungnahme. Aus der Satzung des Auftraggebers gehe hervor, dass der Auftraggeber gewinnorientiert tätig sei. Der Tatbestand des § 3 Abs 1 BVergG werde daher nicht erfüllt. Allerdings würden die Voraussetzungen nach § 3 Abs 2 BVergG vorliegen. Der gegenständliche Bauauftrag werde nämlich de facto vom Bund finanziert, und zwar über den Mietzins, den der Bund nach Fertigstellung des Bauvorhabens dem Auftraggeber für die Anmietung des umgebauten bzw. erweiterten Bundesschulzentrums zu leisten habe. Die vom Bund gewählte Vertragskonstruktion, über den Mietzins den Bauauftrag zu finanzieren, sei daher als "direkte Subvention" iSd § 3 Abs 2 BVergG zu qualifizieren. Die Finanzierung sei von Anfang an beschlossen gewesen, sodass der Umstand der noch fehlenden formellen Unterfertigung des Mietvertrages im gegebenen Zusammenhang keine rechtliche Relevanz habe. Maßgeblich sei die grundsätzliche Einigung über die Finanzierung, andernfalls der öffentliche Auftraggeber allein darüber entscheiden könnte, ob das BVergG anzuwenden sei. Die Antragstellerin wies zudem auf einen Fall hin, der vom Obersten Gerichtshof zu GZ 1 Ob 201/99m entschieden worden sei. In jenem Verfahren habe der Bund einen Architekten beauftragt, das Bauvorhaben (Um- bzw. Zubau HBLA Oberwart) abzuwickeln. Auch dort sei vom nach außen hin als Auftraggeber in Erscheinung tretenden Architekten nicht dem Bestbieter, sondern der Zweitbieterin der Auftrag erteilt worden. Der Oberste Gerichtshof sei zu folgendem Ergebnis gekommen: "Überträgt ein Rechtsträger, der für sich öffentliche Auftraggeber ist, die Durchführung eines Bauvorhabens, mit welchem im allgemeinen Interesse wahrzunehmende Aufgabe nicht gewerblicher Art erfüllt werden soll, einem Dritten in welcher vertraglichen Gestaltung immer, so gilt dieser Rechtsträger selbst als der (öffentliche) Auftraggeber." Hinzu komme, dass der Auftraggeber die einzelnen Gewerke in enger Bindung an den Willen des Bundes zu vergeben habe. So dürften etwa gemäß Punkt 7.6. des ob genannten Mietvertrages die Vergaben vom Auftraggeber nur nach schriftlicher Zustimmung des Bundes vorgenommen werden. Es sei daher dem Bund zu unterstellen, dass der Auftraggeber die Ausschreibung der Arbeiten zwar für ihn vornehmen sollte, dass er jedoch für sich einen Umweg gewählt habe, das gleiche wirtschaftliche Ergebnis durch die gegenständlich gewählte Vertragskonstruktion zu erreichen. Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass das gegenständliche nachzuprüfende Vergabeverfahren in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG und damit in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes falle. Jedes andere Ergebnis wäre mit dem gemeinschaftrechtlichen Ziel des Vergaberegimes, Ausgaben der öffentlichen Hand zu reduzieren, nicht vereinbar. Könnte der Bestbieter nur über den Umweg des Zivilrechtes zu seinem Recht kommen, hieße dies, dass man dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit einräumen würde, durch geschickte Vertragskonstruktion eine in den sachlichen Anwendungsbereich des BVergG fallende Auftragsvergabe der Anwendung der Vergaberegimes - einschließlich der Bestimmungen über den Rechtsschutz der Bieter - dennoch zu entziehen. Mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2010 erstattete die Antragstellerin zum Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme betreffend die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes eine Stellungnahme. Aus der Satzung des Auftraggebers gehe hervor, dass der Auftraggeber gewinnorientiert tätig sei. Der

Tatbestand des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG werde daher nicht erfüllt. Allerdings würden die Voraussetzungen nach Paragraph 3, Absatz 2, BVergG vorliegen. Der gegenständliche Bauauftrag werde nämlich de facto vom Bund finanziert, und zwar über den Mietzins, den der Bund nach Fertigstellung des Bauvorhabens dem Auftraggeber für die Anmietung des umgebauten bzw. erweiterten Bundesschulzentrums zu leisten habe. Die vom Bund gewählte Vertragskonstruktion, über den Mietzins den Bauauftrag zu finanzieren, sei daher als "direkte Subvention" iSd Paragraph 3, Absatz 2, BVergG zu qualifizieren. Die Finanzierung sei von Anfang an beschlossen gewesen, sodass der Umstand der noch fehlenden formellen Unterfertigung des Mietvertrages im gegebenen Zusammenhang keine rechtliche Relevanz habe. Maßgeblich sei die grundsätzliche Einigung über die Finanzierung, andernfalls der öffentliche Auftraggeber allein darüber entscheiden könnte, ob das BVergG anzuwenden sei. Die Antragstellerin wies zudem auf einen Fall hin, der vom Obersten Gerichtshof zu GZ 1 Ob 201/99m entschieden worden sei. In jenem Verfahren habe der Bund einen Architekten beauftragt, das Bauvorhaben (Um- bzw. Zubau HBLA Oberwart) abzuwickeln. Auch dort sei vom nach außen hin als Auftraggeber in Erscheinung tretenden Architekten nicht dem Bestbieter, sondern der Zweitbieterin der Auftrag erteilt worden. Der Oberste Gerichtshof sei zu folgendem Ergebnis gekommen: "Überträgt ein Rechtsträger, der für sich öffentliche Auftraggeber ist, die Durchführung eines Bauvorhabens, mit welchem im allgemeinen Interesse wahrzunehmende Aufgabe nicht gewerblicher Art erfüllt werden soll, einem Dritten in welcher vertraglichen Gestaltung immer, so gilt dieser Rechtsträger selbst als der (öffentliche) Auftraggeber." Hinzu komme, dass der Auftraggeber die einzelnen Gewerke in enger Bindung an den Willen des Bundes zu vergeben habe. So dürften etwa gemäß Punkt 7.6. des ob genannten Mietvertrages die Vergaben vom Auftraggeber nur nach schriftlicher Zustimmung des Bundes vorgenommen werden. Es sei daher dem Bund zu unterstellen, dass der Auftraggeber die Ausschreibung der Arbeiten zwar für ihn vornehmen sollte, dass er jedoch für sich einen Umweg gewählt habe, das gleiche wirtschaftliche Ergebnis durch die gegenständlich gewählte Vertragskonstruktion zu erreichen. Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass das gegenständliche nachzuprüfende Vergabeverfahren in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG und damit in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes falle. Jedes andere Ergebnis wäre mit dem gemeinschaftrechtlichen Ziel des Vergaberegimes, Ausgaben der öffentlichen Hand zu reduzieren, nicht vereinbar. Könnte der Bestbieter nur über den Umweg des Zivilrechtes zu seinem Recht kommen, hieße dies, dass man dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit einräumen würde, durch geschickte Vertragskonstruktion eine in den sachlichen Anwendungsbereich des BVergG fallende Auftragsvergabe der Anwendung der Vergaberegimes - einschließlich der Bestimmungen über den Rechtsschutz der Bieter - dennoch zu entziehen.

Am 28. Oktober 2010 fand vor dem Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung zum Thema "Zuständigkeit des BVA" statt. Darin wurde die Auftraggebereigenschaft der Innviertler Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft sowie die Rolle des Bundes beim gegenständlichen Auftrag erörtert. Der Auftraggeber hielt insbesondere nachfolgendes fest:

Der abzuschließende Baurechtsvertrag und Mietvertrag sei noch nicht unterfertigt worden. Das Ergebnis von den Besprechungen würden die akkordierten Verträge darstellen. Am 14. Oktober 2010 habe ein Abschlussgespräch mit dem Ministerium über die Verträge stattgefunden. Dabei habe es punktuelle Veränderungen gegeben, aber nicht vertragsrelevantes. Es sei seitens des Ministeriums die umgehende Unterfertigung in Aussicht gestellt worden. Ein Datum sei jedoch nicht genannt worden. Bezüglich abzuschließender Baurechtsvertrag zwischen der Stadtgemeinde Ried und der Innviertler Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft (ISG) seien keine Änderungen mehr geplant. Es sei beabsichtigt, alle drei Verträge (Baurechtsvertrag, 6. Nachtrag und Mietvertrag) gleichzeitig zu unterfertigen.

Mitglied der ISG seien in erster Linie jene Personen, die eine Wohnung kaufen oder mieten. Das seien derzeit 11.000 natürliche Personen. Der Vorstand bestimme, wie viel Anteil ein Mitglied erwerben muss. Der Anteil richte sich nach der Größe der Wohnung. In zweiter Linie seien es die Gemeinden. Manche Gemeinden würden dann Mitglied, wenn sie ein Grundstück für ein Wohnbauvorhaben zur Verfügung stellen. Wie viel Gemeinden Mitglieder sind, könne nicht exakt benannt werden. Es seien ca. 30 und 40 Gemeinden. Der Anteil der Gemeinden entspreche dem Gegenwert der eingebrachten Grundstücke (Verkehrswert). Ca. 75 % aller Genossenschaftsanteile würden von Gemeinden kommen. Das Land Oberösterreich sei jedenfalls Mitglied; der Bund hingegen nicht. Der Anteil des Landes sei verhältnismäßig gering. Gemeinden würden unentgeltlich Grundstücke für den Bau von Wohnungen beibringen und dafür Genossenschaftsanteile von der ISG erhalten. Eine sonstige Finanzierung durch Bund, Länder und Gemeindeverbände

sei nicht gegeben. Die Mitgliedschaft der Gemeinden oder des Landes würden sich nicht von der Mitgliedschaft der natürlichen Personen unterscheiden; es gebe keine Sonderrechte oder Sonderpflichten, insbesondere in der Generalversammlung. Aufsichtsbehörde sei das Land Oberösterreich, aber nur im Hinblick auf die Gemeinnützigkeit. Ansonsten unterliege die ISG dem Revisionsverband. Auf die aktuelle Geschäftspolitik habe die Aufsichtsbehörde keinen Einfluss, sondern könne nur im Nachhinein prüfen und bewerten, ob die ISG im abgelaufenen Geschäftsjahr gemeinnützig gehandelt habe. Das Land Oberösterreich kontrolliere als Aufsichtsbehörde nach dem WGG. Der Revisionsverband gründe sich auf dem Genossenschaftsrevisionsgesetz. Der Revisionsverband sei eine Selbstkontrolle, jedoch keine staatliche. Zum Aufsichtsrat wird ausgeführt, dass darin vorwiegend Vertreter der Wirtschaft und des Betriebsrates Mitglied seien. Die Gemeinden seien nicht im Aufsichtsrat vertreten; auch nicht das Land. Der Vorstand werde gemäß § 20 der Satzung bestellt. Ein mittelbarer oder unmittelbarer Einfluss außerhalb ihres satzungsmäßigen Stimmrechtes komme den Gemeinden oder dem Land nicht zu. Mitglied der ISG seien in erster Linie jene Personen, die eine Wohnung kaufen oder mieten. Das seien derzeit 11.000 natürliche Personen. Der Vorstand bestimme, wie viel Anteil ein Mitglied erwerben muss. Der Anteil richte sich nach der Größe der Wohnung. In zweiter Linie seien es die Gemeinden. Manche Gemeinden würden dann Mitglied, wenn sie ein Grundstück für ein Wohnbauvorhaben zur Verfügung stellen. Wie viel Gemeinden Mitglieder sind, könne nicht exakt benannt werden. Es seien ca. 30 und 40 Gemeinden. Der Anteil der Gemeinden entspreche dem Gegenwert der eingebrachten Grundstücke (Verkehrswert). Ca. 75 % aller Genossenschaftsanteile würden von Gemeinden kommen. Das Land Oberösterreich sei jedenfalls Mitglied; der Bund hingegen nicht. Der Anteil des Landes sei verhältnismäßig gering. Gemeinden würden unentgeltlich Grundstücke für den Bau von Wohnungen beibringen und dafür Genossenschaftsanteile von der ISG erhalten. Eine sonstige Finanzierung durch Bund, Länder und Gemeindeverbände sei nicht gegeben. Die Mitgliedschaft der Gemeinden oder des Landes würden sich nicht von der Mitgliedschaft der natürlichen Personen unterscheiden; es gebe keine Sonderrechte oder Sonderpflichten, insbesondere in der Generalversammlung. Aufsichtsbehörde sei das Land Oberösterreich, aber nur im Hinblick auf die Gemeinnützigkeit. Ansonsten unterliege die ISG dem Revisionsverband. Auf die aktuelle Geschäftspolitik habe die Aufsichtsbehörde keinen Einfluss, sondern könne nur im Nachhinein prüfen und bewerten, ob die ISG im abgelaufenen Geschäftsjahr gemeinnützig gehandelt habe. Das Land Oberösterreich kontrolliere als Aufsichtsbehörde nach dem WGG. Der Revisionsverband gründe sich auf dem Genossenschaftsrevisionsgesetz. Der Revisionsverband sei eine Selbstkontrolle, jedoch keine staatliche. Zum Aufsichtsrat wird ausgeführt, dass darin vorwiegend Vertreter der Wirtschaft und des Betriebsrates Mitglied seien. Die Gemeinden seien nicht im Aufsichtsrat vertreten; auch nicht das Land. Der Vorstand werde gemäß Paragraph 20, der Satzung bestellt. Ein mittelbarer oder unmittelbarer Einfluss außerhalb ihres satzungsmäßigen Stimmrechtes komme den Gemeinden oder dem Land nicht zu.

Die ISG stehe am Wohnungsmarkt betreffend Mietwohnungen und Eigentumswohnungen im Wettbewerb mit anderen gemeinnützigen Bauvereinigungen und mit nicht gemeinnützigen Bauunternehmungen. Auch die Satzung der ISG sehe eine Gewinnerzielungsabsicht vor. Es gebe auch keine Ausfallhaftungen von Gebietskörperschaften oder sonstige Zuschusspflichten. Die ISG sei nicht in der Gewinnerzielung beschränkt, sondern in der Gewinnverwendung durch das WGG.

Bezüglich der gegenständlichen Ausschreibung sei der Auftraggeber der Meinung gewesen, unter die Bestimmung des § 3 Abs 2 BVergG zu fallen, da die Finanzierung durch den Bund wirtschaftlich betrachtet über den Mietzins erfolge. Diese Finanzierung beziehe sich auf das Gesamtbauvorhaben. Die Stadtgemeinde Ried sei Eigentümer der Liegenschaft, wo sich das Bundesschulzentrum (BSZ) befinde. Der Bund sei nicht Eigentümer der BSZ, könne es aber auf Verlangen werden; sowohl hinsichtlich des Grundstückes als auch hinsichtlich des Gebäudes. Der ursprüngliche Mietvertrag aus dem Jahr 1971/1972 sei im Grundbuch enthalten. Der in Aussicht genommene Mietvertrag zwischen der ISG und den Bund solle auch im Grundbuch eingetragen werden. Derzeit sei er noch nicht eingetragen, da der neue Mietvertrag noch nicht unterzeichnet worden sei. Derzeitige Eigentümer am Gebäude sei daher noch die Stadtgemeinde Ried. Nach Unterfertigung der Verträge werde die ISG Eigentümer. Die Höhe des Mietzinses sei so abgestimmt, dass das Sanierungsdarlehen, das die ISG aufgenommen habe, über den Mietzins des Bundes refinanziert werde. Bezüglich der gegenständlichen Ausschreibung sei der Auftraggeber der Meinung gewesen, unter die Bestimmung des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG zu fallen, da die Finanzierung durch den Bund wirtschaftlich betrachtet über den Mietzins erfolge. Diese Finanzierung beziehe sich auf das Gesamtbauvorhaben. Die Stadtgemeinde Ried sei Eigentümer der Liegenschaft, wo sich das Bundesschulzentrum (BSZ) befinde. Der Bund sei nicht Eigentümer der BSZ, könne es aber auf Verlangen werden; sowohl hinsichtlich des Grundstückes als auch

hinsichtlich des Gebäudes. Der ursprüngliche Mietvertrag aus dem Jahr 1971 aus 1972, sei im Grundbuch enthalten. Der in Aussicht genommene Mietvertrag zwischen der ISG und den Bund solle auch im Grundbuch eingetragen werden. Derzeit sei er noch nicht eingetragen, da der neue Mietvertrag noch nicht unterzeichnet worden sei. Derzeitige Eigentümer am Gebäude sei daher noch die Stadtgemeinde Ried. Nach Unterfertigung der Verträge werde die ISG Eigentümer. Die Höhe des Mietzinses sei so abgestimmt, dass das Sanierungsdarlehen, das die ISG aufgenommen habe, über den Mietzins des Bundes refinanziert werde.

Bezüglich gegenständlicher Ausschreibung habe es unzählige Besprechungen zwischen der ISG und dem Ministerium gegeben. Im Rahmen der Projektentwicklung gebe es mehrere Stufen, die seitens des Bundes einer Bewilligung bedürfen. Es sei mit der Stadtgemeinde Ried akkordiert gewesen, die ISG für das gegenständliche Projekt heranzuziehen. Einen formellen (schriftlichen) Auftrag des Bundes an die ISG, das gegenständliche Projekt zu realisieren, habe es nicht gegeben. Aus steuerlichen und Kapazitätsgründen habe die Stadtgemeinde Ried das Projekt nicht selbst durchführen wollen. Es gebe Schriftstücke, das die Aufwendungen der ISG für das gegenständliche Projekt vom Bund übernommen würden. Ob das Sanierungsdarlehen für das gegenständliche Projekt schon aufgenommen worden sei, könne nicht mit Sicherheit gesagt werden. Es werde aber in diesen Tagen aufgenommen.

Zu Pkt. 7.6. des abzuschließenden Mietvertrages wird angemerkt, dass unter "Vergaben" und "Zuschläge" die Zuschlagserteilung im Sinne des BVergG 2006 gemeint sei. Der Zuschlagsentscheidung vom 17. September 2010 sei mündlich vom Ministerium zugestimmt worden. Die gegenständliche Ausschreibung sei am 5. Juli 2010 EU-weit bekanntgemacht worden. Die ISG habe (mündlich) eine Anfrage an das Ministerium gerichtet, ob die Ausschreibung bekanntgemacht werden dürfe. Dies vor dem Hintergrund, dass die abzuschließenden Verträge noch nicht unterzeichnet worden seien. Das Ministerium habe mündlich geantwortet und seine Einwilligung zur Bekanntmachung der Ausschreibung gegeben, da ein großer Zeitdruck bestanden habe. Zu diesem Zeitpunkt waren bereits die Planinhalte völlig klar. Auch die Verträge seien akkordiert gewesen und eine rechtskräftige Baubewilligung habe vorgelegen. Inhaltlich sei auf die Vorgaben des Bundes abgestellt worden. Die Stadtgemeinde Ried sei diesbezüglich nicht involviert gewesen. Es seien gleichzeitig 5 Lose zum Gesamtbauvorhaben ausgeschrieben worden. Als Auftraggeber fungiere jeweils die ISG.

Vertragspartner im gegenständlichen Vergabeverfahren werde jedenfalls die ISG.

Auf Grund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahme der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Innviertler Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft, registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden: ISG) hat die gegenständlichen Leistungen im offenen Verfahren nach dem BVergG 2006 im Oberschwellerbereich ausgeschrieben. Sie tritt als Auftraggeber und ausschreibende Stelle auf. Als zuständige Vergabekontrollbehörde ist das Bundesvergabeamt benannt.

Die ISG ist eine Genossenschaft im Sinne des Gesetzes vom 9. April 1873, RGBL. Nr. 70 (Genossenschaftsgesetz, GenG) und hat ihren Sitz in Ried im Innkreis. Gegenstand des Unternehmens ist die Errichtung und Verwaltung von Wohnungen im eigenen und im fremden Namen sowie die Schaffung von Wohnungseigentum. Der Zweck des Unternehmens ist darauf gerichtet, seinen Mitgliedern zu angemessenen Preisen Wohnungen im Sinne des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes (WGG) zu verschaffen, auch Wohnungseigentum an ihnen zu begründen und diese und auch andere Wohnungen zu verwalten. Mitglieder können entweder natürliche Personen oder juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften, werden (vgl. §§ 1 bis 3 der Satzung). Die ISG ist eine Genossenschaft im Sinne des Gesetzes vom 9. April 1873, RGBL. Nr. 70 (Genossenschaftsgesetz, GenG) und hat ihren Sitz in Ried im Innkreis. Gegenstand des Unternehmens ist die Errichtung und Verwaltung von Wohnungen im eigenen und im fremden Namen sowie die Schaffung von Wohnungseigentum. Der Zweck des Unternehmens ist darauf gerichtet, seinen Mitgliedern zu angemessenen Preisen Wohnungen im Sinne des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes (WGG) zu verschaffen, auch Wohnungseigentum an ihnen zu begründen und diese und auch andere Wohnungen zu verwalten. Mitglieder können entweder natürliche Personen oder juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften, werden vergleiche Paragraphen eins bis 3 der Satzung).

Die ISG steht am Wohnungsmarkt im Wettbewerb mit anderen gemeinnützigen Bauvereinigungen und mit nicht gemeinnützigen Bauunternehmungen. Es gibt keine Ausfallhaftungen von Gebietskörperschaften (vgl. Verhandlungsschrift vom 28. Oktober 2010). Die ISG steht am Wohnungsmarkt im Wettbewerb mit anderen

gemeinnützigen Bauvereinigungen und mit nicht gemeinnützigen Bauunternehmungen. Es gibt keine Ausfallhaftungen von Gebietskörperschaften vergleiche Verhandlungsschrift vom 28. Oktober 2010).

Die Stadtgemeinde Ried ist Eigentümer der Liegenschaft, worauf sich das Bundesschulzentrum (BSZ) befindet. Der Bund ist nicht Eigentümer der BSZ, kann es aber auf Verlangen werden. Der ursprüngliche Mietvertrag aus dem Jahr 1971/1972 ist im Grundbuch enthalten. Der in Aussicht genommene Mietvertrag zwischen der ISG und dem Bund ist derzeit noch nicht im Grundbuch eingetragen, da der neue Mietvertrag noch nicht unterzeichnet ist. Derzeitiger Eigentümer am Gebäude ist daher noch die Stadtgemeinde Ried. Nach Unterfertigung der Verträge wird die ISG Eigentümer (vgl. Verhandlungsschrift und abzuschließende Verträge, OZ 19). Die Stadtgemeinde Ried ist Eigentümer der Liegenschaft, worauf sich das Bundesschulzentrum (BSZ) befindet. Der Bund ist nicht Eigentümer der BSZ, kann es aber auf Verlangen werden. Der ursprüngliche Mietvertrag aus dem Jahr 1971 aus 1972, ist im Grundbuch enthalten. Der in Aussicht genommene Mietvertrag zwischen der ISG und dem Bund ist derzeit noch nicht im Grundbuch eingetragen, da der neue Mietvertrag noch nicht unterzeichnet ist. Derzeitiger Eigentümer am Gebäude ist daher noch die Stadtgemeinde Ried. Nach Unterfertigung der Verträge wird die ISG Eigentümer vergleiche Verhandlungsschrift und abzuschließende Verträge, OZ 19).

Im Vorfeld der gegenständlichen Ausschreibung hat es Besprechungen zwischen der ISG und dem Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur gegeben. Mit der Stadtgemeinde Ried war akkordiert, dass die ISG für das gegenständliche Projekt heranzuziehen ist. Einen formellen (schriftlichen) Auftrag des Bundes an die ISG, das gegenständliche Projekt zu realisieren, gibt es nicht (vgl. Verhandlungsschrift). Im Vorfeld der gegenständlichen Ausschreibung hat es Besprechungen zwischen der ISG und dem Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur gegeben. Mit der Stadtgemeinde Ried war akkordiert, dass die ISG für das gegenständliche Projekt heranzuziehen ist. Einen formellen (schriftlichen) Auftrag des Bundes an die ISG, das gegenständliche Projekt zu realisieren, gibt es nicht (vergleiche Verhandlungsschrift).

Die Prüfung der Angebote samt Vergabevorschlag (17. September 2010) erfolgte durch die C*** GmbH. Mit Schreiben vom 17. September 2010 verständigte der Auftraggeber die Antragstellerin vom Ausscheiden ihres Angebotes gemäß § 129 Abs 1 Z 3 und Abs 2 BVergG. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgte seitens des Auftraggebers am 20. September 2010 zugunsten der B***. In beiden Schreiben war Dipl. Ing. C*** als Ansprechpartner angegeben. Die Prüfung der Angebote samt Vergabevorschlag (17. September 2010) erfolgte durch die C*** GmbH. Mit Schreiben vom 17. September 2010 verständigte der Auftraggeber die Antragstellerin vom Ausscheiden ihres Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, BVergG. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgte seitens des Auftraggebers am 20. September 2010 zugunsten der B***. In beiden Schreiben war Dipl. Ing. C*** als Ansprechpartner angegeben.

Laut Schreiben der Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur vom 16. November 2007 (vgl. Vorlage des Auftraggebers vom 29. Oktober 2010, OZ 28) verpflichtet sich das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, der Stadt Ried die gesamten Planungskosten (bis zur Erstellung der Einreichplanung) der C*** GmbH in Bezug auf die Sanierung und Erweiterung des Bundesschulzentrums Ried auch im Falle der Nichtdurchführung der beschriebenen Baumaßnahmen zu ersetzen. In dem Schreiben wurde festgehalten, dass die gesamten Planungskosten (d.h. bis zur Fertigstellung des Projektes) mit ca. 16 % bis 17 % der Nettobaukosten angesetzt werden. Weiters sollte in allen Planungsstadien das Einvernehmen mit dem Bund hergestellt werden. Im Übrigen lässt sich dem Vergabeakt (vgl. OZ 13) kein Hinweis darüber entnehmen, dass der Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, in das gegenständliche Vergabeverfahren involviert gewesen wäre. Es wurden lediglich mündliche Abstimmungen zwischen der ISG und dem Bundesministerium durchgeführt. So hat das Bundesministerium der (EU-weiten) Bekanntmachung der Ausschreibung sowie dem Vergabevorschlag vom 17. September 2010 nur mündlich zugestimmt (vgl. Verhandlungsschrift). Diese Aussagen finden Übereinstimmung mit dem vorgelegten Vergabeakt des Auftraggebers, wonach keine schriftliche Zustimmung des Bundesministeriums vorliegt. Des Weiteren existieren keine schriftlichen Aufzeichnungen über allfällige Fördergenehmigungen seitens des Bundes zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Laut Schreiben der Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur vom 16. November 2007 (vergleiche Vorlage des Auftraggebers vom 29. Oktober 2010, OZ 28) verpflichtet sich das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, der Stadt Ried die gesamten Planungskosten (bis zur Erstellung der Einreichplanung) der C*** GmbH in Bezug auf die Sanierung und Erweiterung des Bundesschulzentrums Ried auch im Falle der Nichtdurchführung der beschriebenen Baumaßnahmen zu ersetzen. In dem Schreiben wurde festgehalten, dass die

gesamten Planungskosten (d.h. bis zur Fertigstellung des Projektes) mit ca. 16 % bis 17 % der Nettobaukosten angesetzt werden. Weiters sollte in allen Planungsstadien das Einvernehmen mit dem Bund hergestellt werden. Im Übrigen lässt sich dem Vergabeakt vergleiche OZ 13) kein Hinweis darüber entnehmen, dass der Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, in das gegenständliche Vergabeverfahren involviert gewesen wäre. Es wurden lediglich mündliche Abstimmungen zwischen der ISG und dem Bundesministerium durchgeführt. So hat das Bundesministerium der (EU-weiten) Bekanntmachung der Ausschreibung sowie dem Vergabevorschlag vom 17. September 2010 nur mündlich zugestimmt (vergleiche Verhandlungsschrift). Diese Aussagen finden Übereinstimmung mit dem vorgelegten Vergabeakt des Auftraggebers, wonach keine schriftliche Zustimmung des Bundesministeriums vorliegt. Des Weiteren existieren keine schriftlichen Aufzeichnungen über allfällige Fördergenehmigungen seitens des Bundes zum gegenständlichen Vergabeverfahren.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zu Spruch Punkt 1:

Gemäß § 312 Abs 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes des BVergG zuständig. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes setzt aber voraus, dass es sich bei der Innviertler Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft, registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden: ISG) um einen öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 BVergG handelt. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes des BVergG zuständig. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes setzt aber voraus, dass es sich bei der Innviertler Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft, registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden: ISG) um einen öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, BVergG handelt.

§ 3 Abs 1 Z 1 BVergG fällt als Anwendungstatbestand von vornherein aus, da die ISG nicht darunter zu subsumieren ist. Gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG gilt dieses Bundesgesetz für Einrichtungen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (lit a), und zumindest teilrechtsfähig (lit b) sind und überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind (lit c). Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG fällt als Anwendungstatbestand von vornherein aus, da die ISG nicht darunter zu subsumieren ist. Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG gilt dieses Bundesgesetz für Einrichtungen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (Litera a.), und zumindest teilrechtsfähig (Litera b,) sind und überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind (Litera c.).

Eine Einrichtung kann in Entsprechung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nur dann als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG eingestuft werden, wenn die drei der dort unter Buchstaben a) bis c) genannten Tatbestandsmerkmalen kumulativ vorliegen; d.h., dass sämtliche der genannten Voraussetzungen jeweils für sich erfüllt sein müssen (Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 3 Rz 25 unter Verweis auf EuGH, Rs C 44/96, Mannesmann). Die Frage, ob die ISG zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, kann vorliegend dahinstehen, da auf Grund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung feststeht, dass eine Beteiligung des Bundes iSd lit c nicht vorliegt und daher eine Zuständigkeit des BVA nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG jedenfalls zu verneinen ist. Ob die ISG auf Grund der Beteiligungsanteile der Gemeinden allenfalls als Landesauftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG einzustufen ist und somit als Vergabekontrollbehörde der UVS Oberösterreich iSd Artikel 14b Abs 2 Z 2 lit e B-VG zuständig wäre, konnte nicht abschließend geklärt werden. Eine offenkundige Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes bzw. (offenkundige) Zuständigkeit des UVS Oberösterreich lag keinesfalls vor, weshalb aber eine Weiterleitung nach § 6 Abs 1 AVG nicht in Betracht zu ziehen war. Eine derartige formlose Abtretung soll nach gefestigter Rechtsprechung nämlich nur zulässig sein, wenn die Unzuständigkeit offenkundig ist (Thienel/Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahren* 5 [2009] 78). Da die ISG auch kein Verband iSd § 3 Abs 1 Z 3 BVergG ist, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2

bestehen, ist eine Zuständigkeit aufgrund des § 3 Abs 1 zu verneinen. Eine Einrichtung kann in Entsprechung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nur dann als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG eingestuft werden, wenn die drei der dort unter Buchstaben a) bis c) genannten Tatbestandsmerkmalen kumulativ vorliegen; d.h., dass sämtliche der genannten Voraussetzungen jeweils für sich erfüllt sein müssen (Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 3, Rz 25 unter Verweis auf EuGH, Rs C 44/96, Mannesmann). Die Frage, ob die ISG zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, kann vorliegend dahinstehen, da auf Grund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung feststeht, dass eine Beteiligung des Bundes iSd Litera c, nicht vorliegt und daher eine Zuständigkeit des BVA nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG jedenfalls zu verneinen ist. Ob die ISG auf Grund der Beteiligungsanteile der Gemeinden allenfalls als Landesauftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG einzustufen ist und somit als Vergabekontrollbehörde der UVS Oberösterreich iSd Artikel 14b Absatz 2, Ziffer 2, Litera e, B-VG zuständig wäre, konnte nicht abschließend geklärt werden. Eine offenkundige Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes bzw. (offenkundige) Zuständigkeit des UVS Oberösterreich lag keinesfalls vor, weshalb aber eine Weiterleitung nach Paragraph 6, Absatz eins, AVG nicht in Betracht zu ziehen war. Eine derartige formlose Abtretung soll nach gefestigter Rechtsprechung nämlich nur zulässig sein, wenn die Unzuständigkeit offenkundig ist (Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahren⁵ [2009] 78). Da die ISG auch kein Verband iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ist, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder 2 bestehen, ist eine Zuständigkeit aufgrund des Paragraph 3, Absatz eins, zu verneinen.

Somit verbleibt - als möglicher Anwendungstatbestand - "nur" mehr § 3 Abs 2 BVergG. Dieser lautet: Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Abs. 1 ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges I oder Bauaufträge im Sinne des Anhanges II oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 vH direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes. In Übereinstimmung mit dem diesem Erweiterungstatbestand zugrunde liegenden Text in Art 8 der EU-Vergaberichtlinie (RR 2004/18/EG) spricht § 3 Abs 2 bzw Abs 3 BVergG von "direkt subventionieren". Unter den Begriff "Subvention" fallen jedenfalls Beihilfen im Sinne der einschlägigen Judikatur des EuGH, somit einseitige, unter Umständen auch bloß mittelbare Leistungsgewährungen oder Belastungsverminderungen durch einen öffentlichen Auftraggeber, aber auch andere Formen der Mittelzuwendung. Es sind alle Formen von Subventionen oder Finanzierungen, einschließlich der Gemeinschaftsmittel zu berücksichtigen, die unmittelbar für den betreffenden Bauauftrag bestimmt sind (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 199). Das in § 3 Abs 2 bzw 3 definierte Bauvorhaben muss direkt gefördert werden und nicht nur indirekt über allgemeine Förderprogramme, deren Mittel dem Bauträger generell und ohne unmittelbaren Konnex zu dem betreffenden Vorhaben zur Verfügung stehen (Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 3 Rz 107). Somit verbleibt - als möglicher Anwendungstatbestand - "nur" mehr Paragraph 3, Absatz 2, BVergG. Dieser lautet: Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Absatz eins, ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges römisch eins oder Bauaufträge im Sinne des Anhanges römisch zwei oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 vH direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes. In Übereinstimmung mit dem diesem Erweiterungstatbestand zugrunde liegenden Text in Artikel 8, der EU-Vergaberichtlinie (RR 2004/18/EG) spricht Paragraph 3, Absatz 2, bzw Absatz 3, BVergG von "direkt subventionieren". Unter den Begriff "Subvention" fallen jedenfalls Beihilfen im Sinne der einschlägigen Judikatur des EuGH, somit einseitige, unter Umständen auch bloß mittelbare Leistungsgewährungen oder Belastungsverminderungen durch einen öffentlichen Auftraggeber, aber auch andere Formen der Mittelzuwendung. Es sind alle Formen von Subventionen oder Finanzierungen, einschließlich der Gemeinschaftsmittel zu berücksichtigen, die unmittelbar für den betreffenden Bauauftrag bestimmt sind (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 199). Das in Paragraph 3, Absatz 2, bzw 3 definierte Bauvorhaben muss direkt gefördert werden und nicht nur indirekt über allgemeine Förderprogramme, deren Mittel dem Bauträger generell und ohne unmittelbaren Konnex zu dem betreffenden Vorhaben zur Verfügung stehen (Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 3, Rz 107).

Aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens (vgl. insbesondere den Vergabeakt als auch die Verhandlungsschrift vom 28. Oktober 2010) ist davon auszugehen, dass das ausgeschriebene Bauvorhaben vom Bund

nicht direkt subventioniert wird. Dies erhellt sich schon aus dem Umstand, dass der Auftraggeber keine schriftlichen Dokumente vorliegen konnte, aus denen nachvollziehbar hervorgegangen wäre, dass der Bund das gegenständliche Vergabeverfahren iSd § 3 Abs 2 BVergG gefördert hätte (sieht man einmal vom Schreiben der Bundesministerin vom 16. November 2007 zum Betreff "Übernahme der Planungskosten durch den Bund", das jedoch nicht in unmittelbaren Zusammenhang mit der hier antragsgegenständlichen Losvergabe gebracht werden kann, ab). Aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens vergleiche insbesondere den Vergabeakt als auch die Verhandlungsschrift vom 28. Oktober 2010) ist davon auszugehen, dass das ausgeschriebene Bauvorhaben vom Bund nicht direkt subventioniert wird. Dies erhellt sich schon aus dem Umstand, dass der Auftraggeber keine schriftlichen Dokumente vorliegen konnte, aus denen nachvollziehbar hervorgegangen wäre, dass der Bund das gegenständliche Vergabeverfahren iSd Paragraph 3, Absatz 2, BVergG gefördert hätte (sieht man einmal vom Schreiben der Bundesministerin vom 16. November 2007 zum Betreff "Übernahme der Planungskosten durch den Bund", das jedoch nicht in unmittelbaren Zusammenhang mit der hier antragsgegenständlichen Losvergabe gebracht werden kann, ab).

Soweit die Antragstellerin vermeint, dass der gegenständliche Bauauftrag "de facto" vom Bund (über den Mietzins) finanziert werde, verkennt sie, dass sämtliche entscheidungsrelevanten Verträge (1. Baurechtsvertrag zwischen der Stadtgemeinde Ried im Innkreis und der ISG, 2.

1. 6.Ziffer 6

Nachtrag zum Mietvertrag vom 22.10.1971 bzw. 16.2.1972 zwischen der Stadtgemeinde Ried im Innkreis und der Republik Österreich unter Beitritt der ISG sowie 3. Mietvertrag zwischen der ISG und der Republik Österreich) zwischen den vertragsschließenden Teilen - trotz offenkundig in Aussicht genommener formeller Vorsehung dafür (vgl. die Vertragsschablonen mitsamt vorgesehenen Fertigungen, OZ 19) - noch nicht abgeschlossen worden sind. Mangels noch nicht bestehendem Baurechtsvertrag, welcher der ISG ein Baurecht an der Liegenschaft EZ 2049 des Grundbuches 46149 Ried im Innkreis einräumen sollte und der damit einhergehenden Eigentumsübertragung der Gebäude (vgl. § 2 des abzuschließenden 6. Nachtrages), konnte demzufolge auch noch kein Mietvertrag zwischen der ISG und der Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur abgeschlossen werden. Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers und der Antragstellerin kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass es nur mehr der "formellen Unterfertigung" des Mietvertrages bedürfe und demzufolge bereits grundsätzliche Einigung über die Finanzierung bestünde. Der Auftraggeber räumte nämlich in der mündlichen Verhandlung selbst ein, dass es in dem am 14. Oktober 2010 zwischen der ISG und dem Ministerium erfolgtem Abschlussgespräch noch "punktuelle Veränderungen" über die abzuschließenden Mietverträge gegeben hätte. Offenkundig stellt sich somit der Hinweis des Auftraggebers vom 12. Oktober 2010, wonach "der Inhalt der Urkunden bereits zwischen den vertragsschließenden Teilen (Stadtgemeinde Ried, Republik Österreich und Auftraggeberin) akkordiert und beschlossen ist und es nur mehr formellen Unterfertigung bedarf", bereits am 14. Oktober 2010 in einem anderen Licht dar. Nachtrag zum Mietvertrag vom 22.10.1971 bzw. 16.2.1972 zwischen der Stadtgemeinde Ried im Innkreis und der Republik Österreich unter Beitritt der ISG sowie 3. Mietvertrag zwischen der ISG und der Republik Österreich) zwischen den vertragsschließenden Teilen - trotz offenkundig in Aussicht genommener formeller Vorsehung dafür vergleiche die Vertragsschablonen mitsamt vorgesehenen Fertigungen, OZ 19) - noch nicht abgeschlossen worden sind. Mangels noch nicht bestehendem Baurechtsvertrag, welcher der ISG ein Baurecht an der Liegenschaft EZ 2049 des Grundbuches 46149 Ried im Innkreis einräumen sollte und der damit einhergehenden Eigentumsübertragung der Gebäude vergleiche Paragraph 2, des abzuschließenden 6. Nachtrages), konnte demzufolge auch noch kein Mietvertrag zwischen der ISG und der Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur abgeschlossen werden. Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers und der Antragstellerin kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass es nur mehr der "formellen Unterfertigung" des Mietvertrages bedürfe und demzufolge bereits grundsätzliche Einigung über die Finanzierung bestünde. Der Auftraggeber räumte nämlich in der mündlichen Verhandlung selbst ein, dass es in dem am 14. Oktober 2010 zwischen der ISG und dem Ministerium erfolgtem Abschlussgespräch noch "punktuelle Veränderungen" über die abzuschließenden Mietverträge gegeben hätte. Offenkundig stellt sich somit der Hinweis des Auftraggebers vom 12. Oktober 2010, wonach "der Inhalt der Urkunden bereits zwischen den vertragsschließenden Teilen (Stadtgemeinde Ried, Republik Österreich und Auftraggeberin) akkordiert und beschlossen ist und es nur mehr formellen Unterfertigung bedarf", bereits am 14. Oktober 2010 in einem anderen Licht dar.

An dieser Einschätzung vermag auch nicht das seitens des Auftraggebers am 29. Oktober 2010 vorgelegte Schriftstück des bm:ukk vom 16. November 2007 (vgl. OZ 28) etwas ändern. Darin verpflichtet sich das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur lediglich, der Stadt Ried die gesamten Planungskosten zu ersetzen. Durch die Einschränkung "auch im Falle der Nichtdurchführung der beschriebenen Baumaßnahmen" wird überdies verdeutlicht, dass zum damaligen Zeitpunkt noch keineswegs absehbar war, das nunmehr antragsgegenständliche Vergabeverfahren überhaupt auszuschreiben (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 19 Abs 4 BVergG, wonach Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und Realisierungswettbewerbe nur dann durchzuführen sind, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen). An dieser Einschätzung vermag auch nicht das seitens des Auftraggebers am 29. Oktober 2010 vorgelegte Schriftstück des bm:ukk vom 16. November 2007 (vergleiche OZ 28) etwas ändern. Darin verpflichtet sich das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur lediglich, der Stadt Ried die gesamten Planungskosten zu ersetzen. Durch die Einschränkung "auch im Falle der Nichtdurchführung der beschriebenen Baumaßnahmen" wird überdies verdeutlicht, dass zum damaligen Zeitpunkt noch keineswegs absehbar war, das nunmehr antragsgegenständliche Vergabeverfahren überhaupt auszuschreiben (vergleiche in diesem Zusammenhang auch Paragraph 19, Absatz 4, BVergG, wonach Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und Realisierungswettbewerbe nur dann durchzuführen sind, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen).

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass ein lediglich in Aussicht genommener Mietvertrag, der im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens noch nicht abgeschlossen ist, nicht unter die Definition der "direkten" Subventionierung iSd § 3 Abs 2 BVergG subsumiert werden kann. Die Ausschreibung durch die ISG erfolgte also offenkundig zu einem (verfrühten) Zeitpunkt, im welchem noch nicht einmal absehbar war, ob der Bund tatsächlich die Kosten des Vergabeverfahrens überwiegend tragen könne. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass ein lediglich in Aussicht genommener Mietvertrag, der im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens noch nicht abgeschlossen ist, nicht unter die Definition der "direkten" Subventionierung iSd Paragraph 3, Absatz 2, BVergG subsumiert werden kann. Die Ausschreibung durch die ISG erfolgte also offenkundig zu einem (verfrühten) Zeitpunkt, im welchem noch nicht einmal absehbar war, ob der Bund tatsächlich die Kosten des Vergabeverfahrens überwiegend tragen könne.

Soweit die Antragstellerin auf die Entscheidung des OGH1 Ob 201/99m hinweist und offenbar verneint, dass gegenständlich der wahre öffentliche Auftraggeber der Bund sei, verkennt sie zunächst Wortlaut und Intention des BVergG 2006. Gemäß § 2 Z 8 BVergG ist Auftraggeber jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Die Materialien halten zu § 2 Z 8 fest, dass sich die Auftraggebereigenschaft allein danach richtet, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll (RV 1171 BlgNR 22. GP 12). Auch nach der Rechtsprechung wird unter Prüfung der konkreten Ausschreibungs- und Vertragsunterlagen darauf abgestellt, wer zivilrechtlicher Vertragspartner des Schuldners der Leistung werden soll (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 127 mwN). Auch bei ausgeprägten Mitwirkungsrechten eines anderen öffentlichen Auftraggebers ist Auftraggeber eines Vergabeverfahrens nur derjenige, der den Auftrag im eigenen Namen erteilt oder zu erteilen beabsichtigt und Eigentümer der beschafften Leistung wird (VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215, in ZVB 2002, 150 [mit Anm. Denk]; siehe dazu auch umfassend BVA 7.8.2007, N/0065-BVA/15/2007-75). Dass aber im gegenständlichen Vergabeverfahren ausschließlich die ISG Vertragspartner werden soll, ergibt sich unzweifelhaft aus den Vergabeunterlagen und wurde auch vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Soweit die Antragstellerin auf die Entscheidung des OGH1 Ob 201/99m hinweist und offenbar verneint, dass gegenständlich der wahre öffentliche Auftraggeber der Bund sei, verkennt sie zunächst Wortlaut und Intention des BVergG 2006. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist Auftraggeber jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Die Materialien halten zu Paragraph 2, Ziffer 8, fest, dass sich die Auftraggebereigenschaft allein danach richtet, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 12). Auch nach der Rechtsprechung wird unter Prüfung der konkreten Ausschreibungs- und Vertragsunterlagen darauf abgestellt, wer zivilrechtlicher Vertragspartner des Schuldners der Leistung werden soll (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 127 mwN). Auch bei ausgeprägten Mitwirkungsrechten eines anderen öffentlichen Auftraggebers ist Auftraggeber eines Vergabeverfahrens nur derjenige, der den Auftrag im eigenen Namen erteilt oder zu erteilen beabsichtigt und Eigentümer der beschafften Leistung wird (VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215, in ZVB 2002, 150 [mit Anmerkung Denk]; siehe dazu auch umfassend BVA 7.8.2007, N/0065-BVA/15/2007-75). Dass aber im gegenständlichen Vergabeverfahren

ausschließlich die ISG Vertragspartner werden soll, ergibt sich unzweifelhaft aus den Vergabeunterlagen und wurde auch vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

Soweit die Antragstellerin auf die Gefahr allfälliger Umgehungsabsichten öffentlicher Auftraggeber hinweist, ist zunächst anzumerken, dass das gegenständliche Vergabeverfahren seitens der ISG ohnedies nach dem BVergG 2006 ausgeschrieben wurde, womit aber eine Umgehungsgefahr nicht zu erkennen ist. Fälschlicherweise wurde in den Ausschreibungsunterlagen von der Zuständigkeit des BVA ausgegangen. Eine derartige Festlegung ist jedoch nicht geeignet, die Zuständigkeit des BVA zu begründen. Gemäß § 6 Abs 1 AVG hat nämlich die Behörde ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen. Gemäß Abs 2 leg cit kann durch Vereinbarung der Parteien die Zuständigkeit der Behörde weder begründet noch geändert werden (siehe dazu grundlegend BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78, N/0100-BVA/09/2008-18, in RPA 2008, 284 [Estermann]); ähnlich auch schon VKS Wien 8.2.2007, VKS-3453/06). Soweit die Antragstellerin auf die Gefahr allfälliger Umgehungsabsichten öffentlicher Auftraggeber hinweist, ist zunächst anzumerken, dass das gegenständliche Vergabeverfahren seitens der ISG ohnedies nach dem BVergG 2006 ausgeschrieben wurde, womit aber eine Umgehungsgefahr nicht zu erkennen ist. Fälschlicherweise wurde in den Ausschreibungsunterlagen von der Zuständigkeit des BVA ausgegangen. Eine derartige Festlegung ist jedoch nicht geeignet, die Zuständigkeit des BVA zu begründen. Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, AVG hat nämlich die Behörde ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen. Gemäß Absatz 2, leg cit kann durch Vereinbarung der Parteien die Zuständigkeit der Behörde weder begründet noch geändert werden (siehe dazu grundlegend BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78, N/0100-BVA/09/2008-18, in RPA 2008, 284 [Estermann]; ähnlich auch schon VKS Wien 8.2.2007, VKS-3453/06).

Folgte man im Übrigen den (noch nicht abgeschlossenen) einschlägigen Bestimmungen im Mietvertrag, so wäre insbesondere Pkt 7.6. zu beachten gewesen, wonach "die Vergaben und Zuschläge von der ISG nur nach schriftlicher Zustimmung des Bundes vorgenommen werden dürfen". Entgegen der Rechtsansicht des Auftraggebers, wonach unter "Vergaben" und "Zuschläge" nur die "Zuschlagserteilung" iSd BVergG (vgl. die Legaldefinition des § 2 Z 50 BVergG) gemeint wäre, kann die Formulierung in Pkt. 7.6. des abzuschließenden Mietvertrages nur dahingehend ausgelegt werden, dass der Bund bereits in jedes auszuschreibende Projekt von Anfang an nachvollziehbar einzubeziehen ist. Lediglich mündlich erfolgte Zustimmungen zu Bekanntmachungen bzw Zuschlagsentscheidungen vermögen dieser in Aussicht genommenen Bestimmung (Pkt. 7.6. sieht ausdrücklich die schriftliche Zustimmung des Bundes vor) nicht zu entsprechen. Folgte man im Übrigen den (noch nicht abgeschlossenen) einschlägigen Bestimmungen im Mietvertrag, so wäre insbesondere Pkt 7.6. zu beachten gewesen, wonach "die Vergaben und Zuschläge von der ISG nur nach schriftlicher Zustimmung des Bundes vorgenommen werden dürfen". Entgegen der Rechtsansicht des Auftraggebers, wonach unter "Vergaben" und "Zuschläge" nur die "Zuschlagserteilung" iSd BVergG vergleiche die Legaldefinition des Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG) gemeint wäre, kann die Formulierung in Pkt. 7.6. des abzuschließenden Mietvertrages nur dahingehend ausgelegt werden, dass der Bund bereits in jedes auszuschreibende Projekt von Anfang an nachvollziehbar einzubeziehen ist. Lediglich mündlich erfolgte Zustimmungen zu Bekanntmachungen bzw Zuschlagsentscheidungen vermögen dieser in Aussicht genommenen Bestimmung (Pkt. 7.6. sieht ausdrücklich die schriftliche Zustimmung des Bundes vor) nicht zu entsprechen.

Zu Spruch Punkt 2:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Infolge Zurückweisung des Nachprüfungsantrages, ist die Antragstellerin nicht obsiegende Partei, womit aber weder ein Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag, noch ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht (vgl. Abs 2). Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Infolge Zurückweisung des Nachprüfungsantrages, ist die Antragstellerin nicht obsiegende Partei, womit aber weder ein Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag, noch ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht vergleiche Absatz 2,).

Schlagworte

Ausschreibung, öffentlicher Auftraggeber, Zuständigkeit, direkte Subventionierung, Rechtsschutz;

Zuletzt aktualisiert am

19.01.2011

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