

TE Verg Bescheid 2009/4/24 N/0012-BVA/02/2009-31

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.04.2009

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1 Vereinsgesetz

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Bauvorhaben Sanierung Schülerinternat Bad Leonfelden Großküche", des V(ereins), vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. März 2009, im Bundesvergabeamt eingelangt am 3. März 2009, verbessert eingebracht am 5. März 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Bauvorhaben Sanierung Schülerinternat Bad Leonfelden Großküche", des V(ereins), vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. März 2009, im Bundesvergabeamt eingelangt am 3. März 2009, verbessert eingebracht am 5. März 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Die Anträge, gerichtet auf die Nichtigerklärung der Entscheidungen des Auftraggebers "1. das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, 2. das Vergabeverfahren nicht für nichtig zu erklären, sondern 3., den Zuschlag auf das Angebot der Firma GPM zu erteilen", werden zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag, dem "Auftraggeber den Ersatz von EUR 3.750,00 Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwange an die Antragstellerin aufzuerlegen", wird abgewiesen.

Begründung

Die Bekanntmachung des gegenständlichen Auftrages erfolgte am 13.11.2008 in der "Amtlichen Linzer Zeitung - Amtsblatt für Oberösterreich", Rubrik "Öffentliche Ausschreibung". Laut Inserat ist Auftraggeber das V***, und ausschreibende Stelle die B***. Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Die Angebotsöffnung fand am 9.12.2008 statt. Mit elektronischer Mitteilung vom 23.2.2009 verständigte die ausschreibende Stelle die Antragstellerin, dass ihr Angebot wegen Unvollständigkeit ausgeschieden werde.

Mit Schriftsatz vom 2.3.2009, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 3.3.2009, (verbessert eingebracht am 5.3.2009), stellte die A***, vertreten durch Y*** (im Folgenden Antragstellerin), Anträge wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Akteneinsicht und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10.3.2009, GZ N/0012- BVA/02/2009-EV12, insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, im Vergabeverfahren "Bauvorhaben Sanierung Schülerinternat Bad Leonfelden Großküche" den Zuschlag zu erteilen.

Im verfahrenseinleitenden Schriftsatz führte die Antragstellerin begründend im Wesentlichen aus, dass das Verhalten des Auftraggebers mit den tragenden Vergaberechtsgrundsätzen unvereinbar sei. Die Antragstellerin habe ein vollständiges Angebot abgegeben und die gestellte Aufgabe durch die Kombination von 2 Maschinen, die jedoch selbständig betrieben würden, ausschreibungsgemäß erfüllt. Das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, stelle eine grobe Diskriminierung dar.

Die Ausschreibungsunterlagen seien von der Zweitbieterin, der Firma GPM, maßgeblich mitbestimmt worden. Das Leistungsverzeichnis folge vollständig den von der Zweitbieterin stammenden Plänen und der "intellektuelle" Inhalt der Ausschreibung werde damit zur Gänze von dieser bestimmt. Die Verfassung der gesamten Ausschreibungsunterlagen durch einen Mitbewerber verstoße dermaßen gegen tragende wettbewerbliche Grundsätze, dass eine Heilung nur entweder mit dem Zuschlag an die Antragstellerin oder mit dem gänzlichen Widerruf der Ausschreibung möglich sei. Eine derartige Wettbewerbsverzerrung dürfe nicht dadurch vollendet werden, dass die erfolgreiche Erstbieterin ausgeschieden werde. Außerdem seien die Angaben zu den Zuschlagskriterien - die gesetzlich und richtliniengemäß erforderliche Bieterantizipationsmöglichkeit sei nicht gegeben - ungeeignet, einen Bestbieter zu ermitteln.

Die Antragstellerin habe bei der öffentlichen Ausschreibung des Auftraggebers mitgeboten und habe das günstigste Angebot gelegt. Sie erachte sich in ihren Rechten auf Erteilung des Zuschlags, auf ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, auf eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, auf Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, der Beachtung der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber, auf Einhaltung der Bestimmungen über die Vergabe von Leistungen und Teilleistungen, auf Geheimhaltung, auf Verhandlungen über den gesamten Angebotsinhalt, auf sachgerechte Entscheidung des Auftraggebers zu Vorschlägen über den gesamten Inhalt des Verhandlungsverfahrens, auf Ausscheidung ausschreibungswidriger Konkurrenzofferte und auf Nichteinladung ungeeigneter Bieter, verletzt.

Der Antragstellerin drohe ein Schaden aus dem Entgang einer Referenz und aus dem Verlust der Aufwendungen für die Angebotsbearbeitung und für die Teilnahme am Vergabeverfahren von insgesamt Euro 28.000. Es entgehe ihr weiters das Erfüllungsinteresse von wenigstens Euro 100.000,--.

Mit Telefax-Mitteilung vom 3.3.2009 legte der V*** (im Folgenden Verein) zunächst die Zusagen des Bundes in der Höhe von insgesamt XXXXXX sowie des Landes Oberösterreich in Höhe von insgesamt Euro XXXXXX (vgl. Beilage zu OZ 4, 6. Nachtrag vom 14.11.2008; Übereinkommen vom 25.4.2008) über nicht rückzahlbare Förderungen betreffend die Finanzierung des verfahrensgegenständlichen Bauvorhabens sowie eine Kopie der Vereinssatzungen in der Fassung laut Beschluss der Vollversammlung vom 12.11.2003 vor. Soweit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren relevant, legen diese Satzungen auszugsweise fest wie folgt: Mit Telefax-Mitteilung vom 3.3.2009 legte der V*** (im Folgenden Verein) zunächst die Zusagen des Bundes in der Höhe von insgesamt XXXXXX sowie des Landes Oberösterreich in Höhe von insgesamt Euro XXXXXX vergleiche Beilage zu OZ 4, 6. Nachtrag vom 14.11.2008;

Übereinkommen vom 25.4.2008) über nicht rückzahlbare Förderungen betreffend die Finanzierung des verfahrensgegenständlichen Bauvorhabens sowie eine Kopie der Vereinssatzungen in der Fassung laut Beschluss der Vollversammlung vom 12.11.2003 vor. Soweit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren relevant, legen diese Satzungen auszugsweise fest wie folgt:

"§ 1 Name, Sitz und Tätigkeit des Vereines

...

1.2 Das V ist ein überparteilicher, nicht auf Gewinn ausgerichteter Verein, der seine Tätigkeit nach dem Grundsatz der Gemeinnützigkeit im Sinne des § 34 ff der Bundesabgabenordnung und gemäß Studentenheimgesetz 1986 in der jeweils gültigen Fassung ausübt. 1.2 Das römisch fünf ist ein überparteilicher, nicht auf Gewinn ausgerichteter Verein, der seine Tätigkeit nach dem Grundsatz der Gemeinnützigkeit im Sinne des Paragraph 34, ff der Bundesabgabenordnung und gemäß Studentenheimgesetz 1986 in der jeweils gültigen Fassung ausübt.

§ 2 Zweck des Vereines Paragraph 2, Zweck des Vereines

2.1 Der Zweck des Vereines ist insbesondere die Herausbildung eines qualifizierten Nachwuchses für die oö Wirtschaft nach den Grundsätzen der christlichen Weltanschauung und der sozialen Marktwirtschaft.

2.2 Die Förderung und Unterstützung begabter Schüler und Studenten aus Oberösterreich an Universitäten, Hochschulen, Fachbereichsschulen, Akademien, berufsausbildenden höheren Lehranstalten und diesen gleichzustellenden Einrichtungen, die nach Abschluss ihr Wissen und Können der oberösterreichischen Wirtschaft zur Verfügung stellen sollen.

2.3 Die Förderung von Schülern und Studierenden aus Oberösterreich, die zur Weiterbildung an Europäischen oder sonstigen internationalen Wissenschafts- und Studienaustauschprogrammen und Ausbildungen teilnehmen.

§ 3 Mittel zur Erreichung des Vereinszweckes Paragraph 3, Mittel zur Erreichung des Vereinszweckes

Zur Erlangung des Satzungszweckes dienen folgende ideelle Mittel:

3.1 Erwerb, Errichtung Ausgestaltung und Betrieb von Studentenheimen, Schülerinternaten und sonstigen Unterbringungsmöglichkeiten.

3.2 Führung von Internatsküchen, Studentenmensen und sonstigen Einrichtungen die dem Vereinszweck dienen.

3.3 Führung von Einrichtungen zur Betreuung von Gästen der Universitäten, Hochschulen, und sonstigen Lehranstalten.

3.4 Abhaltung von Vorträgen, Lehrgängen, Kursen, Seminaren, Versammlungen, und Tagungen, sowie Beschaffung geeigneter Bildungsmittel.

3.5 Herausgabe von Druckschriften, Rundschreiben fachlicher und allgemeiner Art, von Vereinszeitschriften, Postschriften und Chroniken.

3.6 Erwerb, Errichtung, Ausgestaltung und Betrieb von Sportstätten, sonstiger Freizeiteinrichtungen oder sportmedizinischer und gesundheitsfördernder Einrichtungen, welche im Zusammenhang mit Heimen und Internaten oder dem gemeinnützigen, ehrenamtlich geführten Sport betrieben werden.

3.7 Beteiligung an anderen Vereinen und an Kapitalgesellschaften, die den gleichen oder ähnlichen Zweck wie der Verein verfolgen.

3.8 Vergabe von Stipendien und Förderungen an Schüler und Studierende zur Erreichung ihrer Ausbildungsziele nach den jeweils gültigen Richtlinien des Vereines.

Die Bewerber müssen die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, in Oberösterreich ihren ordentlichen Wohnsitz haben, ihre Bedürftigkeit und einen guten Studienerfolg nachweisen können und bereit sein, nach Abschluss ihres Studiums oder der Berufsausbildung im Sinne der Zielsetzung des Vereines ihr durch die Ausbildung erworbenes Wissen und Können der oö. Wirtschaft zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus können auch Teilnehmer internationaler Studenten- und Wissenschaftsaustauschprogramme und wissenschaftlicher Partnerschaften gefördert werden. Die Förderung kann in Form von regelmäßigen Stipendien oder fallweisen Beihilfen erfolgen. Bewerbern steht ein Rechtsanspruch auf Unterstützung nicht zu.

§ 4 Aufbringung der MittelParagraph 4, Aufbringung der Mittel

Der Vereinszweck soll durch folgende materielle Mittel erreicht werden:

4.1 Ordentliche und außerordentliche Beiträge und Gebühren der Mitglieder und Förderer

4.2 Einnahmen aus der Vergabe von Internats- und Heimplätzen, dem Betrieb von Mensen oder sonstigen Einnahmen aus Betrieben und Sportstätten, die dem Vereinszweck dienen.

4.3 Einnahmen aus Veranstaltungen aller Art oder aus Beteiligungen bei Veranstaltungen, Vereinen und Kapitalgesellschaften, soweit sie nicht die Gemeinnützigkeit verletzen.

4.4 Subventionen und Förderungen aus öffentlichen Mitteln und solcher der Bundessportförderung besonderen Art.

4.5 Einnahmen aus Vermietungen und Verpachtungen, dem Betrieb von gesundheitsfördernden oder sportmedizinischen Einrichtungen, sowie sonstige Einnahmen, die dem Vereinszweck dienen.4.4 Subventionen und Förderungen aus öffentlichen Mitteln und solcher der Bundessportförderung besonderen Artikel 4 Punkt 5, Einnahmen aus Vermietungen und Verpachtungen, dem Betrieb von gesundheitsfördernden oder sportmedizinischen Einrichtungen, sowie sonstige Einnahmen, die dem Vereinszweck dienen.

4.6 Einträge aus Druckschriften jeglicher Art. 4.7 Spenden, Werbe- und Sponsorenbeiträge, Vermächtnisse, sowie sonstige Zuwendungen.4.6 Einträge aus Druckschriften jeglicher Artikel 4 Punkt 7, Spenden, Werbe- und Sponsorenbeiträge, Vermächtnisse, sowie sonstige Zuwendungen.

§ 5 Mitglieder des Vereins und Erwerb der MitgliedschaftParagraph 5, Mitglieder des Vereins und Erwerb der Mitgliedschaft

5.1 Arten der Mitglieder:

1. a)Litera a
Mitglieder
2. b)Litera b
Förderer

5.2 Mitglieder können Absolventen von Universitäten und Hochschulen werden, die in Oberösterreich beruflich tätig sind und im Bundesland Oberösterreich ihren Wohnsitz haben.

5.3 Förderer sind physische und juristische Personen, Standes- und Interessenvertretungen oder sonstige Institutionen oder Vereine, welche durch jährliche finanzielle Zuwendungen den Verein bei der Erreichung der Vereinsziele unterstützen.

5.4 Die Aufnahme erfolgt aufgrund eines Auftrages oder einer Beitrittserklärung, mit welcher die jeweils gültigen Vereinssatzungen anerkannt werden.

5.5 Über die Aufnahme entscheidet der Vorstand endgültig. Die Aufnahme kann ohne Angabe von Gründen verweigert werden.

5.6 Die Mitgliedschaft beginnt mit der Eintragung in das Vereinsverzeichnis.

5.7 Ordentliche, stimmberechtigte Mitglieder, sind jene Mitglieder, welche die Satzungen des Vereines anerkannt haben und in das Vereinsverzeichnis aufgenommen wurden und alle Verpflichtungen, einschließlich der finanziellen Beiträge, erfüllt haben.

...

§ 8 VereinsorganeParagraph 8, Vereinsorgane

8.1 Die Organe des Vereines sind:

1. a)Litera a
Vollversammlung (Mitglieder - Versammlung)
2. b)Litera b
Vorstand
3. c)Litera c
Kuratorium

4. d)Litera d
Rechnungsprüfer
5. e)Litera e
Schiedsgericht

...

§9 Vollversammlung

9.1 ... steht die höchste Entscheidung in Vereinsangelegenheiten

zu. Hierzu zählen insbesondere:

...

b) ... Genehmigung der Rechenschaftsberichte der Funktionäre und Rechnungsprüfer.

1. c)Litera c
Bestellung, Entlastung und Enthebung des Vorstandes

...

9.4 Teilnahmberechtigt sind alle stimmberechtigten ordentlichen Vereinsmitglieder.

...

§ 10 VorstandParagraph 10, Vorstand

10.1 Der Vorstand ist das geschäftsführende Organ des Vereines.

10.2 Die Mitglieder des Vorstandes sind:

a) der Obmann und sein(e) Stellvertreter

...

10.3 Der Vorstand wird aus dem Kreis der Mitglieder durch die Vollversammlung gewählt.

...

§ 11 Aufgaben des VorstandesParagraph 11, Aufgaben des Vorstandes

11.1 Der Aufgabenbereich des Vorstandes erstreckt sich auf alle Angelegenheiten des Vereines, soweit sie nicht ausdrücklich dem Kuratorium oder der Vollversammlung vorbehalten sind. Insbesondere gehört zu seinen Obliegenheiten:

1. a)Litera a
Erstellung aller Voranschläge und Abrechnungen.
2. b)Litera b
Abfassung aller Rechenschaftsberichte und der Rechnungsabschlüsse.
3. c)Litera c
Vorbereitung der Vollversammlung.
4. d)Litera d
Einberufung der ordentlichen und außerordentlichen Vollversammlung.
5. e)Litera e
Gesamtverwaltung des Vereinsvermögens.
6. f)Litera f
Beratung und Beschlussfassung der Geschäftsverteilung (mit Aufgabenverteilung).
7. g)Litera g
Vergabe von Stipendien und Beihilfen.
8. h)Litera h
Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers.
9. i)Litera i
Beschlussfassung über besondere Ehrungen.

10. j)Litera j

Einrichtung und Auflassung von Ausschüssen.

...

§ 12 AusschüsseParagraph 12, Ausschüsse

12.1 Zur Unterstützung bei der Durchführung der Aufgaben des Vorstandes ... können Ausschüsse durch den Vorstand eingesetzt werden. Die Vorsitzenden werden vom Vorstand aus dem Kreis der Mitglieder bestellt.

Die Zahl der Ausschussmitglieder und der Aufgabenbereich werden vom Vorstand festgelegt. Die Beratungsergebnisse sind dem Vorstand vorzulegen.

12.2 Insbesondere können folgende Ausschüsse bestellt werden:

1. a)Litera a
Verwaltungsausschuss
2. b)Litera b
Heim- und Internatsausschüsse

...

§ 13 Die Vertretung des VereinesParagraph 13, Die Vertretung des Vereines

13.1 Der Verein wird nach außen vom Obmann oder durch einen seiner Stellvertreter vertreten.

...

13.2 Zur Durchführung von Projekten oder für die Besorgung der Angelegenheiten des laufenden Betriebes im Zahlungsverkehr der Heime, Internate und der sonstigen Einrichtungen kann vom Vorstand einem ordentlichen Mitglied oder dem Geschäftsführer die Einzelzeichnungs-berechtigung erteilt werden und der Geschäftsführer ist zur Entgegennahme aller beim Verein eingelangten Sendungen berechtigt.

...

§ 14 Das KuratoriumParagraph 14, Das Kuratorium

14.1 Das Kuratorium besteht aus zehn bis zwanzig Personen aus dem Kreis der Mitglieder und Förderer. Der Vorsitzende, der Stellvertreter und die Mitglieder des Kuratoriums werden von der Vollversammlung gewählt.

Sie dürfen nicht gleichzeitig dem Vorstand angehören.

...

14.5 Aufgabe des Kuratoriums ist es, die Zielsetzung des Vereins zu fördern ...

Es ist berechtigt, vom Vorstand oder der Geschäftsführung einen Bericht über die Vereinstätigkeit zu verlangen.

...

§ 15 Die Geschäftsführung (das Büro)Paragraph 15, Die Geschäftsführung (das Büro)

15.1 Die unmittelbare Durchführung der Aufgaben des Vereins nach Gesetz, Satzungen und den Beschlüssen der Vereinsorgane, sowie nach den Weisungen des Obmannes obliegt dem Büro des Vereines.

15.2 Der Geschäftsführer des Vereins ist als Vorgesetzter aller Bediensteten für die ordnungsgemäße Führung der Bürogeschäfte im Rahmen der Bestimmungen des Absatzes 15.1 verantwortlich

...

§ 16 Geschäftsverteilung (Aufgabenverteilung)Paragraph 16, Geschäftsverteilung (Aufgabenverteilung)

16.1 Für den Verein, die Organe, Ausschüsse, die Funktionäre und leitenden Mitarbeiter findet die jeweils vom Vorstand beschlossene Geschäftsverteilung (Aufgabenverteilung) Anwendung.

§ 17 RechnungsprüferParagraph 17, Rechnungsprüfer

17.1 Die Rechnungsprüfer müssen ordentliche, stimmberechtigte Vereinsmitglieder sein und dürfen keine andere Vereinsfunktionen ausüben.

...

§ 18 Schiedsgericht Paragraph 18, Schiedsgericht

18.1 ...Streitigkeiten innerhalb des Vereins ist ein Schiedsgericht zu bilden, ... Den Vorsitz führt ein überparteilicher Vorsitzender, welcher aus dem Kreise der Vereinsmitglieder von den Vertretern der Parteien mit Stimmenmehrheit zu wählen....Gegen die Beschlüsse kann binnen vier Wochen eine Beschwerde an die Vollversammlung gerichtet werden, welche endgültig entscheidet...."

Mit Schriftsatz vom 5.3.2009 machte der Verein diverse allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren und teilte ua. mit, dass die Bestbieterermittlung noch ausstehe und weder eine Zuschlags-, noch eine Widerrufsentscheidung oder ein Widerruf erfolgt seien. Zu den erhaltenen Finanzmitteln übermittelte der Verein eine Aufstellung über "Förderungen und Subventionen V*** 2006-2008" und führte erläuternd aus, dass seitens des Bundes und des Landes OÖ vor allem Bauten und Sanierungen von entsprechenden Gebäuden subventioniert würden. Bei Studentenheimen überwiege der Mittelzuschuss des Bundes leicht gegenüber jenem des Landes, bei Schülerinternaten sei dies umgekehrt. Der laufende Betrieb werde fast zur Gänze aus den Benutzungsentgelten der Bewohner bestritten. Bei den Schülerinternaten mache die Betriebssubvention seitens des Landes OÖ lediglich 3,4% der Gesamtbetriebseinnahmen aus.

Mit Stellungnahme vom 6.3.2009 führte der Verein, nunmehr vertreten durch X***, zum Antragsvorbringen im Wesentlichen aus, dass in keinem Stadium des Vergabeverfahrens eine Rechts- oder Verfahrensverletzung begangen worden sei. Die Behauptung der Antragstellerin, die Ausschreibungsunterlagen seien von der C*** maßgeblich mitbestimmt worden, sei unrichtig und entbehre jeglicher Grundlage. Bei der Kritik an den Zuschlagskriterien handle es sich mangels rechtzeitigen Einspruchs um einen rechtlich untauglichen Versuch.

Die Antragstellerin sei nicht antragslegitimiert. Bieter des Vergabeverfahrens sei die Aa***. Die Antragstellerin sei zwar ein Unternehmen namens "A****", rechtlich handle es sich jedoch um eine völlig andere Gesellschaft, also ein anderes Rechtsobjekt, nämlich um die A***. Dem vorgelegten Firmenbuchauszug des Handelsgerichtes Wien (Firmenbuchnummer 240313b) sei zu entnehmen, dass die Aa*** unbeschränkt haftender Gesellschafter der KG "Ab***" sei und somit nicht die Antragstellerin aus Deutschland.

In den Einreichunterlagen des Bieters "Aa***" liege ein nicht behebbares Formgebrechen vor. Bei dem von jedem Bewerber auszufüllenden ca. 115 Seiten umfassenden Kompendium fehle die Seite 98 mit der genauen Typenbezeichnung und Kalkulation einer Industrie-Kaffeemaschine. Dieser Mangel sei vom Bieter nicht binnen Angebotsfrist behoben worden. Das Angebotsschreiben sei formell falsch ausgefüllt, auf Seite 2 fehle es zB an der Kalkulation für anteiligen Lohn, Bruttomittelohnpreis und kollektivvertragliche Stundenlänge. Dieser Formmangel sei ebenfalls nicht binnen Angebotsfrist behoben worden. Die Aa*** habe somit kein vollständiges Angebot abgegeben. Die fehlende Seite 98 sei erst nach dem Ende der Angebotsfrist am 24.2.2009 per E-Mail nachgereicht worden. Da es sich um ein Kombinationsgerät und nicht um zwei separate Geräte handle, stelle diese verfristete Nachreichung ein Alternativangebot zum ausgeschriebenen Angebot dar.

Zur Frage der Antragslegitimation replizierte die Antragstellerin mit Äußerung vom 13.03.2009, dass die "Aa***" existiere und diese eine Betriebsstätte in Österreich mit der Adresse Herziggasse 9, 1230 Wien, unterhalte. Dieses Unternehmen sei sowohl Bieter als auch Antragstellerin, also antragslegitimiert. Daneben existiere noch ein anderes Rechtsobjekt, nämlich die "Ab***". Dieses Unternehmen beschäftige sich mit Wäschereitechnik, jenes der Antragstellerin mit Großküchen. Eine Unterscheidung der beiden Unternehmungen sei daher sowohl im Hinblick auf den gänzlich unterschiedlichen Gegenstand, als auch auf den Firmenwortlaut und auf den Sitz der Unternehmungen gegeben. Hiezu legte die Antragstellerin eine beglaubigte Abschrift des Gesellschaftsvertrages der "A****" vom März 2008 sowie eine Bescheinigung des Finanzamtes Wien vom Jänner 2009 über das Vorliegen einer Betriebsstätte vor.

Mit Schriftsatz vom 16.03.2009 erhob die C***, vertreten durch Z***, begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVergG. Mit Schriftsatz vom 16.03.2009 erhob die C***, vertreten durch Z***, begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG.

Mit Telefax-Mitteilungen vom 17.03.2009 übermittelte der Verein dem Bundesvergabeamt eine Tabelle über die Betriebseinnahmen für die Jahre 2004 bis 2007, eine Vorschau auf 2008 sowie den Jahresabschluss 2007 des V per 31.12.2007 samt diesbezüglichen Abschlussbericht des Wirtschaftsprüfers, Dr. Moser vom Mai 2008. Mit Telefax-

Mitteilungen vom 17.03.2009 übermittelte der Verein dem Bundesvergabeamt eine Tabelle über die Betriebseinnahmen für die Jahre 2004 bis 2007, eine Vorschau auf 2008 sowie den Jahresabschluss 2007 des römisch fünf per 31.12.2007 samt diesbezüglichen Abschlussbericht des Wirtschaftsprüfers, Dr. Moser vom Mai 2008.

In der mündlichen Verhandlung am 26.03.2009 legte der Geschäftsführer des Vereins, die mit Sitzung des Vorstandes vom 12.11.2003 genehmigte Geschäftsverteilung des Vereins vor und gab an, dass es Hauptzweck und -tätigkeit des Vereins sei, Wohnmöglichkeiten und Infrastruktur (Mensen, Sportstätten) für Studenten und Schüler zur Verfügung zu stellen. Bei der auch erfolgenden Stipendienvergabe seien die Volumina im Vergleich zum Gesamtbudget von untergeordneter Bedeutung. Zu den Vereinsmitteln seien zu zählen: Benutzungsentgelte für Zimmer und Sportstätten, Umsatzerlöse der Mensen, Landessubventionen für den laufenden Betrieb der Schülerinternate im Ausmaß vom 3 - 3,5 % der Gesamtbetriebseinnahmen sowie Bausubventionen für diverse Projekte. Die überwiegenden Vereinsmittel basierten auf Benutzungsentgelten für die Unterbringung der Studenten. Die Subventionen beliefen sich im Ergebnis in Prozenten für das Jahr 2004 auf gesamt 36,7%, für das Jahr 2005 auf gesamt 28,58%, für das Jahr 2006 auf gesamt 22,9%, für das Jahr 2007 auf gesamt 20,2% und für das Jahr 2008 auf gesamt 37,8% der Betriebsgesamteinnahmen.

Die in der Einnahmen- und Ausgabenrechnung 2007 genannten Gesamtbetriebssubventionen rekrutierten sich ausschließlich vom Land OÖ. Die Gesamtsumme an Bausubventionen stamme sowohl vom Land OÖ, als auch vom Bund, von der Wirtschaftskammer OÖ und den Bundesländern Vorarlberg, NÖ und Burgenland. Diese finanziellen Zuwendungen erhalte der Verein für einzelne Bauvorhaben. Der Verein nehme vorab eine detaillierte Schätzung der erforderlichen Mittel vor und trete dann an die beiden Gebietskörperschaften (gemeint Bund und Land OÖ) heran. Im konkreten verfahrensgegenständlichen Projekt erhalte der Verein seitens des Landes 30% und seitens des Bundes 25% an Fördermitteln. Entsprechend den Vereinbarungen würden diese Subventionen von Bund und Land - über mehrere Jahre aufgeteilt - dem Verein ausbezahlt. Der Mittelzufluss erstrecke sich in der Regel auf mindestens 5 Jahre. Die Position "Subventionen" in der Einnahmen- und Ausgabenrechnung enthalte die infolge der jährlichen Zahlung im jeweiligen Geschäftsjahr dem Verein tatsächlich zufließende Finanzierung.

Indirekte Subventionen durch Zinsvorteile bei Wohnbauförderungsdarlehen würden bei Wohnbauförderungsmitteln von jährlich Euro XXXXXX Mio. im Jahr 2007 etwa 2% ausmachen. Für den Fall einer Insolvenz gäbe es keinerlei Ausfallhaftungen oder Garantien Dritter. Vereinsmitglieder seien ausschließlich natürliche Personen; deren Haftung entspreche dem Vereinsgesetz und den Vereinstatuten. Der Verein schreibe jährlich Gewinne in geringem Umfang. Im Regelfall sei es ihm möglich, die Wohnbauförderungsdarlehen im Ergebnis über 30 - 32 Jahre zu tilgen. Die Wohnbauförderungsmittel des Landes seien grundbücherlich sichergestellt; gleichzeitig werde ein Veräußerungsverbot zugunsten des Landes intabuliert. Bislang habe es keine Stundungen von diversen Landesdarlehen gegeben. Es seien keine Landesdarlehen erlassen worden. Im Insolvenzfall könnten die gegebenen Mittel aus der Masse befriedigt werden.

Das Land OÖ habe das im Übereinkommen enthaltene Recht auf Einsicht in die Berechnungsgrundlagen für die Heimbewohnungsgebühr bislang nicht ausgeübt. Hinsichtlich der Kontrolle der zweckgebundenen Verwendung der Fördermittel erhalte das Land OÖ durch Vorlage der konkreten Bauabrechnungen Gelegenheit zur Einschau. Es sei üblich, dass sich das Land im Zuge der Mittelanforderung über die zweckgebundene Verwendung der Fördermittel informiere. In den letzten 10 Jahren hätten keine Revisionen stattgefunden. Auf Anfrage des Vereins habe der Bund darauf verzichtet, sich - wie im Vertrag zwischen V und Bund unter Punkt III vorgesehen - den Betriebsabrechnungsbogen jährlich vorlegen zu lassen. Seitens des WIFI OÖ gäbe es keinerlei diesbezügliche Vereinbarungen über Einsichts- oder Offenlegungsrechte. Die sonstigen Förderungsgeber, wie z.B. das Land NÖ hätten als Gegenleistung die Garantie für einige Heimplätze erhalten. Neben den genannten Einsichtsrechten des Bundes oder des Landes OÖ betreffend die zweckgebundene Verwendung von Fördermitteln gäbe es keinerlei weitere Einsichts- oder Aufsichtsrechte. Das Land OÖ habe das im Übereinkommen enthaltene Recht auf Einsicht in die Berechnungsgrundlagen für die Heimbewohnungsgebühr bislang nicht ausgeübt. Hinsichtlich der Kontrolle der zweckgebundenen Verwendung der Fördermittel erhalte das Land OÖ durch Vorlage der konkreten Bauabrechnungen Gelegenheit zur Einschau. Es sei üblich, dass sich das Land im Zuge der Mittelanforderung über die zweckgebundene Verwendung der Fördermittel informiere. In den letzten 10 Jahren hätten keine Revisionen stattgefunden. Auf Anfrage des Vereins habe der Bund darauf verzichtet, sich - wie im Vertrag zwischen römisch fünf und Bund unter Punkt römisch drei vorgesehen - den Betriebsabrechnungsbogen jährlich vorlegen zu lassen. Seitens des WIFI OÖ gäbe es keinerlei diesbezügliche Vereinbarungen über Einsichts- oder Offenlegungsrechte. Die sonstigen

Förderungsgeber, wie z.B. das Land NÖ hätten als Gegenleistung die Garantie für einige Heimplätze erhalten. Neben den genannten Einsichtsrechten des Bundes oder des Landes OÖ betreffend die zweckgebundene Verwendung von Fördermitteln gäbe es keinerlei weitere Einsichts- oder Aufsichtsrechte.

Mit Schriftsatz vom 30.3.2009 brachte die Antragstellerin zur Eigenschaft des Vereins als öffentlicher Auftraggeber insbesondere vor, dass sich aus dem Grundbuch ergebe, dass eine massive öffentliche Förderung des Vereins darin liege, dass insgesamt Euro 48 Mio. an Darlehen der öffentlichen Hände, insbesondere des Bundes und des Landes OÖ gewährt worden seien. Umgerechnet auf den Quadratmeter Baufläche ergebe dies einen Preis von Euro 742,-- pro m², womit evident sei, dass nicht nur eine öffentliche Aufgabe, nämlich die Wohnversorgung von Studenten, vorliege, sondern auch eine durchgängige öffentliche Finanzierung von Grundstücken und Bauwerken gegeben sei. Die privatwirtschaftliche Finanzierung des Vereins sei angesichts der Dauer der Geschäftstätigkeit von mehreren Jahrzehnten nur dann glaubhaft, wenn die Studentenheime derart hohe Heimgebühren von den Studenten verlangen würden, dass der Betrieb einen wirtschaftlichen Ertrag abwerfe. Dass dies keinesfalls so sei, ergebe sich aus dem erklärten Förderungszweck, studentisches Wohnen leistbar machen zu wollen, also studentischen Wohnraum unter dem "Marktpreis" anbieten zu wollen, der gemeinnützigen Zielsetzung des Vereins. Alle Studenten und Schüler in den Heimen des Vereins bekämen erhebliche Beihilfen und Förderungen, die zum Teil sogar ausdrücklich für die Heimmiete bzw. die Wohnkosten gewidmet seien, sodass solche Studentenförderungen, Wohnkostenbeihilfen und Stipendien (Letztere soweit sie dem Wohnen dienten) anzurechnen seien.

Mit Schriftsätzen vom 30.3.2009 und 8.4.2009 legte der Verein weitere Unterlagen und Nachweise betreffend die im Geschäftsjahr 2008 erhaltenen öffentlichen Mittel vor (Zusicherung Amt der OÖ Landesregierung vom 28.10.2008 über einen Annuitätenzuschuss gemäß OÖ Wohnbauförderungsgesetz iVm OÖ Wohnhaussanierungsverordnung 2008 für das Bauvorhaben 4190 Bad Leonfelden, 2 Abstattungskreditverträge R***, jeweils datiert mit 4.7.2006, Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung des Geschäftsjahres 2008). Mit Schriftsätzen vom 30.3.2009 und 8.4.2009 legte der Verein weitere Unterlagen und Nachweise betreffend die im Geschäftsjahr 2008 erhaltenen öffentlichen Mittel vor (Zusicherung Amt der OÖ Landesregierung vom 28.10.2008 über einen Annuitätenzuschuss gemäß OÖ Wohnbauförderungsgesetz in Verbindung mit OÖ Wohnhaussanierungsverordnung 2008 für das Bauvorhaben 4190 Bad Leonfelden, 2 Abstattungskreditverträge R***, jeweils datiert mit 4.7.2006, Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung des Geschäftsjahres 2008).

Hiezu ergänzend führte der Verein insbesondere aus, dass dieses WFB-Darlehen des Landes OÖ bisher nur zugesichert, jedoch nicht ausbezahlt worden sei. Würde der Verein dieses Darlehen am Bankenmarkt aufnehmen, wäre - auf Basis des zuletzt bei der R*** im Jahr 2006 vom Verein aufgenommenen Kredites und nach den dort vereinbarten Konditionen (variable Zinssatzvereinbarung auf Basis des 3-Monats-EURIBOR mit einem Aufschlag von 0,5% und einer aktuellen Zinsbelastung von ca. 2,5%) - die Zinersparnis für den Verein infolge des bereits zugesicherten Annuitätenzuschusses des Landes OÖ mit 1,5% anzunehmen. Setze man die Gesamteinnahmen des Vereins in Relation zu den erhaltenen Gesamt-Subventionen ergebe sich für das Geschäftsjahr 2007 ein Subventionsanteil von 21,53% und für das Geschäftsjahr 2008 ein Subventionsanteil von 32,30% an den Vereinsgesamteinnahmen.

In der Zusicherung des Amtes der OÖ Landesregierung vom 28.10.2008 betreffend die "Förderung der Sanierung eines Wohnheimes - Annuitätenzuschüsse" wird - soweit für die verfahrensgegenständliche Entscheidung relevant - festgehalten wie folgt:

"...

Aufgrund des Beschlusses der Oö Landesregierung vom 13.10.2008 wird ihnen gemäß dem Oö Wohnbauförderungsgesetz 1993, LGBL. Nr.6, in Verbindung mit der Oö Wohnhaussanierungs-Verordnung 2008 ... für das Bauvorhaben: 4190 Bad Leonfelden ...

ein Annuitätenzuschuss unter nachstehenden Bedingungen und Auflagen zugesichert:

...

Die Laufzeit des bezuschussten Darlehens beträgt 15 Jahre, wobei die Förderungswerberin oder der Förderungswerber über die gesamte Laufzeit eine halbjährliche Annuität von 3,58% vom ursprünglichen Darlehensbetrag zu bezahlen hat.

Für das aufzunehmende Darlehen muss im Bezug auf die Darlehenskonditionen die Zustimmung der Abteilung Wohnbauförderung eingeholt werden. Im Sinne der Verfahrensökonomie wird vom Land Oberösterreich die Ausschreibung der zu fördernden Darlehen durchgeführt.

Der Annuitätenzuschuss beträgt die Differenz von 3,58% auf die tatsächliche Annuität des bewilligten Darlehens.

..."

Die vorliegenden Abstattungskreditverträge der R***, jeweils datiert vom 4.7.2006, enthalten unterschiedliche Kreditkonditionen. Im ersten Abstattungskreditvertrag heißt es:

"Sollzinsen 3,5% p.a. vierteljährliche Anpassung entsprechend der Entwicklung 3-Monats-Satz-EURIBOR + 0,5%-Punkte, Berechnungsbasis Durchschnitt des letzten Monats. Auf volle 0,1%-Punkte ist kaufmännisch zu runden; bis 30.6.2031."

Im zweiten Abstattungskreditvertrag ist für die gleich hohe Kreditsumme vorgesehen:

"Sollzinsen 4,27% p.a. bis 31.12.2011.

Ab 1.1.2012 vierteljährliche Anpassung, erstmals am 1.12.2012, entsprechend der Entwicklung 3-Monats-Satz-EURIBOR + 0,5%-Punkte, Berechnungsbasis Durchschnitt des letzten Monats. Auf volle 0,1%- Punkte ist kaufmännisch zu runden; bis 30.6.2031."

Der Bilanz bzw. Gewinn- und Verlustrechnung des V*** sind - soweit für das gegenständliche Verfahren relevant - zum Stichtag 31.12.2008 nachfolgende Positionen zu entnehmen:

"Passiva	2008
-	EUR
A. Eigenkapital	
- II. Kapitalrücklagen	...
- davon Bausubventionen 2008:	XXXXXX
...	
D. Verbindlichkeiten	
- 1a. Darlehen WFB	XXXXXX"
...	
ERLÖSE	
...	
Sonstige betriebliche Erträge	
...	
Zweckgebundene Betriebssubventionen	XXXXXX
...	
BETRIEBSERLÖSE	XXXXXX"

Mit Schriftsatz vom 17.4.2009 führte die Antragstellerin zur Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gemäß § 3 Abs 3 BVergG aus, dass ein Bauauftrag im Oberschwellenbereich iS den Anhangs II (Schulbau) vorliege. Der gesamte Neubau - zu welchem die Küche als Bestandteil des Internates der Fremdenverkehrsschule gehöre - werde zu mehr als 50% direkt subventioniert. Mit Schriftsatz vom 17.4.2009 führte die Antragstellerin zur Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gemäß Paragraph 3, Absatz 3, BVergG aus, dass ein Bauauftrag im Oberschwellenbereich iS den Anhangs römisch zwei (Schulbau) vorliege. Der gesamte Neubau - zu welchem die Küche als Bestandteil des Internates der Fremdenverkehrsschule gehöre - werde zu mehr als 50% direkt subventioniert.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zu Spruchpunkt 1 römisch eins. Zu Spruchpunkt 1

In der Bekanntmachung des gegenständlichen Auftrages am 13.11.2008 in der "Amtlichen Linzer Zeitung - Amtsblatt für Oberösterreich", Rubrik "Öffentliche Ausschreibung" wird das V***, als Auftraggeber bezeichnet. Derselbe Verein wird gleichlautend im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis als ausschreibende Stelle, vertreten durch das B***, genannt.

Das V soll zivilrechtlich Vertragspartner des zu vergebenden Auftrages werden. Es ist zu prüfen, ob es sich beim V um eine öffentliche Einrichtung im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG handelt. Das römisch fünf soll zivilrechtlich Vertragspartner des zu vergebenden Auftrages werden. Es ist zu prüfen, ob es sich beim römisch fünf um eine öffentliche Einrichtung im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handelt.

Gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme des 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind Einrichtungen, die gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme des 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind Einrichtungen, die

1. a) Litera a
zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
2. b) Litera b
zumindest teilrechtsfähig sind und
3. c) Litera c
überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 (der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände) 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 deren Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind. überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, (der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände) 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 deren Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind.

Der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts ist im Lichte der Zielsetzungen der Vergaberichtlinien "Öffnung für den Wettbewerb und Transparenz" funktionell zu verstehen. Für die Qualifikation als Einrichtung öffentlichen Rechts stellt der EUGH in ständiger Rechtsprechung ausschließlich auf das Erfüllen dieser genannten Kriterien ab. Die öffentlich- oder privatrechtliche Rechtsnatur der dieser Einrichtung zu Grunde liegenden Regelungen bleibt unbeachtlich. Grundsätzlich sind solche Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren, die mit der öffentlichen Hand "eng verbunden" sind und bei denen Grund zur Annahme besteht, dass diese sich bei ihren Vergabeentscheidungen "von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen" leiten lassen (vgl. Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, § 3 Rz 20ff.). Eine Einrichtung ist jedoch nur dann als Einrichtung des öffentlichen Rechts einzustufen, wenn alle unter lit. a bis c in § 3 Abs 1 Z 2 genannten Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen (vgl. EuGH 15.1.1988, Rs C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria RdN 21). Jedes dieser Merkmale hat eigenständige Bedeutung und ist somit auch getrennt zu prüfen. Der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts ist im Lichte der Zielsetzungen der Vergaberichtlinien "Öffnung für den Wettbewerb und Transparenz" funktionell zu verstehen. Für die Qualifikation als Einrichtung öffentlichen Rechts stellt der EUGH in ständiger Rechtsprechung ausschließlich auf das Erfüllen dieser genannten Kriterien ab. Die öffentlich- oder privatrechtliche Rechtsnatur der dieser Einrichtung zu Grunde liegenden Regelungen bleibt unbeachtlich. Grundsätzlich sind solche Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren, die mit der öffentlichen Hand "eng verbunden" sind und bei denen Grund zur Annahme besteht, dass diese sich bei ihren Vergabeentscheidungen "von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen" leiten lassen (vgl. Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, Paragraph 3, Rz 20ff.). Eine Einrichtung ist jedoch nur dann als Einrichtung des öffentlichen Rechts einzustufen, wenn alle unter Litera a bis c in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, genannten Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen (vgl. EuGH 15.1.1988, Rs C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria RdN 21). Jedes dieser Merkmale hat eigenständige Bedeutung und ist somit auch getrennt zu prüfen.

I.1 Zu § 3 Abs 1 Z 2 lit. b BVergGrömisches. 1 Zu Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG:

Gemäß § 1 Abs 1 Vereinsgesetz genießt ein Verein Rechtspersönlichkeit. Das V ist laut den bei der Vereinsbehörde hinterlegten Satzungen (vgl. OZ 4, Vereinssatzungen idF lt. Beschluss der Vollversammlung vom 12.11.2003) eine vollrechtsfähige juristische Person des Privatrechts und verfügt somit jedenfalls über die in § 3 Abs 1 Z 2 lit b leg. cit. geforderte Mindestvoraussetzung der Teilrechtsfähigkeit. Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Vereinsgesetz genießt ein Verein Rechtspersönlichkeit. Das römisch fünf ist laut den bei der Vereinsbehörde hinterlegten Satzungen vergleiche OZ 4, Vereinssatzungen in der Fassung lt. Beschluss der Vollversammlung vom 12.11.2003) eine vollrechtsfähige juristische Person des Privatrechts und verfügt somit jedenfalls über die in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, leg. cit. geforderte Mindestvoraussetzung der Teilrechtsfähigkeit.

I. 2 Zu § 3 Abs 1 Z 2 lit a BVergGrömisches. 2 Zu Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG

Die in § 3 Abs 1 Z 2 lit.a BVergG festgelegten Merkmale der Einrichtung, nämlich Die in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG festgelegten Merkmale der Einrichtung, nämlich

1. 1.Ziffer eins
die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben,
2. 2.Ziffer 2
die Erfüllung von Aufgaben nicht gewerblicher Art und schließlich
3. 3.Ziffer 3
die Gründung zu einem besonderen Zweck, sind ebenfalls zu untersuchen.

Der Begriff "Aufgaben im Allgemeininteresse" ist weder in den Richtlinien noch im BVergG definiert. Dem Begriffskern nach dienen sie nicht ausschließlich der Förderung von subjektiven Einzelinteressen, sondern sind sie vielmehr auch der Förderung von objektiv gemeinsamen Interessen der Gesamtbevölkerung oder einzelner Bevölkerungsgruppen zuträglich (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, § 3 Rz 36). Der umfassenden Zielsetzung der Vergaberechtslinien folgend ist der Begriff weit zu interpretieren (vgl. BVA 9.10.2001, N- 102/01-10, Bereitstellung von Studienheimplätzen). Der Begriff "Aufgaben im Allgemeininteresse" ist weder in den Richtlinien noch im BVergG definiert. Dem Begriffskern nach dienen sie nicht ausschließlich der Förderung von subjektiven Einzelinteressen, sondern sind sie vielmehr auch der Förderung von objektiv gemeinsamen Interessen der Gesamtbevölkerung oder einzelner Bevölkerungsgruppen zuträglich vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, Paragraph 3, Rz 36). Der umfassenden Zielsetzung der Vergaberechtslinien folgend ist der Begriff weit zu interpretieren vergleiche BVA 9.10.2001, N- 102/01-10, Bereitstellung von Studienheimplätzen).

In § 2 der Satzungen wird der Vereinszweck allgemein beschrieben mit Herausbildung eines qualifizierten Nachwuchses für die OÖ Wirtschaft, Förderung und Unterstützung begabter Schüler und Studenten aus Österreich und Förderung von Schülern und Studierenden aus Oberösterreich mit den Zielen, der Teilnahme dieser Personen an Ausbildungen Europäischer und sonstiger internationaler Wissenschafts- und Studienaustauschprogramme und der Möglichkeit, dieses Wissen und Können der OÖ Wirtschaft zur Verfügung stellen. Hiezu führte der Geschäftsführer in der mündlichen Verhandlung am 26.3.2009 aus, dass es Hauptzweck und Haupttätigkeit des Vereins sei, Wohnmöglichkeiten und Infrastruktur (Mensen, Sportstätten) für Studenten und Schüler zur Verfügung zu stellen. Die Volumina der vom Verein vergebenen Stipendien seien im Vergleich zum Gesamtbudget von untergeordneter Bedeutung. In Paragraph 2, der Satzungen wird der Vereinszweck allgemein beschrieben mit Herausbildung eines qualifizierten Nachwuchses für die OÖ Wirtschaft, Förderung und Unterstützung begabter Schüler und Studenten aus Österreich und Förderung von Schülern und Studierenden aus Oberösterreich mit den Zielen, der Teilnahme dieser Personen an Ausbildungen Europäischer und sonstiger internationaler Wissenschafts- und Studienaustauschprogramme und der Möglichkeit, dieses Wissen und Können der OÖ Wirtschaft zur Verfügung stellen. Hiezu führte der Geschäftsführer in der mündlichen Verhandlung am 26.3.2009 aus, dass es Hauptzweck und Haupttätigkeit des Vereins sei, Wohnmöglichkeiten und Infrastruktur (Mensen, Sportstätten) für Studenten und Schüler zur Verfügung zu stellen. Die Volumina der vom Verein vergebenen Stipendien seien im Vergleich zum Gesamtbudget von untergeordneter Bedeutung.

Der Hauptzweck des Vereins ist einerseits die unmittelbare Förderung wirtschaftlicher Interessen einzelner Personen bzw. einer bestimmten Personengruppe (arg. "begabter Schüler und Studenten") durch das zur Verfügung stellen von

"leistbarem" Wohnraum sowie andererseits diverser diesem Wohn- und Ausbildungsraum zugehöriger Infrastruktur (vgl. § 3 Satzungen, Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks, Pkte 3.1ff) und die mittelbare Förderung wirtschaftlicher Interessen von oberösterreichischen Firmen und Unternehmungen (arg. "für die OÖ Wirtschaft"), bei welchen diese Absolventen als qualifizierter Nachwuchs und in ausreichender Anzahl verfügbar zum Einsatz kommen werden. Letztlich nimmt der Verein damit im Allgemeininteresse liegende bildungspolitische und soziale Belange wahr, da gut ausgebildete und besser verdienende Mitarbeiter der Allgemeinheit zu Gute kommen. In diesem Sinne stuft der EuGH vor allem solche Tätigkeiten als im Allgemeininteresse liegend ein, die geeignet sind, wirtschaftspolitische Zielsetzungen des Staates zu verwirklichen. Zu verstehen ist damit neben einer generellen Impulswirkung für den Handel (vgl. EuGH 10.5.2001, Rs C-223/99 und C-260/99, Agorà und Excelsior, RdN 34) vor allem die wirtschaftliche und soziale Entwicklung einer Gebietskörperschaft und zwar insbesondere die Schaffung von Arbeitsplätzen und die Erhöhung von Steuereinnahmen (vgl. EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01, Korhonen, RdN 44f). So qualifizierte das BVA zB die Bereitstellung von Studentenheimplätzen, eine durchaus den vom gegenständlichen Verein ausgeübten Tätigkeiten vergleichbare, als eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe (vgl. 9.10.2001, N-1902/01- 10). Der Hauptzweck des Vereins ist einerseits die unmittelbare Förderung wirtschaftlicher Interessen einzelner Personen bzw. einer bestimmten Personengruppe (arg. "begabter Schüler und Studenten") durch das zur Verfügung stellen von "leistbarem" Wohnraum sowie andererseits diverser diesem Wohn- und Ausbildungsraum zugehöriger Infrastruktur vergleiche Paragraph 3, Satzungen, Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks, Pkte 3.1ff) und die mittelbare Förderung wirtschaftlicher Interessen von oberösterreichischen Firmen und Unternehmungen (arg. "für die OÖ Wirtschaft"), bei welchen diese Absolventen als qualifizierter Nachwuchs und in ausreichender Anzahl verfügbar zum Einsatz kommen werden. Letztlich nimmt der Verein damit im Allgemeininteresse liegende bildungspolitische und soziale Belange wahr, da gut ausgebildete und besser verdienende Mitarbeiter der Allgemeinheit zu Gute kommen. In diesem Sinne stuft der EuGH vor allem solche Tätigkeiten als im Allgemeininteresse liegend ein, die geeignet sind, wirtschaftspolitische Zielsetzungen des Staates zu verwirklichen. Zu verstehen ist damit neben einer generellen Impulswirkung für den Handel vergleiche EuGH 10.5.2001, Rs C-223/99 und C-260/99, Agorà und Excelsior, RdN 34) vor allem die wirtschaftliche und soziale Entwicklung einer Gebietskörperschaft und zwar insbesondere die Schaffung von Arbeitsplätzen und die Erhöhung von Steuereinnahmen vergleiche EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01, Korhonen, RdN 44f). So qualifizierte das BVA zB die Bereitstellung von Studentenheimplätzen, eine durchaus den vom gegenständlichen Verein ausgeübten Tätigkeiten vergleichbare, als eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe vergleiche 9.10.2001, N-1902/01- 10).

Nach diesem Begriffsverständnis sind die vom Verein wahrgenommene Förderung der Interessen der oö Wirtschaft im Wege der unmittelbaren Unterstützung begabter Schüler und Studenten durch die Unterhaltung von "leistbaren" Studentenheimen und Schülerinternaten sowie die Führung von preisgünstigen Studentenmensen und sonstigen dem Vereinszweck dienenden Einrichtungen jedenfalls Aufgaben im Allgemeininteresse iS von § 3 Abs 1 Z 2 lit b leg.cit. Nach diesem Begriffsverständnis sind die vom Verein wahrgenommene Förderung der Interessen der oö Wirtschaft im Wege der unmittelbaren Unterstützung begabter Schüler und Studenten durch die Unterhaltung von "leistbaren" Studentenheimen und Schülerinternaten sowie die Führung von preisgünstigen Studentenmensen und sonstigen dem Vereinszweck dienenden Einrichtungen jedenfalls Aufgaben im Allgemeininteresse iS von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, leg.cit.

Weiters ist zu fragen, ob die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben des Vereins auch solche "nicht gewerblicher Art" sind. Dieses Kriterium ist anhand der Aspekte

1. a) Litera a
Fehlen von grundsätzlicher Gewinnerzielungsabsicht,
2. b) Litera b
kein Wettbewerb auf dem Markt,
3. c) Litera c
fehlende Risikotragung und
4. d) Litera d
allfällige Finanzierung aus öffentlichen Mitteln zu beurteilen (vgl. EUGH 16.10.2003, Rs C-283/00, SIEPSA, RdN 81).
Die Gesichtspunkte verstehen sich als Anhaltspunkte. Eine Beurteilung ist nur im Wege einer Gesamtschau möglich (vgl. RV 1171 Blg. NR 22. GP 24). Die genannten Merkmale stehen zueinander in einem dynamischen

Verhältnis. Zur Einschätzung der Auftraggebereigenschaft bedarf es einer abwägenden, mit Blick auf die Judikatur des EuGH vorgenommenen Bewertung. Bei einer Einrichtung, die "unter normalen Marktbedingungen tätig ist, Gewinnerzielungsabsicht hat und die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste trägt, ... ist es wenig wahrscheinlich, dass sie Aufgaben erfüllen soll, die nicht gewerblicher Art sind" (vgl. /Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, § 3Rz 58 unter Hinweis auf EUGH 22.5.2003, Rs C-18/01, Korhonen RdN 51). Fallweise indiziert allein die Tätigkeit als solches ihre Nicht-Gewerblichkeit (EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RdN 19; 1.2.2001, Rs C-237/99, Sozialwohnungseinrichtungen RdB 47). Zahlreiche Tätigkeiten können sowohl in gewerblicher als auch nicht gewerblicher Art erbracht werden. In diesem Fall kommt es auf die konkreten Umstände und die Art und Weise an, in deren Rahmen die zu beurteilende Einrichtung die jeweilige Aufgabe wahrnimmt bzw. erfüllt. allfällige Finanzierung aus öffentlichen Mitteln zu beurteilen vergleiche EUGH 16.10.2003, Rs C-283/00, SIEPSA, RdN 81). Die Gesichtspunkte verstehen sich als Anhaltspunkte. Eine Beurteilung ist nur im Wege einer Gesamtschau möglich vergleiche Regierungsvorlage 1171 Blg. NR 22. Gesetzgebungsperiode 24). Die genannten Merkmale stehen zueinander in einem dynamischen Verhältnis. Zur Einschätzung der Auftraggebereigenschaft bedarf es einer abwägenden, mit Blick auf die Judikatur des EuGH vorgenommenen Bewertung. Bei einer Einrichtung, die "unter normalen Marktbedingungen tätig ist, Gewinnerzielungsabsicht hat und die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste trägt, ... ist es wenig wahrscheinlich, dass sie Aufgaben erfüllen soll, die nicht gewerblicher Art sind" vergleiche /Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, Paragraph 3 R, z, 58 unter Hinweis auf EUGH 22.5.2003, Rs C-18/01, Korhonen RdN 51). Fallweise indiziert allein die Tätigkeit als solches ihre Nicht-Gewerblichkeit (EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RdN 19; 1.2.2001, Rs C-237/99, Sozialwohnungseinrichtungen RdB 47). Zahlreiche Tätigkeiten können sowohl in gewerblicher als auch nicht gewerblicher Art erbracht werden. In diesem Fall kommt es auf die konkreten Umstände und die Art und Weise an, in deren Rahmen die zu beurteilende Einrichtung die jeweilige Aufgabe wahrnimmt bzw. erfüllt.

Zu a) Fehlende Gewinnerzielungsabsicht:

Der EUGH verneinte eine Gewinnerzielungsabsicht, 1. wenn die Tätigkeit einer Einrichtung zu Gewinnen führt, sofern das Erzielen von Gewinnen nicht den Hauptzweck der Einrichtung darstellt (EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01, Korhonen RdN 54) und 2. im Falle der gezielten Gewinnerwirtschaftung, sofern es sich dabei lediglich um das Mittel zur Erreichung des - nicht auf Gewinnerwirtschaftung gerichteten (= anderen) - Hauptzieles der Einrichtung handelt und darüber hinaus eine ökonomische Zielsetzung, die selbst mit den sonstigen nicht wirtschaftlichen Zielsetzungen im Einklang steht, besteht (EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00, SIEPSA RdN 88f; als auch B-VKK 9.6.1998, G-4/98-6, Bundesforste AG). Bei der Beurteilung der Gewinnerzielungsabsicht ist der Zweck, dem allfällige Gewinne zugeführt werden, einzubeziehen. Schließlich kommt es nicht nur auf eine Gewinnerzielungsabsicht im eigentlichen Sinne an, sondern vielmehr erachtet es der Gerichtshof für das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit als ausreichend, wenn die Einrichtung ihre Tätigkeit nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien zu erbringen hat (EuGH 10.5.2001, Rs C-223/00 und C-260/99, Agora und Excelsior, RdN 34).

Dem Bericht des Wirtschaftsprüfers vom Mai 2008 zur Gebarung des Vereins für das Haushaltsjahr 2007 zufolge hat sich das Endvermögen des Vereins zum Stichtag 31.12.2007 geringfügig vermindert; der überwiegende Teil der Gebarungsabgänge sei durch die "rege Investitionstätigkeit (Sanierungen)" von Wohnheimen bedingt (vgl. OZ 17). Aus der Bilanz des Vereins für das Geschäftsjahr 2008 ergibt sich gleichfalls ein leicht negatives Jahresergebnis (vgl. OZ 28). In der mündlichen Verhandlung vom 26.3.2009 gab der Geschäftsführer des Vereins zu diesem Themenkreis im Zusammenhang mit der Möglichkeiten der Tilgung erhaltener Wohnbauförderungsdarlehen an, dass der Verein jährlich Gewinne in geringem Umfang schreibe und es ihm daher in der Regel möglich sei, die WFB-Darlehen über einem Zeitraum von 30 - 32 Jahre zu tilgen. Dem Bericht des Wirtschaftsprüfers vom Mai 2008 zur Gebarung des Vereins für das Haushaltsjahr 2007 zufolge hat sich das Endvermögen des Vereins zum Stichtag 31.12.2007 geringfügig vermindert; der überwiegende Teil der Gebarungsabgänge sei durch die "rege Investitionstätigkeit (Sanierungen)" von Wohnheimen bedingt (vergleiche OZ 17). Aus der Bilanz des Vereins für das Geschäftsjahr 2008 ergibt sich gleichfalls ein leicht negatives Jahresergebnis (vergleiche OZ 28). In der mündlichen Verhandlung vom 26.3.2009 gab der Geschäftsführer des Vereins zu diesem Themenkreis im Zusammenhang mit der Möglichkeiten der Tilgung erhaltener Wohnbauförderungsdarlehen an, dass der Verein jährlich Gewinne in geringem Umfang schreibe und es ihm daher in der Regel möglich sei, die WFB-Darlehen über einem Zeitraum von 30 - 32 Jahre zu tilgen.

Die - wenn überhaupt - nur in geringem Umfang, erwirtschafteten Gewinne dienen demgemäß mittelbar, zB im Wege der Darlehensrückzahlung, dem Hauptzweck der Einrichtung, nämlich der Förderung und Unterstützung begabter Schüler und Studenten durch das Zurverfügungstellen von kostengünstigem Wohnraum in OÖ. Im Sinne der dargestellten Europäischen Judikatur entspricht diese Art der Aufgabenwahrnehmung durch den Verein nicht einem Vorgehen mit Gewinnerzielungsabsicht. Die Umstände der Aufgabenwahrnehmung und die Art und Weise der Aufgabenerfüllung durch den Verein legen nahe, dass es sich um keine gezielte Gewinnerwirtschaftung handelt, einzig mit dem wirtschaftlichen und am Vereinszweck orientierten Ziel der möglichst ausgeglichen Bilanzierung des Vereins. Hinweise für ein an Leistungs- und Effizienzkriterien orientiertes Handeln der Einrichtung hat das durchgeführte Ermittlungsverfahren keine ergeben.

Zu b) kein Wettbewerb auf dem Markt:

Bei der Prüfung, ob eine Einrichtung in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig wird, ist auf die konkrete Konkurrenzsituation auf dem in örtlicher und sachlicher Hinsicht relevanten Markt abzustellen und zwar sowohl auf regionaler, als auch auf nationaler und internationaler Ebene (EuGH 10.5.2001, Rs C-223/99 u C-260/99 *Agorà und Excelsior*, RdN 31, 42). Zur Beurteilung, ob eine Einrichtung über eine privilegierte Wettbewerbsposition verfügt, kommt es entscheidend darauf an, ob ihr eine gegenüber den mit ihr auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb stehenden Unternehmen bevorzugte Stellung vermittelt wird bzw. vermittelt werden kann. In diesem Sinne bedarf es hierfür nicht notwendig einer rechtlich gesicherten Position. Der Einrichtung kann auch bloß faktisch eine - letztlich staatlich verursachte - besondere Stellung am einschlägigen Markt zukommen (vgl. *Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006, Kommentar2, § 3 Rz 68). Bei der Prüfung, ob eine Einrichtung in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig wird, ist auf die konkrete Konkurrenzsituation auf dem in örtlicher und sachlicher Hinsicht relevanten Markt abzustellen und zwar sowohl auf regionaler, als auch auf nationaler und internationaler Ebene (EuGH 10.5.2001, Rs C-223/99 u C-260/99 *Agorà und Excelsior*, RdN 31, 42). Zur Beurteilung, ob eine Einrichtung über eine privilegierte Wettbewerbsposition verfügt, kommt es entscheidend darauf an, ob ihr eine gegenüber den mit ihr auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb stehenden Unternehmen bevorzugte Stellung vermittelt wird bzw. vermittelt werden kann. In diesem Sinne bedarf es hierfür nicht notwendig einer rechtlich gesicherten Position. Der Einrichtung kann auch bloß faktisch eine - letztlich staatlich verursachte - besondere Stellung am einschlägigen Markt zukommen (vergleiche *Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006, Kommentar2, Paragraph 3, Rz 68).

Sowohl auf dem für die auszubildenden Schüler und Studenten vor Ort primär maßgeblichen regionalen Markt des Landes Oberösterreich (vgl. Ergebnis Internetrecherche, wonach für das Bundesland Oberösterreich bei herold.at 24 Einrichtungen unter dem Suchbegriff "Schülerheime, Internate Oberösterreich" sowie 7 Einrichtungen unter dem Suchbegriff "Studentenheime Oberösterreich" verzeichnet sind, OZ 28b), sowie erfahrungsgemäß auch im weiteren über die Grenze des Landes OÖ hinausreichenden Einzugsbereich von Ausbildungseinrichtungen bestehen neben den vom Verein geführten Wohn-, Verpflegungs- und Ausbildungsräumlichkeiten für Schüler und Studenten (vgl. § 3 Vereinssatzung Mittel zur Erreichung des Vereinszweckes) weitere Einrichtungen, die dem nachfragenden Personenkreis in diesem Marktsegment sachlich vergleichbare Dienstleistungen anbieten. Dass eine Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, kann darauf hinweisen, dass es sich nicht um eine Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt (vgl. *VwGH 12.12.2007, Zl. 2006/04/0179*). Dass der Verein auf diesem Markt im Vergleich zu den anderen dort vertretenen, großteils kirchlichen oder kommunalen Einrichtungen, eine bevorzugte Stellung inne hat, ist tendenziell zu verneinen, denn die Einnahmen dieser anderen Anbieter stammen vielfach ebenfalls aus nicht auf eine Gegenleistung gerichteten freiwilligen Spenden und sonstiger finanzieller Zuwendungen. Sowohl auf dem für die auszubildenden Schüler und Studenten vor Ort primär maßgeblichen regionalen Markt des Landes Oberösterreich (vergleiche Ergebnis Internetrecherche, wonach für das Bundesland Oberösterreich bei herold.at 24 Einrichtungen unter dem Suchbegriff "Schülerheime, Internate Oberösterreich" sowie 7 Einrichtungen unter dem Suchbegriff "Studentenheime Oberösterreich" verzeichnet sind, OZ 28b), sowie erfahrungsgemäß auch im weiteren über die Grenze des Landes OÖ hinausreichenden Einzugsbereich von Ausbildungseinrichtungen bestehen neben den vom Verein geführten Wohn-, Verpflegungs- und Ausbildungsräumlichkeiten für Schüler und Studenten (vergleiche Paragraph 3, Vereinssatzung Mittel zur Erreichung des Vereinszweckes) weitere Einrichtungen, die dem nachfragenden Personenkreis in diesem Marktsegment sachlich vergleichbare Dienstleistungen anbieten. Dass eine Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, kann darauf hinweisen, dass es sich nicht um eine Aufgabe nicht

gewerblicher Art handelt (vergleiche VwGH 12.12.2007, Zl. 2006/04/0179). Dass der Verein auf diesem Markt im Vergleich zu den anderen dort vertretenen, größtenteils kirchlichen oder kommunalen Einrichtungen, eine bevorzugte Stellung inne hat, ist tendenziell zu verneinen, denn die Einnahmen dieser anderen Anbieter stammen vielfach ebenfalls aus nicht auf eine Gegenleistung gerichteten freiwilligen Spenden und sonstiger finanzieller Zuwendungen.

Zu c) und d) Fehlende Risikotragung und allfällige Finanzierung aus öffentlichen Mitteln:

Als einander gegenüber liegende Ausgangspunkte zur Beurteilung sind zum einen zu berücksichtigen, dass eine Einrichtung, welche das wirtschaftliche Risiko der unternehmerischen Tätigkeit selbst trägt, grundsätzlich nach wettbewerblichen und wirtschaftlichen Maximen tätig wird. Zum anderen indiziert, wenn eine Einrichtung zB wegen der Möglichkeit von staatlicher Finanzierung oder staatlichem Verlustausgleich bei unbefriedigenden Geschäftsergebnissen das wirtschaftliche Risiko ihrer Entscheidungen nicht trägt, das fehlende Insolvenz-Risiko eine Nicht-Gewerblichkeit (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, § 3 Rz 68). Als einander gegenüber liegende Ausgangspunkte zur Beurteilung sind zum einen zu berücksichtigen, dass eine Einrichtung, welche das wirtschaftliche Risiko der unternehmerischen Tätigkeit selbst trägt, grundsätzlich nach wettbewerblichen und wirtschaftlichen Maximen tätig wird. Zum anderen indiziert, wenn eine Einrichtung zB wegen der Möglichkeit von staatlicher Finanzierung oder staatlichem Verlustausgleich bei unbefriedigenden Geschäftsergebnissen das wirtschaftliche Risiko ihrer Entscheidungen nicht trägt, das fehlende Insolvenz-Risiko eine Nicht-Gewerblichkeit (vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, Paragraph 3, Rz 68).

Die Satzung des Vereins enthält keine Regelungen über die Möglichkeit eines Verlustausgleiches. In der mündlichen Verhandlung am 26.3.2009 bestätigte der Geschäftsführer des Vereins, dass es im Insolvenzfall keinerlei Ausfallhaftungen oder Garantien Dritter gäbe. Gestützt wird diese Aussage auch durch den Umstand, dass die Vereinsmitglieder laut Satzung ausschließlich natürliche und keine juristischen Personen oder gar Gebietskörperschaften (vgl. Satzungen §§ 5 und 7) sind und sich die Haftung des Vereins und seiner Mitglieder entsprechend den Vereinstatuten (vgl. § 9 die Vollversammlung besteht aus allen Mitgliedern und ist höchstes Entscheidungsgremium in allen Vereinsangelegenheiten) bzw. dem Vereinsgesetz gestaltet (vgl. §§ 23ff. Vereinsgesetz). Andererseits gewährleistet der Staat - indem er wie im konkreten Fall laufend bzw. auch anlassbezogen öffentliche Mittel zuwendet (vgl. dazu auch § 4 Satzung, Pkt. 4.4. wo hinsichtlich der Mittelaufbringung allgemein festgelegt ist, dass sich die materiellen Vereinsmittel zur Erreichung des Vereinszwecks ua. auch aus Subventionen und Förderungen öffentlicher Mittel und der Bundessportförderung besonderer Art rekrutieren) - die Erfüllung der von der Einrichtung, wenn auch auf freiwilliger Basis, übernommenen Aufgaben im Zusammenhang mit der Aus- und Weiterbildung von Schülern und Studenten. Es wird daher eine Zahlungsunfähigkeit des Vereins de facto nicht eintreten, was für sich genommen ebenfalls eine Nicht-Gewerblichkeit der Aufgabenerfüllung des Vereins nahelegt. Für ein Fehlen der Risikotragung durch die Einrichtung selbst erachtet es die Judikatur als ausreichend, wenn zumindest die öffentlichen Mittelzuschüsse gesetzlich geregelt sind, diese Mittel der Einrichtung verpflichtend zukommen und deren Höhe auch hoheitlich determiniert ist (vgl. EUGH 13.12.2007, Rs C-337/06, Bayrischer Rundfunk, RdN 41f.). Wie sich aus den dem Bundesvergabeamt vorliegenden Unterlagen, insbesondere aus der Zusicherung des Landes OÖ von Annuitätenzuschüssen für die Sanierung eines Wohnheimes (vgl. OZ 27) ergibt, entsprechen zumindest erhebliche Teile der vom Verein erhaltenen öffentlichen Mittel diesen Voraussetzungen. In der mündlichen Verhandlung gab der Geschäftsführer des Vereins an, dass öffentliche Darlehen im Insolvenzfall aus der Masse befriedigt werden könnten und es bislang keine Stundungen von diversen Landesdarlehen gegeben habe oder solche jemals vom Land erlassen worden seien. Auch wenn ein Verlustausgleichsmechanismus nicht ausdrücklich geregelt ist und die Rechtsnatur der Einrichtung grundsätzlich eine Insolvenz zulässt, erachtete der EUGH in seiner bisherigen Judikatur schließlich die "Wahrscheinlichkeit" einer für den "Notfall" möglichen finanziellen Unterstützung aus öffentlichen Mitteln als Anhaltspunkt für das nicht gewerblich Tätigwerden (vgl. EUGH 10.5.2001, Rs C-223/99 u. C-260/99, Agorá und Excelsior, RdN 40, 22.5.2003, Rs C-8/01, Kohornen RdN 53 u 55, 27.2.2003, Rs C- 373/00, Truley RdN 64, 16.10.2003, Rs C-283/00, SIEPSA). Die Satzung des Vereins enthält keine Regelungen über die Möglichkeit eines Verlustausgleiches. In der mündlichen Verhandlung am 26.3.2009 bestätigte der Geschäftsführer des Vereins, dass es im Insolvenzfall keinerlei Ausfallhaftungen oder Garantien Dritter gäbe. Gestützt wird diese Aussage auch durch den Umstand, dass die Vereinsmitglieder laut Satzung ausschließlich natürliche und keine juristischen Personen oder gar Gebietskörperschaften (vergleiche Satzungen Paragraphen 5 und 7) sind und sich die Haftung des Vereins und seiner

Mitglieder entsprechend den Vereinstatuten vergleiche Paragraph 9, die Vollversammlung besteht aus allen Mitgliedern und ist höchstes Entscheidungsgremium in allen Vereinsangelegenheiten) bzw. dem Vereinsgesetz gestaltet vergleiche Paragraphen 23 f, f, Vereinsgesetz). Andererseits gewährleistet der Staat - indem er wie im konkreten Fall laufend bzw. auch anlassbezogen öffentliche Mittel zuwendet vergleiche dazu auch Paragraph 4, Satzung, Pkt. 4.4. wo hinsichtlich der Mittelaufbringung allgemein festgelegt ist, dass sich die materiellen Vereinsmittel zur Erreichung des Vereinszwecks ua. auch aus Subventionen und Förderungen öffentlicher Mittel und der Bundessportförderung besonderer Art rekrutieren) - die Erfüllung der von der Einrichtung, wenn auch auf freiwilliger Basis, übernommenen Aufgaben im Zusammenhang mit der Aus- und Weiterbildung von Schülern und Studenten. Es wird daher eine Zahlungsunfähigkeit des Vereins de facto nicht eintreten, was für sich genommen ebenfalls eine Nicht-Gewerblichkeit der Aufgabenerfüllung des Vereins nahelegt. Für ein Fehlen der Risikotragung durch die Einrichtung selbst erachtet es die Judikatur als ausreichend, wenn zumindest die öffentlichen Mittelzuschüsse gesetzlich geregelt sind, diese Mittel der Einrichtung verpflichtend zukommen und deren Höhe auch hoheitlich determiniert ist vergleiche EUGH 13.12.2007, Rs C-337/06, Bayrischer Rundfunk, RdN 41f.). Wie sich aus den dem Bundesvergabeamt vorliegenden Unterlagen, insbesondere aus der Zusicherung des Landes OÖ von Annuitätenzuschüssen für die Sanierung eines Wohnheimes vergleiche OZ 27) ergibt, entsprechen zumindest erhebliche Teile der vom Verein erhaltenen öffentlichen Mittel diesen Voraussetzungen. In der mündlichen Verhandlung gab der Geschäftsführer des Vereins an, dass öffentliche Darlehen im Insolvenzfall aus der Masse befriedigt werden könnten und es bislang keine Stundungen von diversen Landesdarlehen gegeben habe oder solche jemals vom Land erlassen worden seien. Auch wenn ein Verlustausgleichsmechanismus nicht ausdrücklich geregelt ist und die Rechtsnatur der Einrichtung grundsätzlich eine Insolvenz zulässt, erachtete der EUGH in seiner bisherigen Judikatur schließlich die "Wahrscheinlichkeit" einer für den "Notfall" möglichen finanziellen Unterstützung aus öffentlichen Mitteln als Anhaltspunkt für das nicht gewerblich Tätigwerden vergleiche EUGH 10.5.2001, Rs C-223/99 u. C-260/99, Agorá und Excelsior, RdN 40, 22.5.2003, Rs C-8/01, Kohornen RdN 53 u 55, 27.2.2003, Rs C- 373/00, Truley RdN 64, 16.10.2003, Rs C-283/00, SIEPSA).

Eine Zusammenschau der zuvor dargestellten Kriterien zeigt auf, dass die vom Verein übernommenen Tätigkeiten sowohl Indizien enthalten, die für, wie auch andere die gegen deren Nicht-Gewerblichkeit iS von § 3 Abs 2 Z 2 lit. b BVergG sprechen. Aufgrund des deutlichen Fehlens einer Gewinnerzielungsabsicht (Gestaltung der Vereinseinnahmen bzw. geringfügige Erwirtschaftung von Gewinnen mit dem vorrangigen Ziel der Darlehensrückzahlung iS des Vereinszwecks), als auch des großen Interesses des Landes Oberösterreich und des Bundes an der Aufrechterhaltung der Vereinstätigkeit (Stichwort: regelmäßige finanzielle Unterstützungen) und im Hinblick auf das beschränkte Marktsegment, auf dem der Verein seine Tätigkeit nicht nur nach rein wirtschaftlichen Überlegungen anbietet, handelt es sich - unter Berücksichtigung der Infizierungstheorie, wonach eine Einrichtung nicht ausschließlich im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen hat, sondern sogar allenfalls ein insgesamt nur unbedeutender nicht-gewerblicher Teil der ausgeübten Tätigkeiten im Rahmen einer einheitlichen Beurteilung der Gesamttätigkeit des Vereins ihn zu einer Einrichtung öffentlichen Rechts macht (so betrug im Fall der Österreichischen Staatsdruckerei der Anteil der nicht gewerblichen Tätigkeit etwa 10-15%, vgl. EUGH 15.1.1998, Rs C-44/96, Mannesmann) - bei den vom Verein übernommenen Aufgaben um solche nicht gewerblicher Art. Dabei lässt der Senat nicht außer Acht, dass die Begünstigung einer Einrichtung durch staatliche Unterstützungsleistungen e contrario zu § 3 Abs 1 Z 2 lit. c BVergG für sich allein nicht den Charakter der Nicht-Gewerblichkeit begründet. Ob der Verein infolge einer überwiegenden staatlichen Finanzierung als öffentlicher Auftraggeber iS von § 3 leg. cit zu qualifizieren ist, ist im Folgenden unter I.3 zu beurteilen. Eine Zusammenschau der zuvor dargestellten Kriterien zeigt auf, dass die vom Verein übernommenen Tätigkeiten sowohl Indizien enthalten, die für, wie auch andere die gegen deren Nicht-Gewerblichkeit iS von Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 2, Litera b, BVergG sprechen. Aufgrund des deutlichen Fehlens einer Gewinnerzielungsabsicht (Gestaltung der Vereinseinnahmen bzw. geringfügige Erwirtschaftung von Gewinnen mit dem vorrangigen Ziel der Darlehensrückzahlung iS des Vereinszwecks), als auch des großen Interesses des Landes Oberösterreich und des Bundes an der Aufrechterhaltung der Vereinstätigkeit (Stichwort: regelmäßige finanzielle Unterstützungen) und im Hinblick auf das beschränkte Marktsegment, auf dem der Verein seine Tätigkeit nicht nur nach rein wirtschaftlichen Überlegungen anbietet, handelt es sich - unter Berücksichtigung der Infizierungstheorie, wonach eine Einrichtung nicht ausschließlich im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen hat, sondern sogar allenfalls ein insgesamt nur unbedeutender nicht-gewerblicher Teil der ausgeübten Tätigkeiten im Rahmen einer einheitlichen Beurteilung der Gesamttätigkeit des Vereins ihn zu einer Einrichtung

öffentlichen Rechts macht (so betrug im Fall der Österreichischen Staatsdruckerei der Anteil der nicht gewerblichen Tätigkeit etwa 10-15%, vergleiche EUGH 15.1.1998, Rs C-44/96, Mannesmann) - bei den vom Verein übernommenen Aufgaben um solche nicht gewerblicher "Art". Dabei lässt der Senat nicht außer Acht, dass die Begünstigung einer Einrichtung durch staatliche Unterstützungsleistungen e contrario zu Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG für sich allein nicht den Charakter der Nicht-Gewerblichkeit begründet. Ob der Verein infolge einer überwiegenden staatlichen Finanzierung als öffentlicher Auftraggeber iS von Paragraph 3, leg. cit zu qualifizieren ist, ist im Folgenden unter römisch eins.3 zu beurteilen.

Wie den Satzungen klar zu entnehmen ist (vgl. § 2), sind dem Verein Aufgaben im Allgemeininteresse, die nicht gewerblicher Art übertragen, womit auch das Kriterium "besonderer Gründungszweck" gegenständlich als erfüllt anzusehen ist. Wie den Satzungen klar zu entnehmen ist (vergleiche Paragraph 2.), sind dem Verein Aufgaben im Allgemeininteresse, die nicht gewerblicher Art übertragen, womit auch das Kriterium "besonderer Gründungszweck" gegenständlich als erfüllt anzusehen ist.

I. 3 Zu § 3 Abs 1 Z 2 lit c BVergGrömisches eins. 3 Zu Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG

Das Ausüben von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben macht eine Einrichtung erst dann zum öffentlichen Auftraggeber, wenn diese zusätzlich vom Staat beherrscht wird. Eine staatliche Beherrschung kann erreicht werden entweder durch überwiegende staatliche Finanzierung oder durch staatliche Kontrolle und zwar entweder in Form von Aufsicht über die Leitung oder durch Einfluss auf die Organzusammensetzung der Einrichtung (vgl. EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RdN 20, wonach es sich dabei um alternative Tatbestandsmerkmale handelt). Die Auslegung der in § 3 Abs 1 Z 2 lit c leg. cit genannten drei Erscheinungsformen des Vorliegens einer qualifizierten, engen Verbindung der Einrichtung mit dem Staat, hat anhand der Zielsetzung der Vergaberichtlinien, "die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen, als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt" (siehe EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RdN 17 u. a.), zu erfolgen. Das Ausüben von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben macht eine Einrichtung erst dann zum öffentlichen Auftraggeber, wenn diese zusätzlich vom Staat beherrscht wird. Eine staatliche Beherrschung kann erreicht werden entweder durch überwiegende staatliche Finanzierung oder durch staatliche Kontrolle und zwar entweder in Form von Aufsicht über die Leitung oder durch Einfluss auf die Organzusammensetzung der Einrichtung (vgl. EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RdN 20, wonach es sich dabei um alternative Tatbestandsmerkmale handelt). Die Auslegung der in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, leg. cit genannten drei Erscheinungsformen des Vorliegens einer qualifizierten, engen Verbindung der Einrichtung mit dem Staat, hat anhand der Zielsetzung der Vergaberichtlinien, "die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen, als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt" (siehe EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RdN 17 u. a.), zu erfolgen.

Zu Überwiegende staatliche Finanzierung:

Damit eine Finanzierung oder Unterstützung der Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung ein besonderes Naheverhältnis zur öffentlichen Hand begründet, hat diese Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung zu erfolgen (vgl. EUGH 3.10.2000, Rs-C- 380/98, University of Cambridge RdN 21). Weiters bedarf es zwar keiner "qualifizierten", jedoch einer überwiegenden Finanzierung dh. dieses Kriterium ist quantitativ zu verstehen und zwar im Sinne von mehr als die Hälfte jener Mittel, über die die Einrichtung insgesamt verfügt, also einschließlich solcher Einnahmen, die aus gewerblicher Tätigkeit stammen. Damit eine Finanzierung oder Unterstützung der Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung ein besonderes Naheverhältnis zur öffentlichen Hand begründet, hat diese Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung zu erfolgen (vergleiche EUGH 3.10.2000, Rs-C- 380/98, University of Cambridge RdN 21). Weiters bedarf es zwar keiner "qualifizierten", jedoch einer überwiegenden Finanzierung dh. dieses Kriterium ist quantitativ zu verstehen und zwar im Sinne von mehr als die Hälfte jener Mittel, über die die Einrichtung insgesamt verfügt, also einschließlich solcher Einnahmen, die aus gewerblicher Tätigkeit stammen.

Wie aus den dem Bundesvergabeamt vorliegenden Unterlagen zur Finanzgebarung des Vereins für die Geschäftsjahre

2007 und 2008 (vgl. Abschlussbericht 2007, Einnahmen und Ausgaben 2007 samt detaillierten Darstellungen OZ 17, Gewinn- und Verlustrechnung 2008, Bilanz zum 31.12.2008, OZ 27, 28) ersichtlich wird, erhält der Verein sowohl Subventionen für den laufenden Betrieb als auch sog. Bausubventionen im Zusammenhang mit der Errichtung und Erhaltung der Studenten- und Schülerheime sowie der Internate und diverser Infrastruktur. In Übereinstimmung mit diesen Finanzunterlagen erläuterte der Geschäftsführer des Vereins in der mündlichen Verhandlung, dass zu den Vereinsmitteln Benützungsentgelte für Zimmer und Sportstätten, Umsatzerlöse der Mensen, Landessubventionen für den laufenden Betrieb der Schülerinternate im Ausmaß von 3 - 3,5 % der Gesamtbetriebseinnahmen sowie Bausubventionen für diverse Projekte zu zählen seien. Die Basis der überwiegenden Vereinsmittel seien Benützungsentgelte für die Unterbringung der Studenten. Die Betriebssubventionen erhalte der Verein ausschließlich vom Land OÖ; die Bausubventionen für einzelne Bauvorhaben seien im Jahr 2007 vom Land OÖ, vom Bund, von der Wirtschaftskammer OÖ und den Bundesländern Vorarlberg, NÖ und Burgenland bereit gestellt worden. Die Subventionen von Bund und Land OÖ würden in der Regel über mindestens 5 Jahre aufgeteilt dem Verein ausbezahlt. Infolge der jährlichen Zahlung enthalte die Position "Subventionen" in der Einnahmen- und Ausgabenrechnung die dem Verein tatsächlich im jeweiligen Geschäftsjahr zufließende Finanzierung. Indirekte Subventionen durch Zinsvorteile bei Wohnbauförderungsdarlehen würden bei Wohnbauförderungsmitteln von Euro XXXXXX im Jahr 2007 etwa 2% ausmachen. Wie aus den dem Bundesvergabeamt vorliegenden Unterlagen zur Finanzgebarung des Vereins für die Geschäftsjahre 2007 und 2008 vergleiche Abschlussbericht 2007, Einnahmen und Ausgaben 2007 samt detaillierten Darstellungen OZ 17, Gewinn- und Verlustrechnung 2008, Bilanz zum 31.12.2008, OZ 27, 28) ersichtlich wird, erhält der Verein sowohl Subventionen für den laufenden Betrieb als auch sog. Bausubventionen im Zusammenhang mit der Errichtung und Erhaltung der Studenten- und Schülerheime sowie der Internate und diverser Infrastruktur. In Übereinstimmung mit diesen Finanzunterlagen erläuterte der Geschäftsführer des Vereins in der mündlichen Verhandlung, dass zu den Vereinsmitteln Benützungsentgelte für Zimmer und Sportstätten, Umsatzerlöse der Mensen, Landessubventionen für den laufenden Betrieb der Schülerinternate im Ausmaß von 3 - 3,5 % der Gesamtbetriebseinnahmen sowie Bausubventionen für diverse Projekte zu zählen seien. Die Basis der überwiegenden Vereinsmittel seien Benützungsentgelte für die Unterbringung der Studenten. Die Betriebssubventionen erhalte der Verein ausschließlich vom Land OÖ; die Bausubventionen für einzelne Bauvorhaben seien im Jahr 2007 vom Land OÖ, vom Bund, von der Wirtschaftskammer OÖ und den Bundesländern Vorarlberg, NÖ und Burgenland bereit gestellt worden. Die Subventionen von Bund und Land OÖ würden in der Regel über mindestens 5 Jahre aufgeteilt dem Verein ausbezahlt. Infolge der jährlichen Zahlung enthalte die Position "Subventionen" in der Einnahmen- und Ausgabenrechnung die dem Verein tatsächlich im jeweiligen Geschäftsjahr zufließende Finanzierung. Indirekte Subventionen durch Zinsvorteile bei Wohnbauförderungsdarlehen würden bei Wohnbauförderungsmitteln von Euro XXXXXX im Jahr 2007 etwa 2% ausmachen.

Unmaßgeblich ist aus welchen Mitteln die staatliche Finanzierung erfolgt. Sowohl allgemeine Steuermittel, Mittel einer zweckgebundenen Gebarung oder auch speziell gewidmetes Sondervermögen sind zu berücksichtigen. Aufgrund des funktionalen Begriffsverständnisses sind aber auch Formen indirekter Finanzierungen ausreichend, sofern diese Mittel gesetzlich, also hoheitlich geregelt und nicht Ausfluss einer vertraglichen Beziehung zwischen der Einrichtung und Dritten sind (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, § 3 Rz 83). Unmaßgeblich ist aus welchen Mitteln die staatliche Finanzierung erfolgt. Sowohl allgemeine Steuermittel, Mittel einer zweckgebundenen Gebarung oder auch speziell gewidmetes Sondervermögen sind zu berücksichtigen. Aufgrund des funktionalen Begriffsverständnisses sind aber auch Formen indirekter Finanzierungen ausreichend, sofern diese Mittel gesetzlich, also hoheitlich geregelt und nicht Ausfluss einer vertraglichen Beziehung zwischen der Einrichtung und Dritten sind vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, Paragraph 3, Rz 83).

Laut Bilanz bzw. Gewinn- und Verlustrechnung des V jeweils zum Stichtag 31.12.2008 (vgl. OZ 27, 28) erhielt der Verein im Geschäftsjahr 2008 direkte Förderungen in Form von Bausubventionen im Ausmaß von Euro XXXXXX und in Form von zweckgebundenen Betriebssubventionen im Ausmaß von Euro XXXXXX. Die Betriebsmittelerlöse (inkl. zweckgebundene Betriebssubventionen) beliefen sich auf gesamt Euro XXXXXX. Laut Bilanz bzw. Gewinn- und Verlustrechnung des römisch fünf jeweils zum Stichtag 31.12.2008 vergleiche OZ 27, 28) erhielt der Verein im Geschäftsjahr 2008 direkte Förderungen in Form von Bausubventionen im Ausmaß von Euro XXXXXX und in Form von zweckgebundenen Betriebssubventionen im Ausmaß von Euro XXXXXX. Die Betriebsmittelerlöse (inkl. zweckgebundene Betriebssubventionen) beliefen sich auf gesamt Euro XXXXXX.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass sich im Grundbuch eine durchgängige öffentliche Finanzierung von Grundstücken und Bauwerken zeige und dass insgesamt Euro XXXXXX an Darlehen der öffentlichen Hände, insbesondere des Bundes und des Landes OÖ gewährt worden seien, ist anzumerken, dass die im Grundbuch eingetragenen Belastungen gesamt naturgemäß nicht dem aktuellen Stand an Verbindlichkeiten, also abzüglich bereits geleisteter Rückzahlungen entsprechen. Laut EUGH erfolgt die Berechnung einer überwiegenden Finanzierung iS von § 3 BVergG auf jährlicher Basis und ein solcherart ermittelter vergaberechtlicher Status einer Einrichtung darf während des konkreten Vergabeverfahrens keiner Änderung unterliegen (EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RdN 34ff).

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass sich im Grundbuch eine durchgängige öffentliche Finanzierung von Grundstücken und Bauwerken zeige und dass insgesamt Euro XXXXXX an Darlehen der öffentlichen Hände, insbesondere des Bundes und des Landes OÖ gewährt worden seien, ist anzumerken, dass die im Grundbuch eingetragenen Belastungen gesamt naturgemäß nicht dem aktuellen Stand an Verbindlichkeiten, also abzüglich bereits geleisteter Rückzahlungen entsprechen. Laut EUGH erfolgt die Berechnung einer überwiegenden Finanzierung iS von Paragraph 3, BVergG auf jährlicher Basis und ein solcherart ermittelter vergaberechtlicher Status einer Einrichtung darf während des konkreten Vergabeverfahrens keiner Änderung unterliegen (EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RdN 34ff).

An Verbindlichkeiten für WFB-Darlehen sind in der Bilanz, Stand 31.12.2007, Euro XXXXXX verzeichnet. Unter Zugrundelegung der vom Verein bei Darlehensaufnahmen auf dem freien Kapitalmarkt erhaltenen Kreditkonditionen, wonach sich die Sollzinsen entweder nach einer definierten Fixzinsphase oder sofort vierteljährlich entsprechend dem 3-Monats-Satz EURIBOR + 0,5% anpassen und auf volle 0,1%-Punkte kaufmännisch zu runden ist (vgl. OZ 27 Abstattungskreditverträge vom 4.7.2006) und bei einer Effektivverzinsung des Landesdarlehens von jährlich 0,5% (vgl. Zusicherung Förderung der Sanierung eines Wohnheimes vom 28.10.2008, OZ 27, 27a über einen halbjährlichen Annuitätenzuschuss von 3,58% über die 15-jährige Laufzeit) ergibt sich für 2008 eine durchschnittliche Ersparnis an Zinsen von effektiv 4,6 % (vgl. Berechnung OZ 28a auf Basis des von der OENB für 2008 verlautbarten 3-Monat-Satz EURIBOR von 4,64%, Stand 3/2009). Der zu berücksichtigende Betrag an indirekten Subventionen aus Zinsersparnis beträgt somit im Jahr 2008 maximal Euro XXXXXX. Diese Mittel kommen gemäß den Regelungen des Oö Wohnbauförderungsgesetzes 1993 und der Oö Wohnhaussanierungs-Verordnung, welche Vertragsinhalt der Zusicherung des Landes OÖ über die Gewährung von Annuitätenzuschüssen sind, dem Verein dem Grunde nach gesetzlich verpflichtend und der Höhe nach gesetzlich fixiert oder zumindest hoheitlich determiniert zu (vgl. EUGH 13.12.2007, Rs C-337/06, Bayrischer Rundfunk RdN 41f).

An Verbindlichkeiten für WFB-Darlehen sind in der Bilanz, Stand 31.12.2007, Euro XXXXXX verzeichnet. Unter Zugrundelegung der vom Verein bei Darlehensaufnahmen auf dem freien Kapitalmarkt erhaltenen Kreditkonditionen, wonach sich die Sollzinsen entweder nach einer definierten Fixzinsphase oder sofort vierteljährlich entsprechend dem 3-Monats-Satz EURIBOR + 0,5% anpassen und auf volle 0,1%-Punkte kaufmännisch zu runden ist (vergleiche OZ 27 Abstattungskreditverträge vom 4.7.2006) und bei einer Effektivverzinsung des Landesdarlehens von jährlich 0,5% (vergleiche Zusicherung Förderung der Sanierung eines Wohnheimes vom 28.10.2008, OZ 27, 27a über einen halbjährlichen Annuitätenzuschuss von 3,58% über die 15-jährige Laufzeit) ergibt sich für 2008 eine durchschnittliche Ersparnis an Zinsen von effektiv 4,6 % (vergleiche Berechnung OZ 28a auf Basis des von der OENB für 2008 verlautbarten 3-Monat-Satz EURIBOR von 4,64%, Stand 3 aus 2009). Der zu berücksichtigende Betrag an indirekten Subventionen aus Zinsersparnis beträgt somit im Jahr 2008 maximal Euro XXXXXX. Diese Mittel kommen gemäß den Regelungen des Oö Wohnbauförderungsgesetzes 1993 und der Oö Wohnhaussanierungs-Verordnung, welche Vertragsinhalt der Zusicherung des Landes OÖ über die Gewährung von Annuitätenzuschüssen sind, dem Verein dem Grunde nach gesetzlich verpflichtend und der Höhe nach gesetzlich fixiert oder zumindest hoheitlich determiniert zu (vergleiche EUGH 13.12.2007, Rs C-337/06, Bayrischer Rundfunk RdN 41f).

Von einer weiteren Anrechnung von Studentenförderungen, Wohnkostenbeihilfen und Stipendien - soweit diese "letztlich dem Wohnen dienen" - ist entgegen den Vorstellungen der Antragstellerin abzusehen. Es handelt sich dabei weder um eine direkte, noch um eine indirekte Förderung der Einrichtung, sondern vielmehr um eine reine Personenförderung. Diese Beihilfen werden an die Studenten persönlich ausbezahlt und diese treffen sodann allein die Entscheidung, ob sie eine der Einrichtungen des Vereins oder eine andere Wohnmöglichkeit, etwa im Freundes- oder Familienkreis nutzen.

Im Geschäftsjahr 2008 lag der staatliche Finanzierungsanteil des Vereins im Verhältnis zu den Vereinseinnahmen von

gesamt Euro XXXXXX für erhaltene Subventionen von gesamt Euro XXXXXX bei 35,75% (vgl. Berechnung OZ 28a). Somit war im Zeitpunkt der Ausschreibung im November 2008 jedenfalls keine über 50%-Punkte reichende staatliche Finanzierung des Vereins iS von § 3 BVergG gegeben (vgl. BVA 17.5.1996, N-17/96-34). Im Geschäftsjahr 2008 lag der staatliche Finanzierungsanteil des Vereins im Verhältnis zu den Vereinseinnahmen von gesamt Euro XXXXXX für erhaltene Subventionen von gesamt Euro XXXXXX bei 35,75% (vergleiche Berechnung OZ 28a). Somit war im Zeitpunkt der Ausschreibung im November 2008 jedenfalls keine über 50%-Punkte reichende staatliche Finanzierung des Vereins iS von Paragraph 3, BVergG gegeben (vergleiche BVA 17.5.1996, N-17/96-34).

Zu Leitungsaufsicht:

Bei der Bewertung der öffentlichen Einflussnahmemöglichkeiten im Sinn der Leitungsaufsicht stellt der EuGH auf eine Gesamtschau ab. Gewichtige Indizien für das Vorliegen einer staatlichen Kontrolle stellen die begleitende Aufsicht durch die öffentliche Verwaltung oder die Kontrolle durch spezifische Kontrollorgane dar. Ein bedeutender Einfluss der öffentlichen Hand kann auch zB durch die aus der Eigentümerstellung erwachsenden Aufsichtsbefugnisse oder auf Grundlage genauer gesetzlicher Determinierung des Tätigwerdens der betreffenden Einrichtung sowie entsprechender Überwachung vermittelt werden (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, § 3 Rz 86 unter Hinweis auf die Europäische Judikatur). Bei der Bewertung der öffentlichen Einflussnahmemöglichkeiten im Sinn der Leitungsaufsicht stellt der EuGH auf eine Gesamtschau ab. Gewichtige Indizien für das Vorliegen einer staatlichen Kontrolle stellen die begleitende Aufsicht durch die öffentliche Verwaltung oder die Kontrolle durch spezifische Kontrollorgane dar. Ein bedeutender Einfluss der öffentlichen Hand kann auch zB durch die aus der Eigentümerstellung erwachsenden Aufsichtsbefugnisse oder auf Grundlage genauer gesetzlicher Determinierung des Tätigwerdens der betreffenden Einrichtung sowie entsprechender Überwachung vermittelt werden (vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, Kommentar2, Paragraph 3, Rz 86 unter Hinweis auf die Europäische Judikatur).

Den Bestimmungen der Satzung folgend stellt die, ausschließlich aus natürlichen Personen gebildete Vollversammlung das höchste Entscheidungsgremium in allen Angelegenheiten des Vereins dar (vgl. §5 iVm § 9 Vereinssatzungen). Die Satzung kennt kein ausdrückliches Aufsichtsorgan - auch das Schiedsgericht (§18) übt keine Aufsichtsfunktion aus - und die Aufsicht über die Organe des Vereins obliegt damit der Vollversammlung (vgl. § 9). Den Bestimmungen der Satzung folgend stellt die, ausschließlich aus natürlichen Personen gebildete Vollversammlung das höchste Entscheidungsgremium in allen Angelegenheiten des Vereins dar (vergleiche §5 in Verbindung mit Paragraph 9, Vereinssatzungen). Die Satzung kennt kein ausdrückliches Aufsichtsorgan - auch das Schiedsgericht (§18) übt keine Aufsichtsfunktion aus - und die Aufsicht über die Organe des Vereins obliegt damit der Vollversammlung (vergleiche Paragraph 9.).

Der in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Geschäftsverteilung (Stand 12.11.2003) ist zu entnehmen, dass der die Geschäfte führende Vereinsvorstand zwar zu seiner Unterstützung oder auch zur alleinigen Geschäftsführung einen Verwaltungsausschuss ua mit der Abwicklung der "Vergabe von Aufträgen bei Bauvorhaben, Großsanierungen und Einrichtungen, sowie sonstiger besonderer Investitionen" betrauen kann (vgl. Beilage 2 zu OZ 22, § 2 Abs 9 Geschäftsverteilung). Gleichzeitig behält er sich jedoch ausdrücklich die Entscheidung nicht nur in Einzelfällen selbst vor (vgl. § 8 Geschäftsverteilung) und in keinem Fall (arg. "Betrauung mit Geschäftsabwicklung") wird die Zuständigkeit des obersten Entscheidungsgremiums des Vereins insbesondere in den in § 9 Vereinssatzungen ausdrücklich genannten und ihr allein vorbehaltenen grundsätzlichen Angelegenheiten auf andere staatliche bzw. dem Staat zuzurechnende Einrichtungen. Zu den der Vollversammlung vorbehaltenen Angelegenheiten zählen etwa die Genehmigung des Rechenschaftsberichtes der Funktionäre und Rechnungsprüfer, die Entlastung des für die Abfassung des jährlichen Rechnungsabschlusses und die Gesamtverwaltung des Vereinsvermögens verantwortlichen Vorstandes sowie auch dessen Enthebung (vgl. § 9ff. Vereinssatzung). Der in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Geschäftsverteilung (Stand 12.11.2003) ist zu entnehmen, dass der die Geschäfte führende Vereinsvorstand zwar zu seiner Unterstützung oder auch zur alleinigen Geschäftsführung einen Verwaltungsausschuss ua mit der Abwicklung der "Vergabe von Aufträgen bei Bauvorhaben, Großsanierungen und Einrichtungen, sowie sonstiger besonderer Investitionen" betrauen kann (vergleiche Beilage 2 zu OZ 22, Paragraph 2, Absatz 9, Geschäftsverteilung). Gleichzeitig behält er sich jedoch ausdrücklich die Entscheidung nicht nur in Einzelfällen selbst vor (vergleiche Paragraph 8, Geschäftsverteilung) und in keinem Fall (arg. "Betrauung mit Geschäftsabwicklung") wird die Zuständigkeit des obersten Entscheidungsgremiums des Vereins insbesondere in den in Paragraph 9, Vereinssatzungen ausdrücklich

genannten und ihr allein vorbehaltenen grundsätzlichen Angelegenheiten auf andere staatliche bzw. dem Staat zuzurechnende Einrichtungen. Zu den der Vollversammlung vorbehaltenen Angelegenheiten zählen etwa die Genehmigung des Rechenschaftsberichtes der Funktionäre und Rechnungsprüfer, die Entlastung des für die Abfassung des jährlichen Rechnungsabschlusses und die Gesamtverwaltung des Vereinsvermögens verantwortlichen Vorstandes sowie auch dessen Enthebung (vergleiche Paragraph 9 f, f, Vereinssatzung).

Zu den in den jeweils zwischen dem Verein und dem Bund bzw. dem Land Oberösterreich geschlossenen Übereinkommen (vgl. Beilage zu OZ 4, 6. Nachtrag vom 14.11.2008; Übereinkommen vom 25.4.2008) enthaltenen Rechten auf Einsichtnahme in die Unterlagen führte der Geschäftsführer in der mündlichen Verhandlung in Übereinstimmung mit den dem Senat vorliegenden Unterlagen aus, dass das Land OÖ hinsichtlich der Kontrolle der zweckgebundenen Verwendung der Fördermittel durch Vorlage der konkreten Bauabrechnungen Gelegenheit zur Einschau erhalte. Es sei weiters üblich, dass sich das Land im Zuge der Mittelanforderung über die zweckgebundene Verwendung der Fördermittel informiere. In den letzten 10 Jahren hätten keine Revisionen stattgefunden und das Land OÖ habe auch das ihm ebenfalls zukommende Recht auf Einsicht in die Berechnungsgrundlagen für die Heimbewohnungsgebühr bislang nicht ausgeübt. Auf Anfrage des Vereins habe der Bund gleichfalls darauf verzichtet, sich entsprechend dem mit dem Verein geschlossenen Übereinkommen betreffend die Förderungsmittel den Betriebsabrechnungsbogen jährlich vorlegen zu lassen. Seitens des WIFI OÖ gäbe es keine Vereinbarungen über Einsichtnahme- oder Offenlegungsrechte und sonstige Förderungsgeber, wie z.B. das Land Niederösterreich, hätten als Gegenleistung für die Mittelzuwendung die Garantie für einige Heimplätze erhalten. Zu den in den jeweils zwischen dem Verein und dem Bund bzw. dem Land Oberösterreich geschlossenen Übereinkommen (vergleiche Beilage zu OZ 4, 6. Nachtrag vom 14.11.2008; Übereinkommen vom 25.4.2008) enthaltenen Rechten auf Einsichtnahme in die Unterlagen führte der Geschäftsführer in der mündlichen Verhandlung in Übereinstimmung mit den dem Senat vorliegenden Unterlagen aus, dass das Land OÖ hinsichtlich der Kontrolle der zweckgebundenen Verwendung der Fördermittel durch Vorlage der konkreten Bauabrechnungen Gelegenheit zur Einschau erhalte. Es sei weiters üblich, dass sich das Land im Zuge der Mittelanforderung über die zweckgebundene Verwendung der Fördermittel informiere. In den letzten 10 Jahren hätten keine Revisionen stattgefunden und das Land OÖ habe auch das ihm ebenfalls zukommende Recht auf Einsicht in die Berechnungsgrundlagen für die Heimbewohnungsgebühr bislang nicht ausgeübt. Auf Anfrage des Vereins habe der Bund gleichfalls darauf verzichtet, sich entsprechend dem mit dem Verein geschlossenen Übereinkommen betreffend die Förderungsmittel den Betriebsabrechnungsbogen jährlich vorlegen zu lassen. Seitens des WIFI OÖ gäbe es keine Vereinbarungen über Einsichtnahme- oder Offenlegungsrechte und sonstige Förderungsgeber, wie z.B. das Land Niederösterreich, hätten als Gegenleistung für die Mittelzuwendung die Garantie für einige Heimplätze erhalten.

Weder diese Einsichtsrechte des Bundes oder des Landes OÖ, noch die im genannten Übereinkommen gleichfalls vorgesehenen Verpflichtungen des Vereins zur bevorzugten Versorgung von Schülerinnen aus Oberösterreich mit in diesen Heimen befindlichen Wohnplätzen bzw. das dem Bund zugestandene Recht der Vergabe von 250 Pensionsplätzen an Bundesschüler oder die Garantie für einige Heimplätze gegenüber dem Land Niederösterreich, machen eine konkrete, also spezifisch staatliche Entscheidungsbeeinflussung in dem Sinne möglich, dass der Staat zumindest mittelbar - auch ohne explizite Kontrollbefugnisse speziell für die Auftragsvergabe und unerheblich ob über privatrechtliche oder öffentlich rechtliche Instrumente verwirklicht - auf die Entscheidung der Einrichtung im Bezug auf die konkrete verfahrensgegenständliche öffentliche Auftragsvergabe Einfluss nehmen kann (EuGH 17.12.1998, RS C-306/97, Connemara Machine Turf RdN 34; RV 1087 BLG NR 21. GP14). Wenn auch entgegen der Vereinbarung offenbar nicht wahrgenommen, handelt es sich dabei auch nicht um eine aktive die Geschäftspolitik der jeweiligen Einrichtung betreffende Aufsichtsbezugnis etwa durch die Kontrolle des Jahresabschlusses und der laufenden Gebarung, welche eine ständige Kontrolle impliziert (vgl. EuGH 1.2.2001, Rs C-237/99, Sozialwohnungsanlagen RdN 56), und so eine vergaberechtlich relevante Bindung an die öffentliche Hand konstituiert. Weder diese Einsichtsrechte des Bundes oder des Landes OÖ, noch die im genannten Übereinkommen gleichfalls vorgesehenen Verpflichtungen des Vereins zur bevorzugten Versorgung von Schülerinnen aus Oberösterreich mit in diesen Heimen befindlichen Wohnplätzen bzw. das dem Bund zugestandene Recht der Vergabe von 250 Pensionsplätzen an Bundesschüler oder die Garantie für einige Heimplätze gegenüber dem Land Niederösterreich, machen eine konkrete, also spezifisch staatliche Entscheidungsbeeinflussung in dem Sinne möglich, dass der Staat zumindest mittelbar - auch ohne explizite Kontrollbefugnisse speziell für die Auftragsvergabe und unerheblich ob über privatrechtliche oder öffentlich rechtliche Instrumente verwirklicht - auf die Entscheidung der Einrichtung im Bezug auf die konkrete verfahrensgegenständliche

öffentliche Auftragsvergabe Einfluss nehmen kann (EuGH 17.12.1998, RS C- 306/97, Connemara Machine Turf RdN 34; Regierungsvorlage 1087 BLG NR 21. GP14). Wenn auch entgegen der Vereinbarung offenbar nicht wahrgenommen, handelt es sich dabei auch nicht um eine aktive die Geschäftspolitik der jeweiligen Einrichtung betreffende Aufsichtsbezugnis etwa durch die Kontrolle des Jahresabschlusses und der laufenden Gebarung, welche eine ständige Kontrolle impliziert vergleiche EUGH 1.2.2001, Rs C-237/99, Sozialwohnungseinrichtungen RdN 56), und so eine vergaberechtlich relevante Bindung an die öffentliche Hand konstituiert.

Auch die gleichfalls vertraglich vereinbarten Verpflichtungen des Vereins, im Falle der Nichteinhaltung des Übereinkommens den vom Land Oberösterreich erhaltenen Förderungsbeitrag verzinst zurückzuzahlen und dem möglicherweise vom Bund ausgeübten Recht auf wertgesicherte Rückforderung der erhaltenen Mittel nachzukommen (vgl. OZ 4), stellen keine begleitende Kontrolle des Vereins und seiner gesamten Tätigkeit im eigentlichen Sinn einer Leitungsaufsicht gemäß § 3 Abs 1 Z 2 lit c BVergG dar. Der zweckgebundene und rechtmäßige Einsatz der Mittel beim konkreten Bauvorhaben wird vielmehr, vergleichbar einer bloßen aufsichtsbehördlichen Richtigkeits- oder Rechtmäßigkeitskontrolle ex post überprüft, womit für sich genommen das Kriterium der Leitungsaufsicht nicht erfüllt wird (vgl. RV 1171 Blg NR 22. GP 24). Weder dem Bund noch dem Land Oberösterreich oder anderen öffentlichen Einrichtungen eröffnen sich damit Steuerungsmöglichkeiten bezüglich der Leitung der Einrichtung, die über eine aufsichtsbehördliche Rechtmäßigkeitskontrolle hinausgehen. Auch die gleichfalls vertraglich vereinbarten Verpflichtungen des Vereins, im Falle der Nichteinhaltung des Übereinkommens den vom Land Oberösterreich erhaltenen Förderungsbeitrag verzinst zurückzuzahlen und dem möglicherweise vom Bund ausgeübten Recht auf wertgesicherte Rückforderung der erhaltenen Mittel nachzukommen vergleiche OZ 4), stellen keine begleitende Kontrolle des Vereins und seiner gesamten Tätigkeit im eigentlichen Sinn einer Leitungsaufsicht gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG dar. Der zweckgebundene und rechtmäßige Einsatz der Mittel beim konkreten Bauvorhaben wird vielmehr, vergleichbar einer bloßen aufsichtsbehördlichen Richtigkeits- oder Rechtmäßigkeitskontrolle ex post überprüft, womit für sich genommen das Kriterium der Leitungsaufsicht nicht erfüllt wird vergleiche Regierungsvorlage 1171 Blg NR 22. Gesetzgebungsperiode 24). Weder dem Bund noch dem Land Oberösterreich oder anderen öffentlichen Einrichtungen eröffnen sich damit Steuerungsmöglichkeiten bezüglich der Leitung der Einrichtung, die über eine aufsichtsbehördliche Rechtmäßigkeitskontrolle hinausgehen.

Da im Unterschied zum Merkmal der überwiegenden Finanzierung - wo eine Einrichtung per se dem Wettbewerb ein Stück weit entzogen und in die Lage versetzt wird, ihre Entscheidungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten zu lassen - bei staatlichen Aufsichtsmaßnahmen dies nur der Fall ist, wenn der Staat direkt auf Unternehmensentscheidungen der Einrichtung durchgreifen kann, ist eine qualitative Beherrschung des Vereins durch eine Leitungsaufsicht iS von § 3 Abs 1 Z 2 lit. c BVergG nicht gegeben. Da im Unterschied zum Merkmal der überwiegenden Finanzierung - wo eine Einrichtung per se dem Wettbewerb ein Stück weit entzogen und in die Lage versetzt wird, ihre Entscheidungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten zu lassen - bei staatlichen Aufsichtsmaßnahmen dies nur der Fall ist, wenn der Staat direkt auf Unternehmensentscheidungen der Einrichtung durchgreifen kann, ist eine qualitative Beherrschung des Vereins durch eine Leitungsaufsicht iS von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG nicht gegeben.

Zu Zusammensetzung der Organe:

Schließlich kann auch ein entsprechender Einfluss auf die mehrheitliche Zusammensetzung von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen einer Einrichtung entweder durch Beschickung von deren Mitgliedern oder durch unmittelbare Einflussnahme eine enge Staatsbindung iS von § 3 Abs 1 lit c leg. cit. hervorrufen. Schließlich kann auch ein entsprechender Einfluss auf die mehrheitliche Zusammensetzung von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen einer Einrichtung entweder durch Beschickung von deren Mitgliedern oder durch unmittelbare Einflussnahme eine enge Staatsbindung iS von Paragraph 3, Absatz eins, Litera c, leg. cit. hervorrufen.

Nach § 5 der Satzungen gibt es 2 Mitglieder-Arten, nämlich a) Mitglieder (ds Absolventen von Universitäten und Hochschulen, die in Oberösterreich ihren Wohnsitz haben und dort auch beruflich tätig) und b) Förderer (ds physische oder juristische Personen, Standes- und Interessensvertretungen oder sonstige Institutionen oder Vereine, welche durch jährliche finanzielle Zuwendungen den Verein bei der Erreichung der Vereinsziele unterstützen). Letzteren kommt weder ein aktives noch ein passives Wahlrecht zu und Förderer sind nicht Mitglieder der Vollversammlung (vgl. §§ 5, 7 Vereinssatzungen). Das oberste leitende Organ des Vereins, die Vollversammlung besteht daher jedenfalls nur aus physischen Personen und über die Aufnahme neuer Mitglieder entscheidet der selbst ebenfalls aus dem Kreis der

Mitglieder von der Vollversammlung gewählte Vorstand endgültig (vgl. § 9ff. Vereinssatzungen). Öffentliche Einrichtungen können als juristische Personen somit nicht bei der Wahl oder Bestellung von Vereinsorganen gleich welcher Art mitwirken, sie sind selbst nicht einmal mit Stimmrecht ausgestattet (einfache) Mitglieder des Vereins. Die Regelungen der Satzungen in ihrer Gesamtheit enthalten keinen Hinweis auf eine unmittelbare oder auch nur mittelbare Möglichkeit des Bundes oder der Länder auf die Auswahl von Vereinsmitgliedern, damit auf die Beschickung oder eine staatliche Einflussnahme auf die Zusammensetzung eines Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des zu prüfenden Vereins. Dieses (Alternativ-) Kriterium trifft gegenständlich nicht zu. Nach Paragraph 5, der Satzungen gibt es 2 Mitglieder-Arten, nämlich a) Mitglieder (ds Absolventen von Universitäten und Hochschulen, die in Oberösterreich ihren Wohnsitz haben und dort auch beruflich tätig) und b) Förderer (ds physische oder juristische Personen, Standes- und Interessensvertretungen oder sonstige Institutionen oder Vereine, welche durch jährliche finanzielle Zuwendungen den Verein bei der Erreichung der Vereinsziele unterstützen). Letzteren kommt weder ein aktives noch ein passives Wahlrecht zu und Förderer sind nicht Mitglieder der Vollversammlung vergleiche Paragraphen 5, 7, Vereinssatzungen). Das oberste leitende Organ des Vereins, die Vollversammlung besteht daher jedenfalls nur aus physischen Personen und über die Aufnahme neuer Mitglieder entscheidet der selbst ebenfalls aus dem Kreis der Mitglieder von der Vollversammlung gewählte Vorstand endgültig vergleiche Paragraph 9 f, f, Vereinssatzungen). Öffentliche Einrichtungen können als juristische Personen somit nicht bei der Wahl oder Bestellung von Vereinsorganen gleich welcher Art mitwirken, sie sind selbst nicht einmal mit Stimmrecht ausgestattet (einfache) Mitglieder des Vereins. Die Regelungen der Satzungen in ihrer Gesamtheit enthalten keinen Hinweis auf eine unmittelbare oder auch nur mittelbare Möglichkeit des Bundes oder der Länder auf die Auswahl von Vereinsmitgliedern, damit auf die Beschickung oder eine staatliche Einflussnahme auf die Zusammensetzung eines Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des zu prüfenden Vereins. Dieses (Alternativ-) Kriterium trifft gegenständlich nicht zu.

Selbst im Lichte der Judikatur des EUGH, der die Auftraggebereigenschaft tendenziell bejaht, sofern mehrere der aufgezählten Beherrschungskriterien weitgehend erfüllt werden und eine Gesamtbetrachtung keinen Zweifel an einer staatlichen Beherrschung offen lässt (vgl. EuGH Rs C-44/99, Mannesmann RdN 28), ist wegen Fehlens aller drei Erscheinungsformen einer staatlichen Beherrschung gemäß § 3 Abs 1 Z 2 lit. c BVergG die qualifizierte, enge Verbindung des Vereins an den Bund oder ein bzw. mehrere Bundesländer zu verneinen. Selbst im Lichte der Judikatur des EUGH, der die Auftraggebereigenschaft tendenziell bejaht, sofern mehrere der aufgezählten Beherrschungskriterien weitgehend erfüllt werden und eine Gesamtbetrachtung keinen Zweifel an einer staatlichen Beherrschung offen lässt vergleiche EuGH Rs C-44/99, Mannesmann RdN 28), ist wegen Fehlens aller drei Erscheinungsformen einer staatlichen Beherrschung gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG die qualifizierte, enge Verbindung des Vereins an den Bund oder ein bzw. mehrere Bundesländer zu verneinen.

Zum Vorbringen, das BVergG sei gemäß § 3 Abs 3 leg. cit jedenfalls anwendbar ist festzustellen, dass - wie im übrigen die Antragstellerin nicht einmal behauptet - keine der den gegenständlich zur Vergabe gelangenden Auftrag direkt oder indirekt subventionierende Gebietskörperschaften (Bund, Land Oberösterreich), als vergebende Stelle im Namen und für Rechnung des Vereins auftreten. Zum Vorbringen, das BVergG sei gemäß Paragraph 3, Absatz 3, leg. cit jedenfalls anwendbar ist festzustellen, dass - wie im übrigen die Antragstellerin nicht einmal behauptet - keine der den gegenständlich zur Vergabe gelangenden Auftrag direkt oder indirekt subventionierende Gebietskörperschaften (Bund, Land Oberösterreich), als vergebende Stelle im Namen und für Rechnung des Vereins auftreten.

Der zu dem besonderen Zweck der Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden nicht gewerblichen Aufgabe gegründete vollrechtsfähige Verein ist somit infolge Fehlens weder der hierfür gebotenen überwiegenden staatlichen Finanzierung noch einer staatlichen Beherrschung nicht als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG anzusehen, weshalb das im Spruchpunkt 1 wiedergegebene inhaltliche Begehren zurückzuweisen war. Der zu dem besonderen Zweck der Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden nicht gewerblichen Aufgabe gegründete vollrechtsfähige Verein ist somit infolge Fehlens weder der hierfür gebotenen überwiegenden staatlichen Finanzierung noch einer staatlichen Beherrschung nicht als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG anzusehen, weshalb das im Spruchpunkt 1 wiedergegebene inhaltliche Begehren zurückzuweisen war.

II. Zu Spruchpunkt 2:römisch zwei. Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG, hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß

Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG, hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 10.3.2009, N/0012-BVA/02/2009-EV12 teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt 1 zurückgewiesen. Demnach liegt auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 BVergG vor und der Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der Pauschalgebühren ist (somit sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) gemäß § 319 Abs 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 10.3.2009, N/0012-BVA/02/2009-EV12 teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt 1 zurückgewiesen. Demnach liegt auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vor und der Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der Pauschalgebühren ist (somit sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG abzuweisen.

Schlagworte

Einrichtung öffentlichen Rechts, öffentlicher Auftraggeber, Verein, Aufgaben im Allgemeininteresse, Aufgaben nicht gewerblicher Art, Gewinnerzielungsabsicht, gezielte Gewinnerwirtschaftung, Wettbewerb auf dem Markt, staatliche Beherrschung, Leitungskontrolle, Zusammensetzung der Organe;

Zuletzt aktualisiert am

10.06.2009

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