

TE Verg Bescheid 2008/3/3 N/0012-BVA/07/2008-33

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.03.2008

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §169 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitth

BVergG 2006 §35

BVergG 2006 §199

BVergG 2006 idF BGBl I Nr. 86/2007 §319

BVergG 2006 idF BGBl I Nr. 86/2007 §321 Abs2

BVergG 2006 idF BGBl I Nr. 86/2007 §325 Abs1

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

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 35 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 199 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, idF BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend den "Wettbewerb über Planungsleistungen für das Expertenverfahren Bahnhof City" des Auslobers ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H., Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, vertreten durch Y***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11.1.2008, verbessert eingebracht am 16.1.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im

Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVerG), betreffend den "Wettbewerb über Planungsleistungen für das Expertenverfahren Bahnhof City" des Auslobers ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H., Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, vertreten durch Y***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11.1.2008, verbessert eingebracht am 16.1.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine mündliche Verhandlung anberaumen und sodann die Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren für das Projekt 'Bahnhof City' und somit auch die von der Antragsgegnerin getroffene Wahl des Vergabeverfahrens, nämlich die Durchführung eines geladenen Wettbewerbsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung, für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Ausschreibung ("Wettbewerbsunterlagen") betreffend das Vergabeverfahren für das Projekt "Bahnhof City" und somit auch die von der ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H. getroffene Wahl des Vergabeverfahrens, nämlich die Durchführung eines geladenen Wettbewerbsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung, wird für nichtig erklärt.

Il.römisch zwei.

Dem auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren gerichteten Antrag der Antragstellerin wird stattgegeben.

Die ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H. wird verpflichtet, der A***, zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung X***, die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 1.600,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

In ihrem Schriftsatz vom 11.1.2008, verbessert eingebracht am 16.1.2008, brachte die A***, vertreten durch X*** (idF Antragsteller) Folgendes vor: In ihrem Schriftsatz vom 11.1.2008, verbessert eingebracht am 16.1.2008, brachte die A***, vertreten durch X*** in der Fassung Antragsteller) Folgendes vor:

Die ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H. habe einzelne ausgewählte Architekten zur Teilnahme an einem geladenen Wettbewerb über Planungsleistungen für das Expertenverfahren Bahnhof City auf dem Gebiet des künftigen Hauptbahnhofes Wien eingeladen. Es sei weder eine Bekanntmachung erfolgt, noch sei der Antragsteller eingeladen worden, an diesem Wettbewerb teilzunehmen. Er habe erst durch eine telefonische Information österreichischer Architektenkollegen am 7.1.2008 vom gegenständlich durchgeführten Wettbewerbsverfahren erfahren. So sollten an den Sieger dieses "Verfahrens" Planungsleistungen für Gebäude, in denen u.a. die ÖBB-Konzernzentrale untergebracht werden solle, vergeben werden. Aus dem Projektumfang ergebe sich, dass der Auftragswert der zu vergebenden Planungsleistungen weit über dem Schwellenwert von Euro 206.000,-- liege und somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei.

Die ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H. sei eine 100%ige Tochter der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, welche wiederum über die Beteiligung der ÖBB-Holding AG zur Gänze im Eigentum der Republik Österreich stehe. Sie sei vom Gesetzgeber zu dem Zweck geschaffen, die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung der Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG (ausgenommen jene Liegenschaften, die der Schieneninfrastruktur und den Leistungen zu deren Nutzung wie Weichen, Zugsteuerung oder Kommunikations- oder Informationssysteme dienen) vorzunehmen. Ihr Stammkapital betrage Euro 35.000,--. Mit Generalversammlungsbeschluss vom 16.3.2005 sei von der Alleingesellschafterin die Spaltung zur Aufnahme eines Vermögensteils der ÖBB gemäß dem Spaltungs- und Übernahmevertrag vom 15.3.2005, und zwar des Teilbetriebes Immobilienmanagement beschlossen und die Errichtungserklärung neu gefasst worden. Das Stammkapital sei nicht erhöht worden. Gegenstand des Unternehmens des Antragsgegners sei laut dem Gesellschaftsvertrag die Verfügung über die Nutzungsrechte und die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung von Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sowie die Ausübung der ihm zur Erfüllung dieser Aufgabe gemäß § 24 Abs. 2 Bundesbahngesetz einzuräumenden Rechte. Dies entspreche der einfachgesetzlichen Vorgabe in § 24 Bundesbahngesetz. Nach Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages liege die Verfolgung dieses Unternehmensgegenstandes darüber hinaus auch im gemeinsamen Interesse jener Gesellschaften, an denen die ÖBB-Holding AG direkt oder indirekt mehrheitlich beteiligt sei. Deshalb sei der Unternehmensgegenstand unter Wahrung der von der ÖBB-Holding

AG gesetzten gesamtstrategischen Vorgaben umzusetzen. Die Verwendung des Bilanzgewinnes sei von der Generalversammlung zu beschließen. Ausgehend vom Jahresumsatz 2006 in Höhe von Euro XXX seien rund 2/3 des Bilanzgewinnes in der Höhe von Euro XXX ausgeschüttet und der Rest auf neue Rechnung vorgetragen worden. Die ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H. sei eine 100%ige Tochter der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, welche wiederum über die Beteiligung der ÖBB-Holding AG zur Gänze im Eigentum der Republik Österreich stehe. Sie sei vom Gesetzgeber zu dem Zweck geschaffen, die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung der Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG (ausgenommen jene Liegenschaften, die der Schieneninfrastruktur und den Leistungen zu deren Nutzung wie Weichen, Zugsteuerung oder Kommunikations- oder Informationssysteme dienen) vorzunehmen. Ihr Stammkapital betrage Euro 35.000,--. Mit Generalversammlungsbeschluss vom 16.3.2005 sei von der Alleingesellschafterin die Spaltung zur Aufnahme eines Vermögensteils der ÖBB gemäß dem Spaltungs- und Übernahmevertrag vom 15.3.2005, und zwar des Teilbetriebes Immobilienmanagement beschlossen und die Errichtungserklärung neu gefasst worden. Das Stammkapital sei nicht erhöht worden. Gegenstand des Unternehmens des Antragsgegners sei laut dem Gesellschaftsvertrag die Verfügung über die Nutzungsrechte und die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung von Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sowie die Ausübung der ihm zur Erfüllung dieser Aufgabe gemäß Paragraph 24, Absatz 2, Bundesbahngesetz einzuräumenden Rechte. Dies entspreche der einfachgesetzlichen Vorgabe in Paragraph 24, Bundesbahngesetz. Nach Absatz 3, des Gesellschaftsvertrages liege die Verfolgung dieses Unternehmensgegenstandes darüber hinaus auch im gemeinsamen Interesse jener Gesellschaften, an denen die ÖBB-Holding AG direkt oder indirekt mehrheitlich beteiligt sei. Deshalb sei der Unternehmensgegenstand unter Wahrung der von der ÖBB-Holding AG gesetzten gesamtstrategischen Vorgaben umzusetzen. Die Verwendung des Bilanzgewinnes sei von der Generalversammlung zu beschließen. Ausgehend vom Jahresumsatz 2006 in Höhe von Euro römisch 30 seien rund 2/3 des Bilanzgewinnes in der Höhe von Euro römisch 30 ausgeschüttet und der Rest auf neue Rechnung vorgetragen worden.

Der Antragsgegner sei nicht Eigentümer der Liegenschaften, deren Verwertung ihm aufgrund gesetzlicher Festlegung seiner Aufgaben übertragen worden sei. Er erbringe seine wesentlichen Leistungen ausschließlich für den ÖBB-Konzern. Das Leistungsspektrum erstrecke sich mit Ausnahme der Maklertätigkeit nicht auf konzernfremde Unternehmen. Allein für die ÖBB-Infrastruktur Bau AG verwalte der Antragsgegner nach Angaben im Lagebericht 2006 rund 26.000 Liegenschaften mit einer Gesamtgrundfläche von rund 200 Millionen m². Bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG handle sich nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes jedenfalls um eine öffentliche Einrichtung, die eine Sektorentätigkeit ausübe. Die Ausübung einer solchen Tätigkeit unterliege dem eingeschränkten Regelungsregime des BVergG. Dies allerdings nur dann, wenn die konkrete Leistung dem Zweck der (Sektoren-) Tätigkeit diene. Verfolge der Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so habe ein öffentliches Unternehmen die klassischen Vergabebestimmungen zu berücksichtigen, was hier der Fall sei. Die Erfüllung der die Liegenschaften der ÖBB betreffenden Verwaltungs- und Verwertungsaufgaben komme bereits dem Gesetzeswortlaut nach der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zugute. Der erwirtschaftete Gewinn fließe naturgemäß der ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Alleingesellschafterin zu. Gegenstand des Wettbewerbs sei laut Pressemitteilungen auch die Planung eines Gebäudes für die Konzernzentrale der ÖBB. Darüber hinaus sei der Antragsgegner aufgrund seiner Nähe zur öffentlichen Hand eine Einrichtung des öffentlichen Rechts iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der ausgeschriebene Wettbewerb bzw. der diesem nachfolgende Dienstleistungsauftrag würden daher den Bestimmungen des BVergG unterliegen. Nach Ansicht des Antragstellers liege bei der bekämpften Ausschreibung eine eindeutige Umgehung der vergaberechtlichen Bestimmungen vor. Der Antragsgegner sei nicht Eigentümer der Liegenschaften, deren Verwertung ihm aufgrund gesetzlicher Festlegung seiner Aufgaben übertragen worden sei. Er erbringe seine wesentlichen Leistungen ausschließlich für den ÖBB-Konzern. Das Leistungsspektrum erstrecke sich mit Ausnahme der Maklertätigkeit nicht auf konzernfremde Unternehmen. Allein für die ÖBB-Infrastruktur Bau AG verwalte der Antragsgegner nach Angaben im Lagebericht 2006 rund 26.000 Liegenschaften mit einer Gesamtgrundfläche von rund 200 Millionen m². Bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG handle sich nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes jedenfalls um eine öffentliche Einrichtung, die eine Sektorentätigkeit ausübe. Die Ausübung einer solchen Tätigkeit unterliege dem eingeschränkten Regelungsregime des BVergG. Dies allerdings nur dann, wenn die konkrete Leistung dem Zweck der (Sektoren-) Tätigkeit diene. Verfolge der Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so habe ein öffentliches Unternehmen die klassischen Vergabebestimmungen zu berücksichtigen, was hier der Fall sei. Die Erfüllung der die Liegenschaften der ÖBB betreffenden Verwaltungs- und Verwertungsaufgaben komme bereits dem Gesetzeswortlaut nach der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zugute. Der

erwirtschaftete Gewinn fließe naturgemäß der ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Alleingesellschafterin zu. Gegenstand des Wettbewerbs sei laut Pressemitteilungen auch die Planung eines Gebäudes für die Konzernzentrale der ÖBB. Darüber hinaus sei der Antragsgegner aufgrund seiner Nähe zur öffentlichen Hand eine Einrichtung des öffentlichen Rechts iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der ausgeschriebene Wettbewerb bzw. der diesem nachfolgende Dienstleistungsauftrag würden daher den Bestimmungen des BVergG unterliegen. Nach Ansicht des Antragstellers liege bei der bekämpften Ausschreibung eine eindeutige Umgehung der vergaberechtlichen Bestimmungen vor.

Der Antragsteller sei nicht zum bekämpften Wettbewerbsverfahren eingeladen worden. Er habe ein geschäftliches Interesse am Abschluss des Dienstleistungsauftrages. Durch die Nichtteilnahme am bekämpften Verfahren entgehe dem Antragsteller die Möglichkeit, den gegenständlichen Dienstleistungsauftrag zu erlangen. Durch die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens drohe dem Antragsteller ein erheblicher Schaden aus der unrechtmäßigen punktuellen Behinderung der Berufsausübung und aus dem entgangenen Gewinn im Falle der Beauftragung eines anderen Bewerbers. Der Antragsgegner habe einen geladenen Wettbewerb ohne vorherige Bekanntmachung ausgeschrieben. Die Durchführung eines geladenen Wettbewerbs sei jedoch nur im Unterschwellenbereich zulässig, wenn darüber hinaus dem Auslober genügend geeignete Unternehmer bekannt seien. Die beabsichtigte Durchführung eines offenen oder nicht offenen Wettbewerbs sei gemäß § 46 BVergG bekanntzumachen. Eine Bekanntmachung sei jedoch ebenfalls nicht erfolgt. Die Wahl des mit dem gegenständlichen Antrag bekämpften Vergabeverfahrens, nämlich die Durchführung eines geladenen Wettbewerbs ohne vorherige Bekanntmachung und somit die Nicht-Zulassung des Antragstellers zur Teilnahme an diesem Wettbewerb, sei daher rechtswidrig. Gesondert anfechtbare Entscheidungen beim geladenen Wettbewerb seien insbesondere die Wettbewerbsunterlagen bzw. im Falle des offenen oder nicht offenen Wettbewerbs, welchen der Antragsgegner gemäß den vergaberechtlichen Bestimmungen hätte durchführen müssen, zusätzlich zur Ausschreibung auch die Nicht-Zulassung zur Teilnahme. Die - im gegenständlichen Fall - unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens sei gleichzeitig mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung zu bekämpfen. Dies habe auch bei Wettbewerbsverfahren zu gelten. Der Antragsteller sei nicht zum bekämpften Wettbewerbsverfahren eingeladen worden. Er habe ein geschäftliches Interesse am Abschluss des Dienstleistungsauftrages. Durch die Nichtteilnahme am bekämpften Verfahren entgehe dem Antragsteller die Möglichkeit, den gegenständlichen Dienstleistungsauftrag zu erlangen. Durch die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens drohe dem Antragsteller ein erheblicher Schaden aus der unrechtmäßigen punktuellen Behinderung der Berufsausübung und aus dem entgangenen Gewinn im Falle der Beauftragung eines anderen Bewerbers. Der Antragsgegner habe einen geladenen Wettbewerb ohne vorherige Bekanntmachung ausgeschrieben. Die Durchführung eines geladenen Wettbewerbs sei jedoch nur im Unterschwellenbereich zulässig, wenn darüber hinaus dem Auslober genügend geeignete Unternehmer bekannt seien. Die beabsichtigte Durchführung eines offenen oder nicht offenen Wettbewerbs sei gemäß Paragraph 46, BVergG bekanntzumachen. Eine Bekanntmachung sei jedoch ebenfalls nicht erfolgt. Die Wahl des mit dem gegenständlichen Antrag bekämpften Vergabeverfahrens, nämlich die Durchführung eines geladenen Wettbewerbs ohne vorherige Bekanntmachung und somit die Nicht-Zulassung des Antragstellers zur Teilnahme an diesem Wettbewerb, sei daher rechtswidrig. Gesondert anfechtbare Entscheidungen beim geladenen Wettbewerb seien insbesondere die Wettbewerbsunterlagen bzw. im Falle des offenen oder nicht offenen Wettbewerbs, welchen der Antragsgegner gemäß den vergaberechtlichen Bestimmungen hätte durchführen müssen, zusätzlich zur Ausschreibung auch die Nicht-Zulassung zur Teilnahme. Die - im gegenständlichen Fall - unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens sei gleichzeitig mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung zu bekämpfen. Dies habe auch bei Wettbewerbsverfahren zu gelten.

Mit selbem Schriftsatz brachte auch die Bietergemeinschaft "ARGE XXX" einen Nachprüfungsantrag zu diesem Vergabeverfahren ein. Dieser Antrag wurde unter der GZ N/0010-BVA/07/2007 protokolliert. Beide Antragsteller weisen den gleichen Rechtsvertreter aus.

Mit Schriftsätzen vom 15.1.2008, 25.1.2008 und vom 15.2.2008 brachte die ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H. (idF ÖBB-Immo) Folgendes vor: Mit Schriftsätzen vom 15.1.2008, 25.1.2008 und vom 15.2.2008 brachte die ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H. in der Fassung ÖBB-Immo) Folgendes vor:

Sie führe derzeit einen geladenen Wettbewerb durch, und zwar das "Expertenverfahren Bahnhofcity Wien Hauptbahnhof". Gegenstand dieses geladenen Wettbewerbs seien die an einen zukünftigen Hauptbahnhof angrenzenden Liegenschaften, nicht jedoch der Bahnhof und das Gleisprojekt. Eine Bekanntmachung im EU-Amtsblatt bzw. im Lieferanzeiger sei nicht erfolgt, jedoch habe sie die Medien über den gegenständlichen Wettbewerb im

Rahmen ihrer PR-Arbeit informiert, sodass in zahlreichen Medien bereits am 10.10.2007 über das gegenständliche Expertenverfahren vor dem 17.12.2007 berichtet worden sei. Darüber hinaus habe sie über den Wettbewerb auf ihrer Homepage am 9.10.2007 informiert. Wenn der Antragsteller tatsächlich Interesse am gegenständlichen Expertenverfahren habe, sei es ihm zuzumuten, in die Homepage der ÖBB-Immo, welche auch aus Norwegen abrufbar sei, von Zeit zu Zeit Einschau zu halten. Es seien in Summe 14 geeignete Architekten zu diesem Wettbewerb eingeladen worden, von denen sechs in der Folge abgesagt hätten. Ausgelobt sei eine Aufwandsentschädigung von Euro 35.000/Teilnehmer. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Die Wettbewerbsarbeiten seien bis 17.12.2007 abzugeben gewesen. Der Zweitantragsteller sei offenbar Teil der erstantragstellenden Bietergemeinschaft, anders ließe sich nicht erklären, weshalb dieser vom selben Rechtsanwalt mit identer Begründung vertreten werde. Darüber hinaus unterlägen die Antragstellervertreter - zumindest potentiell - einer Interessenkollision. Der Umstand, dass derselbe Rechtsanwalt mit demselben Vorbringen alle Interessenten, und zwar auch die Zweitantragstellerin vertrete, deute auf eine verdeckte - unzulässige - Absprache hin. Es sei offenbar bisher alles miteinander abgestimmt worden. Weiters sei dem Nachprüfungsantrag nicht das Interesse des Nachprüfungswerbers am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu entnehmen. Die Angaben zum drohenden oder bereits eingetretenen Schaden seien unzureichend. Darüber hinaus würden die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in welchem sich der Antragsteller verletzt erachte sowie die Angaben zur Beurteilung, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde, fehlen.

Die Jury habe am 14.1./15.1.2008 die acht eingelangten Projekte begutachtet. Drei Projekte sollten in der zweiten Stufe weiter bearbeitet und entwickelt werden. Es sei weder ein Auftrag erteilt noch der Widerruf ausgesprochen worden. Da die ÖBB-Immo weder ein öffentlicher Auftraggeber noch ein Sektorenauftraggeber sei, sei das Bundesvergabeamt nicht zuständig, über das zitierte Expertenverfahren zu entscheiden. Zur Bekräftigung legte sie ein "Rechtsgutachten zum vergaberechtlichen Status der ÖBB-Immobilienmanagement GmbH nach (vollständigem) Inkrafttreten des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003" von Univ. Prof. Dr. B***, Institut für Rechtswissenschaften, öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, XXX, datiert mit 30. März 2005, sowie eine vergaberechtliche Stellungnahme betreffend "Auftraggeber-Eigenschaft der ÖBB-Immobilienmanagement GmbH und Vergaberechtsrahmen beim Projekt BahnhofCity Wien Hauptbahnhof" von Dr. C***, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Vergabe- und Verdingungswesen, XXX, datiert mit 18.1.2008, vor. Beide Gutachten wurden von der ÖBB-Immo in Auftrag gegeben. Die Jury habe am 14.1./15.1.2008 die acht eingelangten Projekte begutachtet. Drei Projekte sollten in der zweiten Stufe weiter bearbeitet und entwickelt werden. Es sei weder ein Auftrag erteilt noch der Widerruf ausgesprochen worden. Da die ÖBB-Immo weder ein öffentlicher Auftraggeber noch ein Sektorenauftraggeber sei, sei das Bundesvergabeamt nicht zuständig, über das zitierte Expertenverfahren zu entscheiden. Zur Bekräftigung legte sie ein "Rechtsgutachten zum vergaberechtlichen Status der ÖBB-Immobilienmanagement GmbH nach (vollständigem) Inkrafttreten des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003" von Univ. Prof. Dr. B***, Institut für Rechtswissenschaften, öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, römisch 30, datiert mit 30. März 2005, sowie eine vergaberechtliche Stellungnahme betreffend "Auftraggeber-Eigenschaft der ÖBB-Immobilienmanagement GmbH und Vergaberechtsrahmen beim Projekt BahnhofCity Wien Hauptbahnhof" von Dr. C***, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Vergabe- und Verdingungswesen, römisch 30, datiert mit 18.1.2008, vor. Beide Gutachten wurden von der ÖBB-Immo in Auftrag gegeben.

Der Umstand, dass andere ÖBB-Gesellschaften eine Sektorentätigkeit ausüben würden, infiziere die ÖBB-Immo nicht. Diese habe sich nicht um für den Bahnbetrieb notwendige Liegenschaften zu kümmern. Sie bewirtschafte und verwalte zwar die in den Bahnhöfen gelegenen Shops und Gastronomiestätten, nicht jedoch die für den Bahnbetrieb notwendigen Anlagen (z.B. Gleise/Bahnsteige/Fahrkartenschalter). Eigentümer der derzeit noch betriebsnotwendigen Flächen der gegenständlichen Baufelder A.01, A.02 sowie B.01 sei die ÖBB-Infrastruktur Bau AG. Das gegenständliche Expertenverfahren ziele jedoch nicht auf die derzeitige Nutzung der gegenständlichen Liegenschaften ab, sondern auf deren Verwertung in der Zukunft; nämlich auf die Zeit nach Beendigung des Eisenbahnbetriebs auf diesen Flächen und deren Ausscheiden aus dem Stand der betriebsnotwendigen Flächen, somit auf die zukünftige geänderte Nutzung der Liegenschaften. Im Zusammenhang mit der Schließung der betriebsnotwendigen Bahn- und Gleisanlagen und der Herauslösung aus dem Bahnbereich würden bereits gegründete Gesellschaften als Eigentümer dieser zur privaten Verwertung freistehenden Liegenschaften herangezogen werden, wie z.B. die bereits gegründete D*** GmbH & Co KG und die E*** GmbH & Co KG; Gesellschaften, die "Enkeltöchter" jeweils der ÖBB-Infrastruktur Bau AG seien. Die Verwertung der gegenständlichen Baufelder bzw. deren Entwicklung erfolge über diese Projektträgergesellschaften und den Verkauf ihrer Geschäftsanteile. Dies entspreche der Vorgangsweise eines "private reasonable investors". Das

gegenständliche Expertenverfahren werde von der ÖBB-Immo durchgeführt. Diese sei auch unmittelbarer Nutznießer des Ergebnisses des Expertenverfahrens und Vertragspartner des von der Jury bestimmten Siegers. Sobald die gegenständliche Liegenschaft aus dem bahnbetriebsnotwendigen Vermögen ausgeschieden und von Projektträrgesellschaften übernommen worden sei, solle die jeweilige Projektträrgesellschaft Vertragspartner und Nutznießer der gegenständlichen Planungen werden. Eine Subvention des Projektes seitens der öffentlichen Hand oder des ÖBB-Konzerns sei ausgeschlossen. Für die gegenständliche Entwicklung und Verwertung der an den Hauptbahnhof angrenzenden Liegenschaften würden keine öffentlichen Mittel bereitgestellt. Dies erfolge ausschließlich durch privatwirtschaftliche Mittel. Das gegenständliche Expertenverfahren erfasse keine betriebsnotwendigen Anlagen, insbesondere weder das "Bahnhofsgebäude/Aufnahmegebäude" noch den Gleisbereich. Es beziehe sich auf die Entwicklung der angrenzenden Liegenschaften (Baufelder A.01, A.02 und B.01). Das von den Experten in ihren Plänen zu berücksichtigende Betrachtungsgebiet umfasse die Baufelder A.01, A.02, B.01, Vorplätze und Anbindung an die äußere Wieden, Anbindung an Fußgängerzonen Johannitergasse/Favoritenstraße und Anbindung Argentinierstraße/ Erschließungsstraße A. Das Ergebnis dieses Expertenverfahrens solle Grundlage für die von der ÖBB-Immo angestrebte Erwirkung der Bebauungsbestimmungen für die Baufelder A.01, A.02 und B.01 werden. Detaillierte Planungskonzepte seien für das Baufeld A.01 auszuarbeiten. Der Bahnhof und das Gleisprojekt seien nicht Gegenstand des Expertenverfahrens. Der Bahnhof samt Gleisbereich und Vorplätzen sei von der ÖBB-Infrastruktur Bau AG in einem EU-weiten Verfahren ausgeschrieben und sei Teil eines von der Bahnhofcity gesonderten UVP-Verfahrens, welches im November 2007 beim BMVIT eingereicht worden sei; dieses habe mit dem gegenständlichen Expertenverfahren nichts zu tun. Ziel der ÖBB-Immo sei es, die angrenzenden Liegenschaften bestmöglich zu verwerten. Zu diesem Zweck seien zunächst die Bebauungsbestimmungen zu vervollständigen. Erst nach Vorliegen der entsprechenden Bebauungsbestimmungen ließen sich die angrenzenden Liegenschaften an Dritte bestmöglich verwerten. Eines der von der ÖBB-Immo verfolgten Ziele sei es gewesen, die gegenständlichen Baufelder A.01, A.02 und B.01 sowohl an den Hauptbahnhof Wien, als auch an die angrenzenden Verkehrswege und Straßen anzubinden und dadurch möglichst viele attraktive Wegbeziehungen bzw. Durchwegungen und damit verbunden, eine hohe Kundenfrequenz zu erzielen; dies alles im Hinblick auf eine Maximierung der Verwertungserlöse für die Baufelder A.01, A.02 und B.01. Zum Zweck der bestmöglichen Verwertung habe sie das gegenständliche Expertenverfahren ausgelobt, um dadurch alle Entscheidungsträger um die Bebauungsbestimmungen einzubinden und allfälligem öffentlichen Widerstand frühestmöglich zu begegnen. In diesem Sinne beschränke sich die Rolle der Stadt Wien auf ihre hoheitliche Funktion (Planungsbehörde bzw. Baubehörde) für das gegenständliche Projekt "Bahnhof City".

Technisch-funktional seien die Baufelder A.01, A.02 und B.01 vom Hauptbahnhof und den Gleisanlagen getrennt. Jedes Projekt könne für sich autark errichtet und betrieben werden. Diese aus Sicht der besseren Vermarktung der Bauplätze A.01, A.02 und B.01 angestrebte "Einheit" sei für den Hauptbahnhof und die Gleisanlagen ohne Bedeutung. Diese vorgegebene optimale Durchwegung und Anbindung an angrenzende Verkehrsknotenpunkte und Frequenzbringer sei für eine Immobilienentwicklung typisch. Auch andere Bauträger würden nach einer optimalen Anbindung an den öffentlichen Raum und entsprechende Verkehrsknotenpunkte trachten. Die von der ÖBB-Immo verfolgte Strategie einer optimierten Durchwegung und die damit verbundene Steigerung der Kundenfrequenz für die gegenständlichen Baufelder entspreche der Vorgangsweise eines "private reasonable investors". Die Vorgabe der möglichst optimalen Anbindung an den Hauptbahnhof Wien mit dem Ziel, durch eine optimierte Durchwegung mit angrenzenden Straßen die Kundenfrequenz für die zu verwertenden Baufelder zu steigern, sei sohin nicht Ausdruck einer im Allgemeininteresse gelegenen städtebaulichen Entwicklung, sondern bezwecke ausschließlich die Optimierung der von der ÖBB-Immo zu verwertenden Baufelder und der damit verbundenen Maximierung der Verwertungserlöse. Wenngleich diese maximierten Erlöse aus der Verwertung von nicht bahnbetriebsnotwendigen Liegenschaften die Errichtung des Hauptbahnhofs Wien mitfinanzieren sollen, stelle eine Erlösmaximierung zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben keine im Allgemeininteresse gelegene Aufgabe nicht gewerblicher Art dar. Die ÖBB-Immo erfülle auf gewerblicher Basis die Aufgaben der Hausverwaltung, des Bauträgers und des Maklers und zwar jeweils auf Basis der Gewerbebefugnisse des Immobilienreuhänders. In diesem Sinne stehe die ÖBB-Immo bei der Verwertung und Verwaltung der ihr übertragenen Liegenschaften in Konkurrenz mit anderen privaten Immobilienverwertungsgesellschaften. Täglich müsse sie sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben mit privaten Liegenschaftsentwicklern auseinandersetzen. Zu den täglichen Aufgaben der ÖBB-Immo zähle, in Konkurrenz zu rein privaten Unternehmen, die bestmögliche Entwicklung, Verwertung und Verwaltung der Liegenschaft. Es gehe darum,

den höchstmöglichen Verwertungserlös zu erzielen und - private - Mieter/Käufer für die verschiedenen (entwickelten) Liegenschaften und zwar nicht nur der ÖBB-Liegenschaften, sondern auch sonstiger - privater - Liegenschaften zu finden. Die von der ÖBB-Immo zu verwertenden Liegenschaften seien mit Liegenschaften von Mitbewerbern austauschbar, die ÖBB-Immo stehe mit den ihr vom Konzern zur Verwertung überlassenen Liegenschaften in einem unmittelbaren Wettbewerb mit zahllosen anderen Immobilientreuhändern. Die ÖBB-Immo sei auf Gewinn sowie nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ausgerichtet und habe auch in der Vergangenheit immer Gewinne an die ÖBB-Infrastruktur Bau AG abgeführt. Eine Garantie des ÖBB-Konzerns bzw. der öffentlichen Hand für die ÖBB-Immo bestehe nicht. Sie finanziere sich aufgrund von fremdüblichen Leistungsentgelten für tatsächlich erbrachte Leistungen, die sie sowohl von Kunden außerhalb des ÖBB-Konzerns als auch der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vereinnahme. Damit erfülle sie das geforderte wesentliche Tatbestandselement der "Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken". Die ÖBB-Immo übe keine Aufgaben aus, die eng mit dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft seien. Die Entwicklung, Verwaltung, Bewirtschaftung und Verwertung von nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften seien keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben. Der ÖBB-Immo gehe es im Sinne der bestmöglichen Bewirtschaftung und Verwertung der nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften um Maximierung der Erlöse für den ÖBB-Konzern und nicht darum, "staatliche Aufgaben" zu erfüllen. Die Entwicklung, Verwertung und Verwaltung von für den Bahnbetrieb nicht notwendigen Liegenschaften sei keine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Der ÖBB-Immo sei kein vom Staat eingeräumtes Ausschließlichkeitsrecht gewährt worden, sondern habe ausschließlich der ÖBB-Konzern ein vertragliches Recht hierzu gewährt. Dieses Verwertungs- und Verwaltungsrecht beziehe sich auf die nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG. Es handle sich um keine von einer Behörde/dem Staat eingeräumten ausschließlichen Rechte, sondern ausschließlich um von einem öffentlichen Unternehmen (hier: ÖBB-Infrastruktur Bau AG) eingeräumte vertragliche Rechte. Diese vertraglich zugesicherten Rechte könnten selbstverständlich aufgekündigt werden. Auch § 24 Abs. 2 Bundesbahngesetz gewähre der ÖBB-Immo keine eigenständigen ausschließlichen Rechte. § 24 sei als Zielvorgabe zu verstehen. Infolge der ÖBB-Reform 2003 sei die ÖBB-Immo zur Erbringung von ausschließlich gewerblichen Tätigkeiten, die nicht im Allgemeininteresse gelegen sind, gegründet worden. Technisch-funktional seien die Baufelder A.01, A.02 und B.01 vom Hauptbahnhof und den Gleisanlagen getrennt. Jedes Projekt könne für sich autark errichtet und betrieben werden. Diese aus Sicht der besseren Vermarktung der Bauplätze A.01, A.02 und B.01 angestrebte "Einheit" sei für den Hauptbahnhof und die Gleisanlagen ohne Bedeutung. Diese vorgegebene optimale Durchwegung und Anbindung an angrenzende Verkehrsknotenpunkte und Frequenzbringer sei für eine Immobilienentwicklung typisch. Auch andere Bauträger würden nach einer optimalen Anbindung an den öffentlichen Raum und entsprechende Verkehrsknotenpunkte trachten. Die von der ÖBB-Immo verfolgte Strategie einer optimierten Durchwegung und die damit verbundene Steigerung der Kundenfrequenz für die gegenständlichen Baufelder entspreche der Vorgangsweise eines "private reasonable investors". Die Vorgabe der möglichst optimalen Anbindung an den Hauptbahnhof Wien mit dem Ziel, durch eine optimierte Durchwegung mit angrenzenden Straßen die Kundenfrequenz für die zu verwertenden Baufelder zu steigern, sei sohin nicht Ausdruck einer im Allgemeininteresse gelegenen städtebaulichen Entwicklung, sondern bezwecke ausschließlich die Optimierung der von der ÖBB-Immo zu verwertenden Baufelder und der damit verbundenen Maximierung der Verwertungserlöse. Wenngleich diese maximierten Erlöse aus der Verwertung von nicht bahnbetriebsnotwendigen Liegenschaften die Errichtung des Hauptbahnhofs Wien mitfinanzieren sollen, stelle eine Erlösmaximierung zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben keine im Allgemeininteresse gelegene Aufgabe nicht gewerblicher Art dar. Die ÖBB-Immo erfülle auf gewerblicher Basis die Aufgaben der Hausverwaltung, des Bauträgers und des Maklers und zwar jeweils auf Basis der Gewerbebefugnisse des Immobilientreuhänders. In diesem Sinne stehe die ÖBB-Immo bei der Verwertung und Verwaltung der ihr übertragenen Liegenschaften in Konkurrenz mit anderen privaten Immobilienverwertungsgesellschaften. Täglich müsse sie sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben mit privaten Liegenschaftsentwicklern auseinandersetzen. Zu den täglichen Aufgaben der ÖBB-Immo zähle, in Konkurrenz zu rein privaten Unternehmen, die bestmögliche Entwicklung, Verwertung und Verwaltung der Liegenschaft. Es gehe darum, den höchstmöglichen Verwertungserlös zu erzielen und - private - Mieter/Käufer für die verschiedenen (entwickelten) Liegenschaften und zwar nicht nur der ÖBB-Liegenschaften, sondern auch sonstiger - privater - Liegenschaften zu finden. Die von der ÖBB-Immo zu verwertenden Liegenschaften seien mit Liegenschaften von Mitbewerbern austauschbar, die ÖBB-Immo stehe mit den ihr vom Konzern zur Verwertung überlassenen Liegenschaften in einem unmittelbaren Wettbewerb mit zahllosen anderen Immobilientreuhändern. Die ÖBB-Immo sei auf Gewinn sowie nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ausgerichtet und habe auch in der

Vergangenheit immer Gewinne an die ÖBB-Infrastruktur Bau AG abgeführt. Eine Garantie des ÖBB-Konzerns bzw. der öffentlichen Hand für die ÖBB-Immo bestehe nicht. Sie finanziere sich aufgrund von fremdüblichen Leistungsentgelten für tatsächlich erbrachte Leistungen, die sie sowohl von Kunden außerhalb des ÖBB-Konzerns als auch der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vereinnahme. Damit erfülle sie das geforderte wesentliche Tatbestandselement der "Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken". Die ÖBB-Immo übe keine Aufgaben aus, die eng mit dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft seien. Die Entwicklung, Verwaltung, Bewirtschaftung und Verwertung von nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften seien keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben. Der ÖBB-Immo gehe es im Sinne der bestmöglichen Bewirtschaftung und Verwertung der nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften um Maximierung der Erlöse für den ÖBB-Konzern und nicht darum, "staatliche Aufgaben" zu erfüllen. Die Entwicklung, Verwertung und Verwaltung von für den Bahnbetrieb nicht notwendigen Liegenschaften sei keine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Der ÖBB-Immo sei kein vom Staat eingeräumtes Ausschließlichkeitsrecht gewährt worden, sondern habe ausschließlich der ÖBB-Konzern ein vertragliches Recht hierzu gewährt. Dieses Verwertungs- und Verwaltungsrecht beziehe sich auf die nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG. Es handle sich um keine von einer Behörde/dem Staat eingeräumten ausschließlichen Rechte, sondern ausschließlich um von einem öffentlichen Unternehmen (hier: ÖBB-Infrastruktur Bau AG) eingeräumte vertragliche Rechte. Diese vertraglich zugesicherten Rechte könnten selbstverständlich aufgekündigt werden. Auch Paragraph 24, Absatz 2, Bundesbahngesetz gewähre der ÖBB-Immo keine eigenständigen ausschließlichen Rechte. Paragraph 24, sei als Zielvorgabe zu verstehen. Infolge der ÖBB-Reform 2003 sei die ÖBB-Immo zur Erbringung von ausschließlich gewerblichen Tätigkeiten, die nicht im Allgemeininteresse gelegen sind, gegründet worden.

Weiters legte die ÖBB-Immo eine Stellungnahme des BKA-Verfassungsdienst vom 10.11.2003 zum Entwurf eines Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 (Stand 2.10.2003) bezüglich der Qualifikation der ÖBB-Immo vor, worin dieses Folgendes anmerkte:

"III.) Zur Qualifikation der einzelnen Gesellschaften Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der äußerst rudimentären und nicht präzisen Angaben zum Aufgabenbereich der Gesellschaften - sowohl im Entwurf des Gesetzes, aber auch im Entwurf der Erläuterungen - eine abschließende Beurteilung der Verhältnisse im Konzern aus vergaberechtlicher Sicht nicht möglich ist.

[...]

g) ÖBB-Immobilienmanagement GmbH

Deren Aufgabenbereich wird in § 24 des Entwurfes umschrieben und umfasst nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten: Deren Aufgabenbereich wird in Paragraph 24, des Entwurfes umschrieben und umfasst nach den Angaben des do Ressorts folgende Tätigkeiten:

Management der Verwertung (Verkauf, Vermieten, etc.) nicht mehr benötigter Liegenschaften.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH nicht als Sektorenauftraggeber zu qualifizieren ist. (Zur allfälligen Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber können - mangels Informationen - keine Aussagen getroffen werden.)"

In weiteren Schriftsätzen vom 1.2.2008 und vom 19.2.2008 replizierte die Antragstellerin, dass das gegenständliche Expertenverfahren sowohl einen städtebaulichen Teil als auch einen Realisierungsteil umfasse. Der städtebauliche Teil schließe schon nach dem Wortlaut und der Definition der Ausschreibungsunterlagen das gesamte Areal des ehemaligen Südbahnhofs, darunter auch den geplanten Hauptbahnhof selbst, mit ein. Die funktionale Einheit des Projektes mit dem geplanten Hauptbahnhof ergebe sich auch aus einem den Ausschreibungsunterlagen beigelegten Längsschnitt des Bahnhofsgebäudes. Das Bahnhofprojekt weise eine zentrale optionale Anbindungszone auf vier Ebenen zum Baufeld A.01 auf. Auf den oberen drei Ebenen könne durch die optionalen Anbindungsstellen die Hauptmall des Bahnhofs in den Baublock A.01 weitergeführt werden. Auf der untersten Ebene seien ebenfalls zwei Anbindungsstellen für die Tiefgarage gegeben. Der ÖBB Konzern verfolge mit dem Wiener Hauptbahnhof ein Gesamtprojekt, das ausschließlich den Zweck verfolge, rund um das Gebiet des künftigen Hauptbahnhofes eine entsprechende Infrastruktur zu schaffen, die notwendig sei, damit überhaupt ein "Hauptbahnhof" im typologischen Sinne vorliege. Ohne die geplante Infrastruktur, die auf den gegenständlichen Baufeldern A.01, A.02 und B.01 geplant sei, könne von einem Hauptbahnhof nicht gesprochen werden. Der gegenständliche Wettbewerb umfasse auch die beiden Vorplätze der Bahnhofshalle. Es sei nicht möglich, die einzelnen Projekte autark zu betreiben, weil nur alle

Projektteile gemeinsam das Gesamtprojekt "Hauptbahnhof" ergäben. Es sei bei Hauptbahnhöfen typologisch üblich, Handels- und Dienstleistungsbetriebe, meist auch Bahnhofshotels, funktionell zu einer für den Nutzer als gesamte Einheit wahrnehmbaren Einheit zusammenzufassen. Bei urbanen Verkehrsdrehscheiben würden die Hauptbahnhöfe funktionell eine komplexe Verflechtung verschiedener Funktionen zwischen Fernverkehr, öffentlichem und privatem Nahverkehr und einer Reihe von Dienstleistungen rund ums Reisen darstellen, welche erst die Qualität eines Hauptbahnhofes ausmache. Es sei daher unzulässig, aus dem Typologiebegriff "Hauptbahnhof" den reinen Haltestellenbereich und die Gleisanlagen heraus zu "filetieren" und nur Teilbereiche als "Hauptbahnhof" darzustellen. Vielmehr würden sämtliche Projektteile, insbesondere auch jene Teile, die Gegenstand des Wettbewerbsverfahrens seien, einem einzigen Gesamtprojekt dienen. In diesem Sinne werde seitens des ÖBB-Konzerns auch für ein Gesamtprojekt geworben und dieses in seinem gesamten Umfang dargestellt. Die generelle Zielsetzung, wonach das gegenständliche Projekt nur ein Teil des zukünftigen Hauptbahnhofprojektes sei, ergebe sich schließlich auch aus dem Masterplan, Kapitel 3. Demnach sollen auf dem derzeitigen Bahnareal höherwertige Nutzungen realisiert und mit den daraus resultierenden Einnahmen ein Finanzierungsbeitrag für die Errichtung des Bahnhofes Wien Europa Mitte gewährleistet werden. Durch die Kooperation der Republik Österreich, der Stadt Wien und den österreichischen Bundesbahnen solle das Areal einer gegenüber den bisherigen Nutzungsmöglichkeiten wesentlich höheren Verwertbarkeit im öffentlichen Interesse zugeführt werden. Zweck des Expertenverfahrens sei nicht nur die bestmögliche finanzielle Verwertung dieser Liegenschaften, sondern insbesondere die Schaffung einer Infrastruktur rund um das Gebiet des künftigen Hauptbahnhofes.

Die ÖBB-Immo habe ein Preisgeld von Euro XXX ausgelobt. Im Falle der Abgabe von Entwürfen durch alle geladenen Teilnehmer habe die ÖBB-Immo sohin als Summe der Preisgelder einen Betrag von Euro XXX auszuschütten, dies entspreche 45% ihres Bilanzgewinns aus dem Jahre 2006. Für diese gewinnmindernde hohe Summe habe sie keine Rückstellungen gebildet. Ein Vergleich mit privaten Immobilienverwertungsgesellschaften sei verfehlt, weil diese ihr eigenes Liegenschaftsvermögen entwickeln, in der Bilanz der ÖBB-Immo schienen jedoch keine Liegenschaften als Anlagevermögen auf. Die ÖBB-Immo habe ein Preisgeld von Euro römisch 30 ausgelobt. Im Falle der Abgabe von Entwürfen durch alle geladenen Teilnehmer habe die ÖBB-Immo sohin als Summe der Preisgelder einen Betrag von Euro römisch 30 auszuschütten, dies entspreche 45% ihres Bilanzgewinns aus dem Jahre 2006. Für diese gewinnmindernde hohe Summe habe sie keine Rückstellungen gebildet. Ein Vergleich mit privaten Immobilienverwertungsgesellschaften sei verfehlt, weil diese ihr eigenes Liegenschaftsvermögen entwickeln, in der Bilanz der ÖBB-Immo schienen jedoch keine Liegenschaften als Anlagevermögen auf.

Mit der Nutzungsmöglichkeit an den ihr übertragenen Liegenschaften im Interesse einer im gesetzlichen Auftrag zu erwirtschaftenden Einnahmenerzielung für den ÖBB-Konzern sei der ÖBB-Immo ein ausschließliches Recht zur Verwaltung und Bewirtschaftung eines bedeutenden Teiles des ÖBB-Vermögens gesetzlich übertragen. Damit würden die Zielsetzungen verfolgt, zum einen abzuführende Einnahmen für den ÖBB Konzern zu erzielen, zum anderen aber auch bei der Verwaltung der Liegenschaften spezifische öffentliche Interessen bzw. Interessen der ÖBB-Holding AG zu berücksichtigen bzw. umzusetzen. Insoweit enthalte das Bundesbahngesetz staatliche Aufgabenfestsetzungen für die ÖBB-Immo, die sich in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren würden. Die ÖBB-Immo würden daher sondergesetzliche Verpflichtungen treffen, die neben die für alle einschlägig tätigen Unternehmen geltenden Verpflichtungen treten. Die Verwertung der Liegenschaften durch die ÖBB-Immo sei bereits deshalb schon nicht "fremdüblich", weil die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als die ihr per Gesetz zugewiesene "Kundin" mit erheblichem Liegenschaftsbesitz eine marktwirtschaftliche Akquisition nicht erfordere. Die im gegenständlichen Falle zu beurteilende Situation sei darüber hinaus auch deswegen einzigartig und nicht mit privaten Entwicklern oder Investoren vergleichbar, weil die Liegenschaften dieses Gesamtareals, die sich im Eigentum der ÖBB-Infrastruktur Bau AG befänden, ausschließlich von der ÖBB-Immo entwickelt würden und diesbezüglich daher eine mit privaten Anbietern nicht vergleichbare besondere rechtliche und faktische Stellung am einschlägigen Markt vorliege, sodass von einer Konkurrenzsituation nicht auszugehen sei.

Von einem äußerst ausgeprägten Wettbewerbsfeld bei den Liegenschaften der ÖBB auf dem Gebiet des künftigen Hauptbahnhofes könne keine Rede sein. Solange das Süd- / Ostbahnhofsgelände noch vom Bahnbetrieb genutzt werde und die Liegenschaften nicht von den Gleisanlagen und sonstigen betriebsnotwendigen Anlagen frei gemacht worden seien, gebe es keinen vergleichbaren Markt für Grundstücke an einem wesentlichen Verkehrsknotenpunkt wie diesem in bester innerstädtischer Lage, wie dies die ÖBB selbst bewerbe. Bei den städtischen Bahngrundstücken handle es

sich zumeist um die wertvollsten Liegenschaftsbesitztümer der öffentlichen Hand, die im Unternehmen der ÖBB "geparkt" seien. Erst nach Freimachung, Stadtbildplanung und Verkauf der Liegenschaften werde dafür ein Markt geschaffen. Die von der ÖBB-Immo zu verwertenden Flächen seien daher nicht austauschbar.

In der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 bekräftigte der Vertreter der ÖBB-Immo, dass die Stadt Wien weder Zahlungen für das gegenständliche Expertenverfahren tätige noch dass sie diesbezüglich Vorgaben gebe. Die Stadt Wien sei die zuständige Behörde für den Flächenwidmungsplan und die Bebauungsbestimmungen.

DI G*** (ÖBB-Immo) erläuterte den historischen Hintergrund des gegenständlichen Expertenverfahrens:

Im Oktober 2003 hätten die Republik Österreich, die Stadt Wien und die Österreichischen Bundesbahnen einen Letter of Intent abgeschlossen. Ziel sei die Errichtung eines Durchgangsbahnhofs Wien und zu dessen Finanzierung die Entwicklung und Verwertung des Stadtteils Wien Südbahnhof gewesen. Ein Viertel der Kosten für die Errichtung des Bahnhofs solle durch die Verwertungserlöse der nichtbetriebsnotwendigen Liegenschaften erfolgen. Im Dezember 2004 habe der Gemeinderat der Stadt Wien den Masterplan verabschiedet. Dieser Masterplan beinhalte nur die nichtbetriebsnotwendigen Flächen. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG habe federführend das Projekt Hauptbahnhof Wien betrieben, dieses sei öffentlich ausgeschrieben worden und sei derzeit Gegenstand des UVP-Verfahrens im BMVIT.

Es gebe 3 UVP-Verfahren und zwar ein UVP-Städtebauverfahren, eingereicht bei der MA22 von ÖBB Immo, Mitte Dezember 2007. Ein UVP-Verfahren Infrastrukturprojekt, eingereicht beim BMVIT von der ÖBB Infrastruktur Bau AG, Mitte November 2007 und ein UVP-Verfahren für das Straßenprojekt, eingereicht von der Stadt Wien. Die Baufelder A.01, A.02 und B.01 hätten derzeit eine Flächenwidmung, jedoch nur zu einem geringen Teil die erforderlichen Bebauungsbestimmungen. Um die Bebauungsbestimmungen zu erwirken, werde dieses Expertenverfahren durchgeführt. Es gebe eine allgemeine Vereinbarung zwischen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG und der ÖBB-Immo, wonach die ÖBB-Immo alle nichtbetriebsnotwendigen Liegenschaften verwalte, entwickle und verwerte. Die Preisgelder für das Expertenverfahren würden von der ÖBB-Immo bezahlt. Diese Kosten seien im Jahr 2007 budgetiert und bereits teilweise, soweit Rechnungen vorgelegt wurden, ausbezahlt worden. Der Gesamtjahresumsatz der ÖBB-Immo habe im Jahr 2007 über Euro XXX Mio. betragen. Die ÖBB Immo sei als "Baubesorger" (im Namen und auf Rechnung der Projektgesellschaft) tätig. Sie bekomme eine Maklerprovision bei der Veräußerung der Liegenschaften. Diese sei umso höher, je höher der Kaufpreis sei. Die Maklergebühr werde grundsätzlich vom Käufer getragen, sollte diese am Markt nicht durchsetzbar sein, so werde diese vom Verkäufer (ÖBB-Infrastruktur Bau AG) getragen. Darüber hinaus bekomme sie eine Projektentwicklungsprovision. Die H*** sei Verfahrensbegleiter, sie sei von der ÖBB Immo beauftragt worden und werde auch von dieser bezahlt (rund Euro XXX). Für die Durchführung dieses Expertenverfahrens gebe es eine Vereinbarung zwischen der ÖBB-Immo und der H***. Der Generalplanerauftrag betreffend das Baufeld A.01 solle zwischen dem zu beauftragenden Architekten und den nun bereits gegründeten Projektgesellschaften abgeschlossen werden. Die Liegenschaften sollten zum geeigneten Zeitpunkt in die genannten Projektgesellschaften eingebracht werden, die Projektgesellschaften sollten dann mit den Liegenschaften verkauft werden. Es gebe keine andere Gesellschaft als die ÖBB-Immo, die die nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG verwalte und verwerte. Die ÖBB-Immo habe selbst keine Liegenschaften, sie sei ein reiner Dienstleister. Sollte die ÖBB-Immo in Konkurs gehen, müsste sich der Eigentümer eine Restrukturierung überlegen. Erteile der Gesellschafter eine Weisung, so werde diese wohl zu befolgen sein, sofern diese korrekt zu Stande gekommen sei. Es gebe derzeit keine Entscheidungen (weder vom Aufsichtsrat noch vom Vorstand) irgendeiner ÖBB Gesellschaft, dass auf dem Baufeld A.01 die ÖBB-Konzernzentrale angesiedelt werde. Es gebe 3 UVP-Verfahren und zwar ein UVP-Städtebauverfahren, eingereicht bei der MA22 von ÖBB Immo, Mitte Dezember 2007. Ein UVP-Verfahren Infrastrukturprojekt, eingereicht beim BMVIT von der ÖBB Infrastruktur Bau AG, Mitte November 2007 und ein UVP-Verfahren für das Straßenprojekt, eingereicht von der Stadt Wien. Die Baufelder A.01, A.02 und B.01 hätten derzeit eine Flächenwidmung, jedoch nur zu einem geringen Teil die erforderlichen Bebauungsbestimmungen. Um die Bebauungsbestimmungen zu erwirken, werde dieses Expertenverfahren durchgeführt. Es gebe eine allgemeine Vereinbarung zwischen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG und der ÖBB-Immo, wonach die ÖBB-Immo alle nichtbetriebsnotwendigen Liegenschaften verwalte, entwickle und verwerte. Die Preisgelder für das Expertenverfahren würden von der ÖBB-Immo bezahlt. Diese Kosten seien im Jahr 2007 budgetiert und bereits teilweise, soweit Rechnungen vorgelegt wurden, ausbezahlt worden. Der Gesamtjahresumsatz der ÖBB-Immo habe im Jahr 2007 über Euro römisch 30 Mio. betragen. Die ÖBB Immo sei als "Baubesorger" (im Namen und auf Rechnung der Projektgesellschaft) tätig. Sie bekomme eine Maklerprovision bei der Veräußerung der Liegenschaften. Diese sei umso

höher, je höher der Kaufpreis sei. Die Maklergebühr werde grundsätzlich vom Käufer getragen, sollte diese am Markt nicht durchsetzbar sein, so werde diese vom Verkäufer (ÖBB-Infrastruktur Bau AG) getragen. Darüber hinaus bekomme sie eine Projektentwicklungsprovision. Die H*** sei Verfahrensbegleiter, sie sei von der ÖBB Immo beauftragt worden und werde auch von dieser bezahlt (rund Euro römisch 30). Für die Durchführung dieses Expertenverfahrens gebe es eine Vereinbarung zwischen der ÖBB-Immo und der H***. Der Generalplanerauftrag betreffend das Baufeld A.01 solle zwischen dem zu beauftragenden Architekten und den nun bereits gegründeten Projektgesellschaften abgeschlossen werden. Die Liegenschaften sollten zum geeigneten Zeitpunkt in die genannten Projektgesellschaften eingebracht werden, die Projektgesellschaften sollten dann mit den Liegenschaften verkauft werden. Es gebe keine andere Gesellschaft als die ÖBB-Immo, die die nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG verwalte und verwerte. Die ÖBB-Immo habe selbst keine Liegenschaften, sie sei ein reiner Dienstleister. Sollte die ÖBB-Immo in Konkurs gehen, müsste sich der Eigentümer eine Restrukturierung überlegen. Erteile der Gesellschafter eine Weisung, so werde diese wohl zu befolgen sein, sofern diese korrekt zu Stande gekommen sei. Es gebe derzeit keine Entscheidungen (weder vom Aufsichtsrat noch vom Vorstand) irgendeiner ÖBB Gesellschaft, dass auf dem Baufeld A.01 die ÖBB-Konzernzentrale angesiedelt werde.

Auf Befragen der Senatsvorsitzenden führte der Vertreter der ÖBB-Immo aus, dass keinerlei Rahmenplanmittel für das konkrete Projekt verwendet würden. Die ÖBB Immo erhalte Verwalterhonorar, Maklerprovision und Entwicklungsprovisionen. Die Entwicklungsprovision sei ein Prozentsatz der Errichtungs- und Planungskosten in Abhängigkeit vom Entwicklungsgrad. Der Erlös aus dem Verkauf der Projektgesellschaften falle der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zu. Die Auslobung sei mit der Stadt Wien abgestimmt worden. Auslober sei jedoch nur die ÖBB-Immo, auch wenn auf Seite 1 stehe "in Kooperation mit Stadt Wien". Die Abstimmung sei im Hinblick auf die erforderlichen Bebauungsbestimmungen, die auf Grund des Expertenverfahrens erlassen werden sollen, erfolgt. Die Initiative zur Durchführung des gegenständlichen Expertenverfahrens sei von der ÖBB-Immo gekommen. Die Wettbewerbsunterlagen seien vom verfahrensbegleitenden Büro H*** erstellt worden.

Der Zeuge I*** führte aus, dass er im Rahmen des gegenständlichen Expertenverfahrens die Verfahrensbestimmungen und die Aufgabenstellungen formuliert, die Vorprüfung durchgeführt und die Jurysitzungen begleitet habe. Er sei hierzu von der ÖBB-Immo beauftragt worden. Das Honorar in Höhe von rund Euro XXX würde von der ÖBB-Immo bezahlt, sobald er die Rechnung gelegt habe. Basis der Wettbewerbsunterlagen sei der Masterplan. Höhe, Dichte etc. stammten aus diesem. Wer konkret den Generalplanerauftrag abschließen solle, wisse er nicht. Dies sei auch in der Wettbewerbsunterlage offen gehalten. Soweit in den Verfahrensbestimmungen Seite 3 stehe, "der Vorprüfungskatalog umfasst: Erfüllung der Raumanforderungen der ÖBB", wies der Zeuge darauf hin, dass es keine spezifische Raumanforderungen für ÖBB-Nutzungen in der gesamten Wettbewerbsunterlage gebe; der Passus "der ÖBB" sei überflüssig. Das Gleisprojekt sehe einen Anschluss an das Baufeld A.01 auf 4 Ebenen vor. Dies wurde auch vom Vertreter der ÖBB-Immo bestätigt. Der Zeuge führte weiter aus, dass die Grenze der Bahnhofshalle zugleich die Begrenzung des Baufeldes A.01 sei. Der Zeuge I*** führte aus, dass er im Rahmen des gegenständlichen Expertenverfahrens die Verfahrensbestimmungen und die Aufgabenstellungen formuliert, die Vorprüfung durchgeführt und die Jurysitzungen begleitet habe. Er sei hierzu von der ÖBB-Immo beauftragt worden. Das Honorar in Höhe von rund Euro römisch 30 würde von der ÖBB-Immo bezahlt, sobald er die Rechnung gelegt habe. Basis der Wettbewerbsunterlagen sei der Masterplan. Höhe, Dichte etc. stammten aus diesem. Wer konkret den Generalplanerauftrag abschließen solle, wisse er nicht. Dies sei auch in der Wettbewerbsunterlage offen gehalten. Soweit in den Verfahrensbestimmungen Seite 3 stehe, "der Vorprüfungskatalog umfasst: Erfüllung der Raumanforderungen der ÖBB", wies der Zeuge darauf hin, dass es keine spezifische Raumanforderungen für ÖBB-Nutzungen in der gesamten Wettbewerbsunterlage gebe; der Passus "der ÖBB" sei überflüssig. Das Gleisprojekt sehe einen Anschluss an das Baufeld A.01 auf 4 Ebenen vor. Dies wurde auch vom Vertreter der ÖBB-Immo bestätigt. Der Zeuge führte weiter aus, dass die Grenze der Bahnhofshalle zugleich die Begrenzung des Baufeldes A.01 sei.

Der Vertreter der ÖBB-Immo führte aus, dass unter dem Baufeld A.01 auch eine Tiefgarage errichtet werden solle. Diese solle auch verbunden werden mit der Tiefgarage unter den Gleiskörpern. Eine Anbindung dieser Tiefgarage an jene unter dem Gleiskörper sei in der Wettbewerbsunterlage vorgesehen, dabei handle es sich jedoch um zwei jeweils autarke Tiefgaragen mit getrennten Ein- und Ausfahrten. Ob diese gemeinsam betrieben werden sollen, werde die Zukunft weisen. Es gebe aber eine Verbindung zwischen diesen beiden Garagen.

Die Antragstellervertreterin ergänzte, dass auch auf den oberen Ebenen des Baufeldes A.01 eine Verbindung zum

Hauptbahnhof gegeben sei, woraus sich die wechselseitige Attraktivität und Interessenförderung ergebe. Die Konnexität ergebe sich weiters daraus, dass die längeren Öffnungszeiten für Bahnhöfe in Anspruch genommen werden könnten.

Mit Schriftsatz vom 21.2.2008 übermittelte die ÖBB-Immo fristgerecht den Immobilienmanagementvertrag, abgeschlossen zwischen der Österreichischen Bundesbahnen (künftig: ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft) und der ÖBB-Immobilienmanagement GmbH, Stand 22.8.2005, samt Ergänzungen, den Geschäftsbericht 2006 der ÖBB-Immo, den Auftrag der ÖBB-Immo an die H*** betreffend die Verfahrensbetreuung eines Expertenverfahrens für die BahnhofCity Hauptbahnhof Wien sowie vier an die ÖBB-Immo gelegte Rechnungen betreffend den als Aufwandsentschädigung vereinbarten Pauschalbetrag im Expertenverfahren.

Der Immobilienmanagementvertrag, Stand 22.8.2005, lautet auszugsweise:

"§ 1 PRÄAMBEL

...

(4) Gegenstand dieses Vertrages ist das jeweils laut aktuellem Status bestehende Immobilienanlagevermögen der Auftraggeberin, es umfasst sohin auch jene Liegenschaften, die nach § 10 a EibG als Schieneninfrastruktur zu qualifizieren sind, wobei die einzelnen Dienstleistungen in differenziertem Umfang, der in § 4 und der Anlage./2 detailliert umschrieben ist, erbracht werden. Weiters erstreckt sich der Vertragsgegenstand auch auf das erst nach Abschluss dieses Vertrages erworbene Immobilienanlagevermögen und entspricht dies den Regeln des § 24 Abs. 1 BBG in der Fassung des Bundesbahnstrukturgesetz 2003.(4) Gegenstand dieses Vertrages ist das jeweils laut aktuellem Status bestehende Immobilienanlagevermögen der Auftraggeberin, es umfasst sohin auch jene Liegenschaften, die nach Paragraph 10, a EibG als Schieneninfrastruktur zu qualifizieren sind, wobei die einzelnen Dienstleistungen in differenziertem Umfang, der in Paragraph 4 und der Anlage./2 detailliert umschrieben ist, erbracht werden. Weiters erstreckt sich der Vertragsgegenstand auch auf das erst nach Abschluss dieses Vertrages erworbene Immobilienanlagevermögen und entspricht dies den Regeln des Paragraph 24, Absatz eins, BBG in der Fassung des Bundesbahnstrukturgesetz 2003.

.....

§ 3 VERFÜGUNG ÜBER DIE NUTZUNGSRECHTEParagraph 3, VERFÜGUNG ÜBER DIE NUTZUNGSRECHTE

(1) Die Auftragnehmerin ist berechtigt, über alle Liegenschaften der Auftraggeberin im Sinne des § 1 nach Maßgabe der Zuständigkeiten im Konzern, an Teilen derselben sowie den auf diesen Liegenschaften befindlichen Objekten oder Teilen derselben, laut der Vollmacht gemäß Anlage./1 zu diesem Vertrag im Rahmen des vereinbarten Leistungsumfanges, alle erforderlichen Verfügungen - wie in § 4 näher ausgeführt - hinsichtlich der Nutzung zu treffen.(1) Die Auftragnehmerin ist berechtigt, über alle Liegenschaften der Auftraggeberin im Sinne des Paragraph eins, nach Maßgabe der Zuständigkeiten im Konzern, an Teilen derselben sowie den auf diesen Liegenschaften befindlichen Objekten oder Teilen derselben, laut der Vollmacht gemäß Anlage./1 zu diesem Vertrag im Rahmen des vereinbarten Leistungsumfanges, alle erforderlichen Verfügungen - wie in Paragraph 4, näher ausgeführt - hinsichtlich der Nutzung zu treffen.

(2) Die Auftraggeberin hat der Auftragnehmerin diesbezüglich Vollmacht erteilt, welche den Vertretungsumfang vollumfänglich definiert. Diese als Anlage./1 diesem Vertrag angeschlossene Gattungsvollmacht bildet einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrags.

§ 4 LEISTUNGSUMFANG DER IMMOBILIEN GMBHParagraph 4, LEISTUNGSUMFANG DER IMMOBILIEN GMBH

Die Bau AG überträgt der Immobilien GmbH und die Immobilien GmbH übernimmt nach Maßgabe der Zuständigkeiten im Konzern die folgenden Aufgabenbereiche, welche bezogen auf die in § 1 Abs. 4 getroffene Unterscheidung zwischen sonstigem Liegenschaftsanlagevermögen und dem der Schieneninfrastruktur entsprechend der Auflistung in der als integrierenden Bestandteil zu diesem Vertrag angeschlossenen Aufstellung (./2) je nach Dienstleistung differenziert erbracht werden ("Dienstleistungsmatrix"). Die Dienstleistungen werden sohin in unterschiedlichem Umfang, je nachdem, ob sie sich auf Liegenschaftsanlagevermögen, das in Eigennutzung der Auftraggeberin steht, oder jenem, das entweder aufgrund eines Bestandvertrages oder auf Grund der Bestimmung des § 35 BB geht zur Nutzung überlassen wurde, erbracht.Die Bau AG überträgt der Immobilien GmbH und die Immobilien GmbH übernimmt nach Maßgabe der Zuständigkeiten im Konzern die folgenden Aufgabenbereiche, welche bezogen auf die in Paragraph eins, Absatz 4,

getroffene Unterscheidung zwischen sonstigem Liegenschaftsanlagevermögen und dem der Schieneninfrastruktur entsprechend der Auflistung in der als integrierenden Bestandteil zu diesem Vertrag angeschlossenen Aufstellung (./2) je nach Dienstleistung differenziert erbracht werden ("Dienstleistungsmatrix"). Die Dienstleistungen werden sohin in unterschiedlichem Umfang, je nachdem, ob sie sich auf Liegenschaftsanlagevermögen, das in Eigennutzung der Auftraggeberin steht, oder jenem, das entweder aufgrund eines Bestandvertrages oder auf Grund der Bestimmung des Paragraph 35, BB geht zur Nutzung überlassen wurde, erbracht.

(1) Liegenschafts-Portfolio-Management:

....

(2) Hausverwaltung (Verwaltung bebauter Grundstücke):

...

(3) Liegenschaftsverwaltung von unbebauten Grundstücken:

...

(5) Projektentwicklung:

...

(6) Verwertung:

...."

In der Anlage /2 ("Dienstleistungsmatrix"), die gemäß § 4 des Immobilienmanagementvertrages einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages bildet, werden die Dienstleistungen, die von der ÖBB-Immo zu erbringen sind, wie folgt dargestellt: In der Anlage /2 ("Dienstleistungsmatrix"), die gemäß Paragraph 4, des Immobilienmanagementvertrages einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages bildet, werden die Dienstleistungen, die von der ÖBB-Immo zu erbringen sind, wie folgt dargestellt:

Nicht darstellbare Tabelle

Die ÖBB-Immo hat mit Schreiben vom 29.2.2008 die Höhe des geschätzten Auftragswertes der Architekturleistungen für Vorentwurf, Entwurf und Einreichung mit Euro XXX Mio bekanntgegeben. Die ÖBB-Immo hat mit Schreiben vom 29.2.2008 die Höhe des geschätzten Auftragswertes der Architekturleistungen für Vorentwurf, Entwurf und Einreichung mit Euro römisch 30 Mio bekanntgegeben.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Anzuwendende Rechtslage: römisch eins. Anzuwendende Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr 17/2006, wurde mit BGBl I Nr 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich von der ÖBB-Immo geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007, (BVerG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich von der ÖBB-Immo

geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, (BVergG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

1. Auftraggebereigenschaft der ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H. im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 (klassischer Bereich) 1. Auftraggebereigenschaft der ÖBB-Immobilienmanagement Gesellschaft m.b.H. im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 (klassischer Bereich)

1.1. Allgemeines

Gemäß Seite 1, Verfahrensbestimmungen der Wettbewerbsunterlagen ist Auslober des gegenständlichen Expertenverfahrens die ÖBB-Immo "in Kooperation mit Stadt Wien". In der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 führte der Vertreter der ÖBB-Immo aus, dass die Stadt Wien weder Zahlungen für das gegenständliche Expertenverfahren tätige noch diesbezüglich Vorgaben gebe. Die Stadt Wien sei lediglich die zuständige Behörde für den Flächenwidmungsplan und die Bebauungsbestimmungen. Die Preisgelder für das Expertenverfahren würden von der ÖBB-Immo bezahlt. Diese Kosten seien im Jahr 2007 budgetiert und bereits teilweise, soweit Rechnungen vorgelegt wurden, ausbezahlt worden. Der Gesamtjahresumsatz der ÖBB-Immo habe im Jahr 2007 über Euro XXX Mio. betragen. Gemäß Seite 1, Verfahrensbestimmungen der Wettbewerbsunterlagen ist Auslober des gegenständlichen Expertenverfahrens die ÖBB-Immo "in Kooperation mit Stadt Wien". In der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 führte der Vertreter der ÖBB-Immo aus, dass die Stadt Wien weder Zahlungen für das gegenständliche Expertenverfahren tätige noch diesbezüglich Vorgaben gebe. Die Stadt Wien sei lediglich die zuständige Behörde für den Flächenwidmungsplan und die Bebauungsbestimmungen. Die Preisgelder für das Expertenverfahren würden von der ÖBB-Immo bezahlt. Diese Kosten seien im Jahr 2007 budgetiert und bereits teilweise, soweit Rechnungen vorgelegt wurden, ausbezahlt worden. Der Gesamtjahresumsatz der ÖBB-Immo habe im Jahr 2007 über Euro römisch 30 Mio. betragen.

Das gegenständliche Expertenverfahren stellt den ersten Schritt zur Verwertung der zukünftig nicht mehr betriebsnotwendigen Flächen dar. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens boten sich dem erkennenden Senat keine Anhaltspunkte, die auf eine finanzielle Beteiligung der Stadt Wien für das gegenständliche Expertenverfahren hinweisen könnten. Die Einladungsschreiben zur Teilnahme am gegenständlichen Expertenverfahren wurden für den Auslober ÖBB-Immo von DI G*** gefertigt. Die Honorarnote betreffend Aufwandsentschädigung für das Expertenverfahren wurde - wie von der ÖBB-Immo dem erkennenden Senat vorgelegt - zumindest von vier Teilnehmern des Wettbewerbs an die ÖBB-Immo gerichtet und von dieser jeweils im Februar 2008 in Auftrag gegeben. Ebenso wurde das Angebot der H*** vom 9.8.2007 betreffend die Verfahrensbetreuung, gerichtet an die ÖBB-Immobilien (Anm: im Angebotstext steht "Als Auslober des Expertenverfahrens ist die ÖBB Immobilien auf."), z. Hd. Herrn Dipl.-Ing. G***, von diesem mit dem Beisatz "Angebot angenommen, 8/2007" eigenhändig unterfertigt. Der erkennende Senat geht sohin davon aus, dass die ÖBB-Immo Auslober des gegenständlichen Expertenverfahrens ist. Das gegenständliche Expertenverfahren stellt den ersten Schritt zur Verwertung der zukünftig nicht mehr betriebsnotwendigen Flächen dar. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens boten sich dem erkennenden Senat keine Anhaltspunkte, die auf eine finanzielle Beteiligung der Stadt Wien für das gegenständliche Expertenverfahren hinweisen könnten. Die Einladungsschreiben zur Teilnahme am gegenständlichen Expertenverfahren wurden für den Auslober ÖBB-Immo von DI G*** gefertigt. Die Honorarnote betreffend Aufwandsentschädigung für das Expertenverfahren wurde - wie von der ÖBB-Immo dem erkennenden Senat vorgelegt - zumindest von vier Teilnehmern des Wettbewerbs an die ÖBB-Immo gerichtet und von dieser jeweils im Februar 2008 in Auftrag gegeben. Ebenso wurde das Angebot der H*** vom 9.8.2007 betreffend die Verfahrensbetreuung, gerichtet an die ÖBB-Immobilien Anmerkung, im Angebotstext steht "Als Auslober des Expertenverfahrens ist die ÖBB Immobilien auf."), z. Hd. Herrn Dipl.-Ing. G***, von diesem mit dem Beisatz "Angebot angenommen, 8/2007" eigenhändig unterfertigt. Der erkennende Senat geht sohin davon aus, dass die ÖBB-Immo Auslober des gegenständlichen Expertenverfahrens ist.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich - wie auch die ÖBB-Immo in ihrem Schriftsatz vom 15.2.2008 betont - die betroffenen Liegenschaften derzeit im Eigentum der ÖBB-Infrastruktur Bau AG befinden. Derzeit stellen diese

Liegenschaften betriebsnotwendige Flächen dar. Das gegenständliche Expertenverfahren zielt auf eine Verwertung in der Zukunft ab. Durch den geladenen Wettbewerb werden die Grundlagen für einen allfälligen Verkauf und die weitere Entwicklung einzelner Liegenschaften geschaffen. Dass mit der Schließung der betriebsnotwendigen Bahn- und Gleisanlagen und der Herauslösung aus dem Bahnbereich Gesellschaften als Eigentümer dieser zur privaten Verwertung freistehenden Liegenschaften herangezogen werden sollen und die Verwertung bzw. Entwicklung der gegenständlichen Baufelder A.01, A.02 und B.01 über die Projektträgergesellschaften und den Verkauf ihrer Geschäftsanteile erfolgen soll, ist daher zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung durch den erkennenden Senat irrelevant. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die von der ÖBB-Immo zitierten ÖBB-Projektgesellschaften D*** GmbH & Co KG und E*** GmbH & Co KG erstmals am 12.1.2008, die J*** GmbH & Co KG erstmals am 18.1.2008 im Firmenbuch eingetragen wurden, sohin zu einem Zeitpunkt, zu dem die Wettbewerbsunterlagen längst abgegeben sein mussten (17.12.2007). Die Anträge auf Eintragung dieser Gesellschaften langten erst am 21.12.2007 beim Firmenbuch ein, wie eine Einschau des erkennenden Senates in das Firmenbuch ergab. Wie DI G*** (ÖBB-Immo) in der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 ausführte, sollen die Liegenschaften zum geeigneten Zeitpunkt in die genannten Projektgesellschaften eingebracht werden.

Es ist daher zunächst zu prüfen, ob die ÖBB-Immo öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 ist. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob die ÖBB-Immo öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ist:

Prof. B*** kommt in seinem Rechtsgutachten zu folgendem Ergebnis:

"3.1 Die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH ist keine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der allgemeinen EG-Vergaberichtlinien bzw. keine Einrichtung im Sinne von § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002, weil sie nicht zu dem besonderen Zweck gegründet worden ist, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind." 3.1 Die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH ist keine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der allgemeinen EG-Vergaberichtlinien bzw. keine Einrichtung im Sinne von Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002, weil sie nicht zu dem besonderen Zweck gegründet worden ist, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind.

3.2. Die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH ist aufgrund ihrer Eigentumsverhältnisse ein öffentliches Unternehmen, übt jedoch keine der in § 120 Abs. 2 BVergG 2002 angeführten (Sektoren-) Tätigkeiten aus: sie ist daher auch kein Auftraggeber im Sinne der er RL-Sektoren bzw. des § 7 Abs. 2 BVergG 2002. 3.3. Die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH fällt - zusammenfassend - nicht in den persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2002." 3.2. Die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH ist aufgrund ihrer Eigentumsverhältnisse ein öffentliches Unternehmen, übt jedoch keine der in Paragraph 120, Absatz 2, BVergG 2002 angeführten (Sektoren-) Tätigkeiten aus: sie ist daher auch kein Auftraggeber im Sinne der er RL-Sektoren bzw. des Paragraph 7, Absatz 2, BVergG 2002. 3.3. Die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH fällt - zusammenfassend - nicht in den persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2002."

In der gutachterlichen Stellungnahme von Dr. C***, welche jüngeren Datums und inhaltlich komplexer ist sowie durch EuGH-Judikatur untermauert wird, ist Folgendes (Anm: ÖBB-IM steht für ÖBB-Immobilienmanagement GmbH) ausgeführt: In der gutachterlichen Stellungnahme von Dr. C***, welche jüngeren Datums und inhaltlich komplexer ist sowie durch EuGH-Judikatur untermauert wird, ist Folgendes Anmerkung, ÖBB-IM steht für ÖBB-Immobilienmanagement GmbH) ausgeführt:

"III. Beurteilung

1. 1. Ziffer eins

....

1. 2. Ziffer 2

Auftraggeber-Eigenschaft der ÖBB-IM, allgemeiner

Prüfungsrahmen

Ob die ÖBB-IM beim gegenständlichen Projekt zur Anwendung der BVergG-Bestimmungen des klassischen Bereichs oder des Sektoren-Bereichs verpflichtet ist, ist somit anhand der Tatbestandsmerkmale der §§ 3 bzw. 163 bis 166 BVergG 2006 zu prüfen: Ob die ÖBB-IM beim gegenständlichen Projekt zur Anwendung der BVergG-Bestimmungen des

klassischen Bereichs oder des Sektoren-Bereichs verpflichtet ist, ist somit anhand der Tatbestandsmerkmale der Paragraphen 3, bzw. 163 bis 166 BVergG 2006 zu prüfen:

(a) Es ist offensichtlich, dass § 3 Abs. 1 Z 1 und Z 3, sowie Abs. 3 bis 5 nicht für die ÖBB-IM in Frage kommen. (a) Es ist offensichtlich, dass Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 3, , sowie Absatz 3 bis 5 nicht für die ÖBB-IM in Frage kommen.

Nach Information durch die ÖBB-IM wird bei Realisierung des gegenständlichen Projekts keine direkte Projektsubventionierung zu mehr als 50% durch einen (oder durch mehrere) öffentliche Auftraggeber erfolgen, so dass der Tatbestand des § 3 Abs. 2 BVergG nicht erfüllt wird. Nach Information durch die ÖBB-IM wird bei Realisierung des gegenständlichen Projekts keine direkte Projektsubventionierung zu mehr als 50% durch einen (oder durch mehrere) öffentliche Auftraggeber erfolgen, so dass der Tatbestand des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG nicht erfüllt wird.

(b) Auch von einer Sektoren-Auftraggeberschaft ist nicht auszugehen, zumal schon prima vista keine der Sektorentätigkeiten gem. §§ 167 bis 173 BVergG 2006 von der ÖBB-IM ausgeübt wird. (b) Auch von einer Sektoren-Auftraggeberschaft ist nicht auszugehen, zumal schon prima vista keine der Sektorentätigkeiten gem. Paragraphen 167 bis 173 BVergG 2006 von der ÖBB-IM ausgeübt wird.

(c) Näher zu prüfen bleibt somit, ob die ÖBB-IM eine "Einrichtung öffentlichen Rechts" gem. § 3 Abs. 1 Z 2 ist. Mit dem Begriff "Einrichtung öffentlichen Rechts" werden in erster Linie die sogenannten "ausgegliederten" Rechtsträger erfasst. (c) Näher zu prüfen bleibt somit, ob die ÖBB-IM eine "Einrichtung öffentlichen Rechts" gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, ist. Mit dem Begriff "Einrichtung öffentlichen Rechts" werden in erster Linie die sogenannten "ausgegliederten" Rechtsträger erfasst.

1. 3. Ziffer 3

Liegt bei der ÖBB-IM eine Auftraggeberentscheidung gem. § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG vor? Liegt bei der ÖBB-IM eine Auftraggeberentscheidung gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vor?

Die Definition des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 entspricht fast wörtlich jener der deutschen Version der EG-Vergaberichtlinie 2004/18/EG (Art 1 Abs. 9). Ausweislich der Materialien zur Regierungsvorlage des BVergG 2006 wird damit "die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG mit jenem der Richtlinien deckungsgleich zu gestalten". Dies gebietet eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des § 3. Dabei ist auf die Rechtsprechung des EuGH Bedacht zu nehmen: Der Begriff des öffentlichen AG einschließlich des Begriffs der Einrichtung des öffentlichen Rechts ist "funktional" zu verstehen. Demnach liegt eine öffentliche Einrichtung vor, wenn die Einrichtung (das öffentliche Unternehmen) mit der öffentlichen Hand eng verbunden ist. Nur wenn die Annahme begründet ist, dass diese Einrichtung sich bei ihren Auftragsvergaben "von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen" leiten lässt, ist indiziert, dass eine Einrichtung gem. § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG vorliegt. Die Definition des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 entspricht fast wörtlich jener der deutschen Version der EG-Vergaberichtlinie 2004/18/EG (Artikel eins, Absatz 9,). Ausweislich der Materialien zur Regierungsvorlage des BVergG 2006 wird damit "die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG mit jenem der Richtlinien deckungsgleich zu gestalten". Dies gebietet eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des Paragraph 3, Dabei ist auf die Rechtsprechung des EuGH Bedacht zu nehmen: Der Begriff des öffentlichen AG einschließlich des Begriffs der Einrichtung des öffentlichen Rechts ist "funktional" zu verstehen. Demnach liegt eine öffentliche Einrichtung vor, wenn die Einrichtung (das öffentliche Unternehmen) mit der öffentlichen Hand eng verbunden ist. Nur wenn die Annahme begründet ist, dass diese Einrichtung sich bei ihren Auftragsvergaben "von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen" leiten lässt, ist indiziert, dass eine Einrichtung gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vorliegt.

Erforderliche Tatbestandselemente:

Für das Vorliegen einer Auftraggebereigenschaft gem. § 3 Abs. 1 Z 2 sind kumulativ 3 Tatbestandselemente erforderlich. Für das Vorliegen einer Auftraggebereigenschaft gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, sind kumulativ 3 Tatbestandselemente erforderlich.

Wenn aber eines der 3 Elemente des § 3 Abs. 1 Z 2 lit a) bis c) bei einer Einrichtung nicht vorliegt, ist sie kein AG, der zur Anwendung des BVergG verpflichtet ist. Wenn aber eines der 3 Elemente des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a,) bis c) bei einer Einrichtung nicht vorliegt, ist sie kein AG, der zur Anwendung des BVergG verpflichtet ist.

(a) Analyse der 3 Elemente einer Auftraggeberschaft gem. § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG(a) Analyse der 3 Elemente einer Auftraggeberschaft gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG

(a1) Rechtsfähigkeit: Das 2. Element in § 3 Abs. 1 Z 2 lit b) betrifft das Erfordernis der Rechtsfähigkeit. Die Rechtsfähigkeit der Einrichtung ÖBB-IM ist nicht zweifelhaft:(a1) Rechtsfähigkeit: Das 2. Element in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b,) betrifft das Erfordernis der Rechtsfähigkeit. Die Rechtsfähigkeit der Einrichtung ÖBB-IM ist nicht zweifelhaft:

Als GmbH ist sie eine juristische Person.

(a2) Gründungszweck und "Nichtgewerblichkeit": Das 1. Element wird in § 3 Abs. 1 Z 2 lit a) bestimmt und lautet: (Gesetzestext) "zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und" (Hervorhebung vom Verfasser). Auch diese drei Teilelemente müssen kumulativ erfüllt sein.(a2) Gründungszweck und "Nichtgewerblichkeit": Das 1. Element wird in Paragraph 3, Absatz eins, Z 2 Litera a,) bestimmt und lautet: (Gesetzestext) "zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und" (Hervorhebung vom Verfasser). Auch diese drei Teilelemente müssen kumulativ erfüllt sein.

Schrittweise Prüfung: Die beiden Teilelemente "Aufgaben im Allgemeininteresse" sowie "Aufgaben nicht gewerblicher Art" stehen in einem Zusammenhang, weil die Aufgaben "nicht gewerblicher Art" eine Teilmenge der Aufgaben "im Allgemeininteresse" darstellen. Nach Holoubek/Fuchs ist schrittweise vorzugehen, nämlich in einem 1. Schritt zu fragen, ob Aufgaben "im Allgemeininteresse" erfüllt werden, sodann in einem 2. Schritt zu prüfen, ob diese Aufgaben einen "nicht gewerblichen" Charakter haben, und ist dann im 3. Schritt auf den "besonderen Gründungszweck" abzustellen (siehe Prüfungs-Checkliste Anlage 1).

Nach dem Gründungszweck der ÖBB-IM geht es laut dem ursprüngl. Gesellschaftsvertrag vom 17.05.2004 insbesondere um "bestmögliche Bewirtschaftung" von Immobilien. Dabei ist a priori nicht davon auszugehen, dass dies eine "im Allgemeininteresse liegende Aufgabe" ist, vielmehr ist eine "kommerzielle Aufgabe" indiziert. Noch stärker zeigt die oben beschriebene tatsächliche Aufgabenerfüllung (s. P. II.2.), dass es um die Erfüllung "kommerzieller" Aufgaben geht.Nach dem Gründungszweck der ÖBB-IM geht es laut dem ursprüngl. Gesellschaftsvertrag vom 17.05.2004 insbesondere um "bestmögliche Bewirtschaftung" von Immobilien. Dabei ist a priori nicht davon auszugehen, dass dies eine "im Allgemeininteresse liegende Aufgabe" ist, vielmehr ist eine "kommerzielle Aufgabe" indiziert. Noch stärker zeigt die oben beschriebene tatsächliche Aufgabenerfüllung (s. P. römisch zwei.2.), dass es um die Erfüllung "kommerzieller" Aufgaben geht.

Die ÖBB-IM ist ein Unternehmen des ÖBB-Konzerns. Bei Konzernen ist eine getrennte Betrachtung von Muttergesellschaft und Tochterunternehmen mit jeweils eigener Rechtspersönlichkeit geboten. Auch wenn das gründende Unternehmen öffentlicher AG ist, überträgt sich diese AG-Eigenschaft nicht automatisch auf die Tochtergesellschaft mit eigener Rechtsfähigkeit, wenn diese im Allgemeininteresse gelegene Tätigkeiten "gewerblicher Art" besorgt.

Für eine Auftraggeberschaft gem. § 3 Abs. 1 Z 2 lit b) BVergG 2006 ist nach dem Gesetzestext als Voraussetzung erforderlich, dass bei einer Einrichtung der besondere Gründungszweck der Wahrnehmung von "im Allgemeininteresse gelegenen" Aufgaben "nicht gewerblichen Art" vorliegt: Dieser Gründungszweck muss nach dem Wortlaut des Gesetzestextes sowohl die im Allgemeininteresse liegende Aufgabenerfüllung umfassen, als auch die "nicht gewerbliche Art" der im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten; weiters ist erforderlich, dass solche Tätigkeiten auch tatsächlich ausgeführt werden.Für eine Auftraggeberschaft gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b,) BVergG 2006 ist nach dem Gesetzestext als Voraussetzung erforderlich, dass bei einer Einrichtung der besondere Gründungszweck der Wahrnehmung von "im Allgemeininteresse gelegenen" Aufgaben "nicht gewerblichen Art" vorliegt: Dieser Gründungszweck muss nach dem Wortlaut des Gesetzestextes sowohl die im Allgemeininteresse liegende Aufgabenerfüllung umfassen, als auch die "nicht gewerbliche Art" der im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten; weiters ist erforderlich, dass solche Tätigkeiten auch tatsächlich ausgeführt werden.

Eine Einrichtung, die zu obigem besonderen Zweck gegründet worden ist, unterliegt nach der sogenannten "Infektionstheorie", solange sie Tätigkeiten im "nichtgewerblichen Allgemeininteresse" ausübt, auch hinsichtlich ihres gewerblichen Tätigkeitsbereiches dem Vergaberecht; nach der "Infektionstheorie" gilt dies auch dann, wenn der "nicht gewerbliche" Teil keine überwiegende Bedeutung hat . Auch eine Einrichtung, die nicht schon zu dem besonderen

Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben "nicht gewerblicher Art" zu erfüllen, aber später im Allgemeininteresse liegende Aufgaben "nicht gewerblicher Art" erfüllt, wird ab dem Zeitpunkt, ab dem sie diese Aufgaben tatsächlich erfüllt, als öffentlicher AG zu beurteilen sein.

(a2.1) Allgemeininteresse

Die Materialien (1171 Blg NR 22.GP, S.23) enthalten u.a. Erläuterungen zu dem Begriff der "im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben":

Zitat: "Unter 'im Allgemeininteresse liegende Aufgaben' ist ein gewisser Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge) zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird. Eine diesbezügliche Orientierung bietet etwa Art. 86 Abs. 2 EGV samt einschlägiger Judikatur des EuGH. Im Allgemeinen kann man davon ausgehen, dass ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform einer öffentlichen Zwecksetzung und damit der Verwirklichung eines Allgemeininteresses dient. Dass dabei wirtschaftliche Grundsätze zu beachten sind (vgl. etwa Art. 126b Abs. 5 BVG), steht der Verpflichtung auf das Allgemeininteresse nicht entgegen. Handelt der Staat (im weitesten, funktionellen Sinn zu verstehen; vgl. EuGH Rs 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635) hingegen in privatrechtlichen Formen (Privatwirtschaftsverwaltung; Art. 17 B-VG), so gilt diese Vermutung nicht. Dass der mit der Wirtschaftstätigkeit erzielte Gewinn letztendlich dem 'Staat' zugute kommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses alleine ebenfalls nicht aus. Hinzu treten muss eine spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann." (Hervorhebung vom Verfasser). Zitat: "Unter 'im Allgemeininteresse liegende Aufgaben' ist ein gewisser Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge) zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird. Eine diesbezügliche Orientierung bietet etwa Artikel 86, Absatz 2, EGV samt einschlägiger Judikatur des EuGH. Im Allgemeinen kann man davon ausgehen, dass ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform einer öffentlichen Zwecksetzung und damit der Verwirklichung eines Allgemeininteresses dient. Dass dabei wirtschaftliche Grundsätze zu beachten sind vergleiche etwa Artikel 126 b, Absatz 5, BVG), steht der Verpflichtung auf das Allgemeininteresse nicht entgegen. Handelt der Staat (im weitesten, funktionellen Sinn zu verstehen; vergleiche EuGH Rs 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635) hingegen in privatrechtlichen Formen (Privatwirtschaftsverwaltung; Artikel 17, B-VG), so gilt diese Vermutung nicht. Dass der mit der Wirtschaftstätigkeit erzielte Gewinn letztendlich dem 'Staat' zugute kommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses alleine ebenfalls nicht aus. Hinzu treten muss eine spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann." (Hervorhebung vom Verfasser).

Demnach sind Tätigkeiten, die zur Erfüllung originärer Staatsaufgaben dienen bzw. die in einem echten oder "wesentlichen" Zusammenhang mit einem am Gemeinwohl orientierten staatlichen Interesse stehen, als Tätigkeiten im Allgemeininteresse zu betrachten. Im Allgemeininteresse liegen jedenfalls Tätigkeiten, die "der Staat (im weiten funktionalen Sinn) aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte". Zu den Tätigkeiten im Rahmen der originären Staatsaufgaben zählen hiermit Tätigkeiten, die dem institutionellen Funktionieren des Staates, dem Strafvollzug, der öffentlichen Gesundheit, der Hygiene oder der Abfallbeseitigung, dienen.

Auch eine staatliche Gewährleistung der Aufgabenerfüllung (an Stelle der Tätigkeit der Einrichtung), z.B. etwa durch eine gesetzliche Normierung einer Subsidiärverpflichtung einer Gebietskörperschaft zur Erbringung einer bestimmten Leistung, die Festlegung von staatlichen Weisungsbefugnissen eine Regelung der Art und Weise der Leistungserbringung durch ein Gesetz oder der Vorbehalt von Einwirkungsmöglichkeiten des Staates auf den Betrieb der Einrichtung und dessen Finanzierung bringen zum Ausdruck, dass eine "Staatsaufgabe" vorliegt, somit ein "Allgemeininteresse" gegeben ist.

Auf ein Allgemeininteresse weist auch die Verwirklichung von wirtschafts- und sozialpolitischen Zielen des Staates (zB die Veranstaltung von Ausstellungen oder Messen oder die Tätigkeit einer Betriebsansiedlungsgesellschaft aufgrund der dadurch bewirkten "Impulswirkung" für den Handel bzw. für die Schaffung von Arbeitsplätzen etc) hin.

Ein illustratives Beispiel gibt auch UVS Burgenland 07.08.2002.

Fazit hinsichtlich Allgemeininteresse: Die Entwicklung und wirtschaftliche Verwertung von Immobilien sowie deren Verwaltung und Bewirtschaftung ist evidenterweise keine im Allgemeininteresse erfolgende Aufgabenerfüllung.

(a2.2) "Nicht gewerbliche Art"

"Aufgaben nicht gewerblicher Art" ist ein in der Richtlinie 2004/18/EG (Vergabe-Koordinierungs-Richtlinie) festgelegter Begriff. Dieses Teilkriterium ist nicht national gewerberechtlich, sondern autonom europarechtlich zu interpretieren. "Nicht gewerblich" bedeutet (stark vereinfacht) "nicht industriell oder nicht kommerziell".

Dem Teilkriterium der "nicht gewerblichen" Aufgaben kommt eine eigenständige Funktion zu, die die "im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben" konkretisiert und einschränkt (es stellt somit eine Teilmenge dar). Es muss jedenfalls vorliegen, damit eine Einrichtung als öffentlicher AG zu qualifizieren ist.

Bloß aus einer Staatsnähe eines Unternehmens bzw. aus einer Staatsnähe der (des) Gesellschafter(s) des Unternehmens bzw. der Einrichtung ist noch nicht abzuleiten, dass eine "nicht gewerbliche" Aufgabenerfüllung vorliege. Der Maßstab für die Prüfung, ob eine "gewerbliche" oder aber, ob eine "nicht gewerbliche" Tätigkeit bei einer Einrichtung vorliegt, ist, ob bei der Einrichtung die Tätigkeit nach gleichen wirtschaftlichen Überlegungen erfolgt wie die Tätigkeit von (privaten) Wirtschaftstreibenden, die in Konkurrenz zueinander stehen. Vom Vergaberecht sollen jene Einrichtungen gebunden sein, "die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen, die ganz oder teilweise nicht den Marktgesetzen unterliegen" (GA Leger in der Rs Mannesmann/ÖSD). Nicht dem Erzielen von Gewinnen dienen Tätigkeiten, die "ihrer Natur nach, deretwegen sie zu den wesentlichen Aufgaben der öffentlichen Hand gehören, keinem Rentabilitätskriterium unterworfen werden", wogegen "gewerbliche tätige" Unternehmen mit anderen Unternehmen im Wettbewerb stünden, "was sie daran hindert, ihren Vertragspartner aufgrund diskriminierender Kriterien auszuwählen. Gesetzlicher Beschränkungen bedarf es insoweit weniger".

Nach Gerscha/Huber-Matauschk/Pesendorfer ist unter einer "gewerblichen Einrichtung" eine solche zu verstehen, die

- -Strichaufzählung
"in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden"
- -Strichaufzählung
unter den gleichen Bedingungen wie diese (dh unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln)
- -Strichaufzählung
am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt." (Ende Zitat)

Dieser Charakterisierung entspricht die oben unter II.2. dargestellte Aufgabenerfüllung der ÖBB-IM. Dieser Charakterisierung entspricht die oben unter römisch zwei.2. dargestellte Aufgabenerfüllung der ÖBB-IM.

Die Materialien zum BVergG 2006 führen zur Grenzziehung zwischen Aufgaben "gewerblicher Art", bzw. "nicht gewerblicher Art" u.a. aus:

"Der EuGH hat bei der Beurteilung des Vorliegens des Tatbestandsmerkmals "Aufgaben gewerblicher Art" auf die Erbringung einer wirtschaftlichen Tätigkeit abgestellt, die auf dem Markt angeboten wird. Für den Gerichtshof offenbar besonders bedeutsam ist der Umstand, ob die Einrichtung, auch wenn sie keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, doch gemäß ihrer Satzung nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet.

Sofern kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen ist und die Einrichtung daher selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, so spricht dies für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art. Sofern kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen ist und die Einrichtung daher selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, so spricht dies für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher "Art".

Nach der Judikatur des EuGH (Rs C-283/00, Rs C-18/01) kommt es für die Risikotragung nicht allein darauf an, ob es einen offiziellen Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste gibt. Ist es unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte wenig wahrscheinlich, dass die beherrschende Gebietskörperschaft die Zahlungsunfähigkeit der betreffenden Einrichtung hinnehmen würde, so spricht dies für eine Tätigkeit nichtgewerblicher Art. Bei einer Tätigkeit, die einen grundlegenden Bestandteil der Strafvollzugspolitik eines Staates darstellt, hat es der EuGH als wenig wahrscheinlich angesehen, dass der Staat als alleiniger Eigentümer der betreffenden Gesellschaft allfällige Verluste nicht übernimmt und die Gesellschaft somit vor dem Konkurs rettet. Nach der Judikatur des EuGH (Rs C-283/00, Rs C-18/01) kommt es für die Risikotragung nicht allein darauf an, ob es einen

offiziellen Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste gibt. Ist es unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte wenig wahrscheinlich, dass die beherrschende Gebietskörperschaft die Zahlungsunfähigkeit der betreffenden Einrichtung hinnehmen würde, so spricht dies für eine Tätigkeit nichtgewerblicher "Art". Bei einer Tätigkeit, die einen grundlegenden Bestandteil der Strafvollzugspolitik eines Staates darstellt, hat es der EuGH als wenig wahrscheinlich angesehen, dass der Staat als alleiniger Eigentümer der betreffenden Gesellschaft allfällige Verluste nicht übernimmt und die Gesellschaft somit vor dem Konkurs rettet.

Unter einer Einrichtung, die Aufgaben "gewerblicher Art" besorgt, ist folglich eine Einrichtung zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen (d.h. unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) ihres Handelns trägt. Eine Teilnahme am regulären Wirtschaftsleben ist wohl dann nicht anzunehmen, wenn eine staatliche Kontrolle oder die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien erfolgen kann, gleichgültig in welcher Art diese verwirklicht werden.

Die Einflussnahme kann auch darin liegen, dass Einrichtungen "vom Staat" bevorzugt oder Schranken für potenzielle Mitbewerber errichtet werden, die bewirken, dass - wenn auch nur in Teilbereichen - der freie Wirtschaftswettbewerb verhindert oder eingeschränkt wird.

(...)

"Gewerbliche Aufgaben" würden demnach von einer Einrichtung dann besorgt werden, wenn sie sich in ihrem Tätigkeitsbericht (ungeachtet ihrer Rechtsform) nicht von anderen privaten Wettbewerbern unterscheidet, sie bei der Beschaffung wie ein gewöhnliches Unternehmen im privaten Wirtschaftsverkehr agiert und bei der Vergabe von Aufträgen kein staatlicher Einfluss stattfindet." (Ende Zitat; Hervorhebungen vom Verfasser)

Nach diesen Erläuterungen in den Materialien zum BVergG ist "Gewinnerzielungsabsicht" zwar kein Essentiale für das Vorliegen einer "Gewerblichkeit" einer Einrichtung, es wird aber das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht ein Indiz pro "Gewerblichkeit" und contra "Nicht-Gewerblichkeit" darstellen.

Von einer Gewinnerzielungsabsicht ist bei der ÖBB-IM auszugehen, zumal lt. Jahres-Bilanzen Gewinn erwirtschaftet wurde (auch die Ausschüttung von Gewinnanteilen an den/die Gesellschafter unterscheidet sich nicht vom Agieren gewöhnlicher Wirtschaftstreibender).

Fazit hinsichtlich "Gewerblichkeit": Die Tätigkeit der ÖBB-IM ist evidenterweise eine "kommerzielle", somit im Sinne der EG-Vergabe-RL keine "nicht gewerbliche" Aufgabenerfüllung, zumal sie im Rahmen von Gewerbeberechtigungen gegen marktübliches Entgelt erfolgt.

(a3) "Staatliche Finanzierung, Leitung oder Kontrolle": Selbst wenn die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art vorliegt, wird eine Einrichtung erst dann zum öffentlichen AG, wenn die Einrichtung vom Staat (überwiegend) finanziert, geleitet oder kontrolliert wird. § 3 Abs. 1 Z 2 lit c) BVergG 2006 führt drei alternative Teilelemente des 3. kumulativen Tatbestands-Elements in § 3 Abs. 1 Z 2 lit c BVergG 2006 an; diese knüpfen an staatlicher Verbindung mit der Einrichtung an, konkret an folgenden Teilelementen: (a3) "Staatliche Finanzierung, Leitung oder Kontrolle": Selbst wenn die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art vorliegt, wird eine Einrichtung erst dann zum öffentlichen AG, wenn die Einrichtung vom Staat (überwiegend) finanziert, geleitet oder kontrolliert wird. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c,) BVergG 2006 führt drei alternative Teilelemente des 3. kumulativen Tatbestands-Elements in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2006 an; diese knüpfen an staatlicher Verbindung mit der Einrichtung an, konkret an folgenden Teilelementen:

- überwiegender Finanzierung durch die
- Aufsicht hinsichtlich der Leitung } öffentliche
- Einfluss auf die Zusammensetzung Hand
- der Organe

Mit diesen drei Teilelementen werden nach der Judikatur des EuGH "drei Erscheinungsformen einer Einrichtung des öffentlichen Rechts als drei Varianten einer engen Verbindung mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber" definiert, aus der sich ergeben kann, "dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des

öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt"

.

(a3.1) Überwiegende Finanzierung: Zum Begriff "überwiegende Finanzierung" macht die Entscheidung des EuGH in der Rs "University of Cambridge" deutlich, dass nur Leistungen durch die öffentliche Hand als "direkte" Finanzierung beachtlich sind. Überwiegende Finanzierung liegt dann vor, wenn mehr als 50% aller Mittel der Einrichtung aus staatlicher Finanzierung stammen. Für die Erbringung von Dienstleistungen gem. jeweiligen Dienstleistungsvertrag im Rahmen der Gewerbeberechtigung der ÖBB-IM (s. oben P.II.2.) ist evident, dass die Leistungsentgelte keine öffentliche Finanzierung darstellen.

Der Berechnung, ob ein Überwiegen der öffentlichen Finanzierung vorliegt, sind alle Mittel zugrunde zu legen über die die Einrichtung verfügt, einschließlich jener, die sie aus einer gewerblichen Tätigkeit erzielt.

(a3.2) Aufsicht hinsichtlich der Leitung: Die Materialien zum BVergG 2006 (1171 Blg NR 22.GP, S.25) erläutern anhand der Judikatur zu diesem Begriff:

"Das alternative Beherrschungskriterium "Aufsicht hinsichtlich der Leitung" muss, da es eines der drei in der Definition jeweils genannten Merkmale darstellt, eine Verbindung mit der öffentlichen Hand schaffen, die der Verbindung gleichwertig ist, die besteht, wenn eines der beiden anderen alternativen Merkmale erfüllt ist, nämlich die überwiegende Finanzierung durch die öffentliche Hand oder Ernennung von mehr als der Hälfte der Mitglieder des Leitungsorgans durch die öffentliche Hand. Es ist eine Gesamtbetrachtung aller einschlägigen Regelungen vorzunehmen und falls sich daraus ergibt, dass die Leitung des Rechtsträgers einer Aufsicht durch die öffentliche Hand untersteht, die es dieser ermöglicht, die Entscheidungen des Rechtsträgers in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen, dann ist dieser Beherrschungstatbestand erfüllt (Rs C-237/99)."

(Ende Zitat Materialien)

Eine "bloß nachprüfende Kontrolle" erfüllt laut den Materialien (S 25) nicht das Beherrschungskriterium "Aufsicht hinsichtlich der Leitung".

Gegenständlich ist die Frage des Vorliegens einer Aufsicht hinsichtlich der Leitung nicht weiter von Interesse, weil ohnedies das Vorliegen des kumulativ erforderlichen Tatbestandselements des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 zu verneinen ist. Gegenständlich ist die Frage des Vorliegens einer Aufsicht hinsichtlich der Leitung nicht weiter von Interesse, weil ohnedies das Vorliegen des kumulativ erforderlichen Tatbestandselements des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu verneinen ist.

Auch nach Gerscha/Huber-Matauschk/Pesendorfer erfüllt eine "bloße nachprüfende Kontrolle nicht das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht über die Leitung".

(a3) Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe: Beim 3. Telelement von § 3 Abs. 1 Z 2 lit c) ist zu prüfen, ob ein entsprechender Einfluss auf die Zusammensetzung des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans einer Einrichtung vorliegt und dies eine Verbindung darstellt, durch die eine Beherrschung durch den Staat bzw. einen öffentlichen Auftraggeber bewirkt wird. Hierfür kommt eine Bestellung von mehr als der Hälfte der Mitglieder der Leitungs- und Kontrollorgane der Einrichtung in Frage, auch die Bestellung durch ein Organ der Errichtung selbst, das mehrheitlich von einem öffentlichen Auftraggeber bestellt ist. (a3) Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe: Beim 3. Telelement von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c,) ist zu prüfen, ob ein entsprechender Einfluss auf die Zusammensetzung des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans einer Einrichtung vorliegt und dies eine Verbindung darstellt, durch die eine Beherrschung durch den Staat bzw. einen öffentlichen Auftraggeber bewirkt wird. Hierfür kommt eine Bestellung von mehr als der Hälfte der Mitglieder der Leitungs- und Kontrollorgane der Einrichtung in Frage, auch die Bestellung durch ein Organ der Errichtung selbst, das mehrheitlich von einem öffentlichen Auftraggeber bestellt ist.

(b) Zwischenergebnis

Für die "Selbstkontrolle" durch die "Einrichtung" empfiehlt sich eine Überprüfung des Vorliegens der in (a1) bis (a3) dargestellten Tatbestandselemente und Merkmale anhand einer "Auftraggeberschaft-Prüfungs-Checkliste" (Anlage 1)

Die Kurzanalyse unter (a1) bis (a3) macht bereits deutlich, dass die ÖBB-IM nach dem Tätigkeitsbereich allgemein bzw. mit der Aufgabe bei dem unter II. dargestellten Projekt keine "nicht gewerbliche" Tätigkeit ausübt, zumal auch der

Gründungszweck auf eine "gewerbliche" Tätigkeit abstellt. Das Fehlen dieses kumulativ erforderlichen Tatbestandselements bewirkt bereits, dass die ÖBB-IM keine "Einrichtung gem. § 3 Abs. 1 Z 2" ist. Auch das kumulativ erforderliche Tatbestandselement "Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse" ist beim gegenständlichen Projekt mE nicht gegeben. Die Kurzanalyse unter (a1) bis (a3) macht bereits deutlich, dass die ÖBB-IM nach dem Tätigkeitsbereich allgemein bzw. mit der Aufgabe bei dem unter römisch zwei. dargestellten Projekt keine "nicht gewerbliche" Tätigkeit ausübt, zumal auch der Gründungszweck auf eine "gewerbliche" Tätigkeit abstellt. Das Fehlen dieses kumulativ erforderlichen Tatbestandselements bewirkt bereits, dass die ÖBB-IM keine "Einrichtung gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, ist. Auch das kumulativ erforderliche Tatbestandselement "Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse" ist beim gegenständlichen Projekt mE nicht gegeben.

IV. Zusammenfassung römisch vier. Zusammenfassung

Die ÖBB-IM ist bei ausschließlich "gewerblichem" (dh "kommerziellem") Tätigwerden i.J. 2007 keine Einrichtung iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 für das eingeleitete "Expertenverfahren BahnhofCity Wien Hauptbahnhof" und unterliegt somit nicht dem Vergaberegime für den klassischen Bereich des BVergG. Die ÖBB-IM ist bei ausschließlich "gewerblichem" (dh "kommerziellem") Tätigwerden i.J. 2007 keine Einrichtung iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 für das eingeleitete "Expertenverfahren BahnhofCity Wien Hauptbahnhof" und unterliegt somit nicht dem Vergaberegime für den klassischen Bereich des BVergG.

[...]"

Beurteilungsmaßstab zur Klärung der Frage, ob es sich im konkreten Fall bei der ÖBB-Immo um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, ist § 3 BVergG 2006. In der gegenständlichen Fallkonstellation ist insbesondere zu prüfen, ob die ÖBB-Immo die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Z 2 leg.cit. erfüllt. Durch die Übernahme der Terminologie des Gemeinschaftsrechts in die genannte Gesetzesbestimmung (vgl dazu insbesondere RL 2004/17/EG; 2004/18/EG) wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG 2006 mit jenem der Richtlinien gleich zu gestalten. Daraus folgt zwingend eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des § 3 BVergG 2006 sowie eine Orientierung an der Judikatur des EuGH (RV 1171 BlgNR 22.GP 22ff). Beurteilungsmaßstab zur Klärung der Frage, ob es sich im konkreten Fall bei der ÖBB-Immo um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, ist Paragraph 3, BVergG 2006. In der gegenständlichen Fallkonstellation ist insbesondere zu prüfen, ob die ÖBB-Immo die Voraussetzungen des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, leg.cit. erfüllt. Durch die Übernahme der Terminologie des Gemeinschaftsrechts in die genannte Gesetzesbestimmung vergleiche dazu insbesondere RL 2004/17/EG; 2004/18/EG) wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG 2006 mit jenem der Richtlinien gleich zu gestalten. Daraus folgt zwingend eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des Paragraph 3, BVergG 2006 sowie eine Orientierung an der Judikatur des EuGH Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22.Gesetzgebungsperiode 22ff).

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers iSd BVergG 2006 ist grundsätzlich nicht im streng institutionellen, sondern vielmehr im funktionalen Sinne zu verstehen [EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding); 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau); 27.2.2003, Rs C-373/00 (Trully); 22.5.2003 Rs C-18/01 (Korhonen)]. Somit ist nicht ausschlaggebend, ob die betreffende Einrichtung formell in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist, sondern ob sie nach Maßgabe bestimmter Kriterien eine gewisse "Staatsnähe" aufweist [vgl. RV 1171 BlgNR. 22. GP 22 ff; ebenso zu § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht² (2005) 36; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 7 RZ 4; Potacs, Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 47]. Dementsprechend hält der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung fest, dass der Zweck der Richtlinien u.a. darin besteht, zu verhindern, dass sich eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt [vgl. EuGH vom 22.5.2003, Rs C-18/01 (Korhonen)]. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers iSd BVergG 2006 ist grundsätzlich nicht im streng institutionellen, sondern vielmehr im funktionalen Sinne zu verstehen [EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding); 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau); 27.2.2003, Rs C-373/00 (Trully); 22.5.2003 Rs C-18/01 (Korhonen)]. Somit ist nicht ausschlaggebend, ob die betreffende Einrichtung formell in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist, sondern ob sie nach Maßgabe bestimmter Kriterien eine gewisse "Staatsnähe" aufweist [vgl. Regierungsvorlage 1171 BlgNR. 22. Gesetzgebungsperiode 22 ff; ebenso zu Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht² (2005) 36; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 7, RZ 4; Potacs,

Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 47]. Dementsprechend hält der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung fest, dass der Zweck der Richtlinien u.a. darin besteht, zu verhindern, dass sich eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt [vgl. EuGH vom 22.5.2003, Rs C-18/01 (Korhonen)].

Ein öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 hat kumulativ drei Voraussetzungen zu erfüllen. Es muss sich um eine Einrichtung handeln, die

Ein öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 hat kumulativ drei Voraussetzungen zu erfüllen. Es muss sich um eine Einrichtung handeln, die

1. a) Litera a
zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
 2. b) Litera b
zumindest teilrechtsfähig ist und
 3. c) Litera c
überwiegend von einem Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 oder anderen Einrichtungen iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen iSd Z 2 ernannt worden sind.
- überwiegend von einem Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 oder anderen Einrichtungen iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen iSd Ziffer 2, ernannt worden sind.

1.2. Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (§ 3 Abs. 1 Z 2 lit. a BVergG 2006)

1.2. Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2006)

1.2.1 Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben

Weder die Richtlinien noch das BVergG enthalten eine Definition des Begriffes "Allgemeininteresse". Wie auch der EuGH judiziert, ist somit eine autonome und einheitliche, am Zweck der Richtlinien ausgerichtete Interpretation geboten. In Anbetracht der Ziele der Gemeinschaftsrichtlinien über die Koordinierung der Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber - nämlich Öffnung für den Wettbewerb und Transparenz - ist grundsätzlich von einem weiten Begriffsverständnis auszugehen. Der EuGH legt seinen Entscheidungen ganz bewusst und ausdrücklich eine weite Auslegung zugunsten des Allgemeininteresses zugrunde (siehe EuGH 27.2.2003, Rs C-370/00, Truley).

Demzufolge erstreckt der EuGH das "Allgemeininteresse" über die Besorgung genuin öffentlicher Interessen auch auf Tätigkeiten, die geeignet sind, wirtschafts- und sozialpolitische Ziele des Staates zu verwirklichen [EuGH vom 22.5.2003, Rs C-18/01 (Korhonen)]. Das Vorliegen eines Allgemeininteresses an der Aufgabenerfüllung bejaht der EuGH insbesondere dann, wenn die von der jeweiligen Einrichtung ausgeübte Tätigkeit in einem gewissen Zusammenhang mit staatlichen, gemeinwohlorientierten Interessen steht. Darunter sind Aufgaben zu verstehen, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte (vgl. EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 BFI Holding Rz 51).

Demzufolge erstreckt der EuGH das "Allgemeininteresse" über die Besorgung genuin öffentlicher Interessen auch auf Tätigkeiten, die geeignet sind, wirtschafts- und sozialpolitische Ziele des Staates zu verwirklichen [EuGH vom 22.5.2003, Rs C-18/01 (Korhonen)]. Das Vorliegen eines Allgemeininteresses an der Aufgabenerfüllung bejaht der EuGH insbesondere dann, wenn die von der jeweiligen Einrichtung ausgeübte Tätigkeit in einem gewissen Zusammenhang mit staatlichen, gemeinwohlorientierten Interessen steht. Darunter sind Aufgaben zu verstehen, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte vergleiche EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 BFI Holding Rz 51).

Die Materialien zum BVergG definieren "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" als einen "gewissen Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge), die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird" und sehen bei einem "Handeln in hoheitlicher Rechtsform" ein

Allgemeininteresse als verwirklicht an (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 22ff). Im Gegensatz dazu soll diese Vermutung für ein Tätigwerden in privatrechtlichen Rechtsformen nicht gelten, sondern sich die jeweilige Einrichtung durch eine "spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann", charakterisieren (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2002 Kommentar, § 7, Rz 42). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch nach der Rechtsprechung des EuGH entscheidend ist, dass die Einrichtung (zumindest teilweise) Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat (vgl. EuGH vom 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG/Entsorgungsbetriebe Simmering). Die Materialien zum BVergG definieren "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" als einen "gewissen Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge), die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird" und sehen bei einem "Handeln in hoheitlicher Rechtsform" ein Allgemeininteresse als verwirklicht an (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 22ff). Im Gegensatz dazu soll diese Vermutung für ein Tätigwerden in privatrechtlichen Rechtsformen nicht gelten, sondern sich die jeweilige Einrichtung durch eine "spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann", charakterisieren (vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2002 Kommentar, Paragraph 7, Rz 42). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch nach der Rechtsprechung des EuGH entscheidend ist, dass die Einrichtung (zumindest teilweise) Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat (vergleiche EuGH vom 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG/Entsorgungsbetriebe Simmering

AG).

Der Umstand, dass der mit der Tätigkeit des Auftraggebers erwirtschaftete Gewinn (aus dem Verkauf von Grundstücken und Gebäuden, Abwicklung von Verträgen usw.) letztlich dem Staat als Eigentümer der Gesellschaft (in einem weiteren Sinne) zugute kommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses nicht aus (siehe EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 23). Der Umstand, dass der mit der Tätigkeit des Auftraggebers erwirtschaftete Gewinn (aus dem Verkauf von Grundstücken und Gebäuden, Abwicklung von Verträgen usw.) letztlich dem Staat als Eigentümer der Gesellschaft (in einem weiteren Sinne) zugute kommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses nicht aus (siehe EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 23).

Ausschlaggebend für die Qualifikation einer Aufgabe als im Allgemeininteresse liegend ist die ausgeübte Tätigkeit. Die Rechtsform der die betreffende Tätigkeit ausübenden Einrichtung ist dabei ebenso irrelevant wie die Wahrnehmung dieser Tätigkeit nach wirtschaftlichen Grundsätzen (siehe Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten § 7 Rz 42). Der EuGH stuft va solche Tätigkeiten als im Allgemeininteresse liegend ein, die geeignet sind, wirtschaftspolitische Zielsetzungen des Staates zu verwirklichen. Neben einer ganz generellen Impulswirkung für den Handel ist damit va die wirtschaftliche und soziale Entwicklung einer Gebietskörperschaft angesprochen, worunter der EuGH die Ansiedlung von Unternehmen, die Schaffung von Arbeitsplätzen, die Erhöhung der Steuereinnahmen etc versteht (vgl EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01 Korhonen, Rz 44f). Und zwar auch dann, wenn die Tätigkeit nur mittelbar hiezu geeignet sein sollte. Ausschlaggebend für die Qualifikation einer Aufgabe als im Allgemeininteresse liegend ist die ausgeübte Tätigkeit. Die Rechtsform der die betreffende Tätigkeit ausübenden Einrichtung ist dabei ebenso irrelevant wie die Wahrnehmung dieser Tätigkeit nach wirtschaftlichen Grundsätzen (siehe Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten Paragraph 7, Rz 42). Der EuGH stuft va solche Tätigkeiten als im Allgemeininteresse liegend ein, die geeignet sind, wirtschaftspolitische Zielsetzungen des Staates zu verwirklichen. Neben einer ganz generellen Impulswirkung für den Handel ist damit va die wirtschaftliche und soziale Entwicklung einer Gebietskörperschaft angesprochen, worunter der EuGH die Ansiedlung von Unternehmen, die Schaffung von Arbeitsplätzen, die Erhöhung der Steuereinnahmen etc versteht (vergleiche EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01 Korhonen, Rz 44f). Und zwar auch dann, wenn die Tätigkeit nur mittelbar hiezu geeignet sein sollte.

Die ÖBB-Immo (FN 249152a) ist eine 100%ige Tochter der ÖBB-Infrastruktur Bau AG (FN 71396w), welche wiederum über die Beteiligung der ÖBB-Holding AG (FN 247642f) zur Gänze im Eigentum der Republik Österreich steht. Die ÖBB-Immo wurde in Durchführung der Umstrukturierung der Österreichischen Bundesbahnen gem. § 23 des Bundesgesetzes zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Bundesbahnen (Bundesbahngesetz), BGBl I Nr. 138/2003 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet. Aufgabe der ÖBB-Immo ist gemäß § 24 Abs 1

leg.cit. insbesondere die Verfügung über die Nutzungsrechte sowie die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung der Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, ausgenommen jene der Schieneninfrastruktur gemäß § 10a Eisenbahngesetz 1957, die für den Eisenbahnbetrieb und den Eisenbahnverkehr benötigt werden, und jene Liegenschaften, die ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen (§ 58 Eisenbahngesetz 1957) benötigt. Gemäß § 24 Abs 2 leg.cit. sind der ÖBB-Immo die zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlichen Rechte einzuräumen. Die ÖBB-Immo (FN 249152a) ist eine 100%ige Tochter der ÖBB-Infrastruktur Bau AG (FN 71396w), welche wiederum über die Beteiligung der ÖBB-Holding AG (FN 247642f) zur Gänze im Eigentum der Republik Österreich steht. Die ÖBB-Immo wurde in Durchführung der Umstrukturierung der Österreichischen Bundesbahnen gem. Paragraph 23, des Bundesgesetzes zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Bundesbahnen (Bundesbahngesetz), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 138 aus 2003, als Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet. Aufgabe der ÖBB-Immo ist gemäß Paragraph 24, Absatz eins, leg.cit. insbesondere die Verfügung über die Nutzungsrechte sowie die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung der Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, ausgenommen jene der Schieneninfrastruktur gemäß Paragraph 10 a, Eisenbahngesetz 1957, die für den Eisenbahnbetrieb und den Eisenbahnverkehr benötigt werden, und jene Liegenschaften, die ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen (Paragraph 58, Eisenbahngesetz 1957) benötigt. Gemäß Paragraph 24, Absatz 2, leg.cit. sind der ÖBB-Immo die zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlichen Rechte einzuräumen.

Der Gesellschaftsvertrag der ÖBB-Immo vom 17.5.2004 wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 16.3.2005 grundlegend geändert. Unternehmensgegenstand der ÖBB-Immo ist laut § 2 Abs 1 des Gesellschaftsvertrages vom 16.3.2005 insbesondere die Verfügung über die Nutzungsrechte sowie die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung der Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, ausgenommen jene der Schieneninfrastruktur gemäß § 10a Eisenbahngesetz 1957, die für den Eisenbahnbetrieb und den Eisenbahnverkehr benötigt werden und jener Liegenschaften, die ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen (§ 58 Eisenbahngesetz 1957) benötigt und die Ausübung der im Sinne von § 24 Abs 2 Bundesbahngesetz idF Bundesbahnstrukturgesetz 2003 (BGBl I 138/2003) eingeräumten Rechte. Der Gesellschaftsvertrag der ÖBB-Immo vom 17.5.2004 wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 16.3.2005 grundlegend geändert. Unternehmensgegenstand der ÖBB-Immo ist laut Paragraph 2, Absatz eins, des Gesellschaftsvertrages vom 16.3.2005 insbesondere die Verfügung über die Nutzungsrechte sowie die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung der Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, ausgenommen jene der Schieneninfrastruktur gemäß Paragraph 10 a, Eisenbahngesetz 1957, die für den Eisenbahnbetrieb und den Eisenbahnverkehr benötigt werden und jener Liegenschaften, die ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen (Paragraph 58, Eisenbahngesetz 1957) benötigt und die Ausübung der im Sinne von Paragraph 24, Absatz 2, Bundesbahngesetz in der Fassung Bundesbahnstrukturgesetz 2003 Bundesgesetzblatt Teil eins, 138 aus 2003,) eingeräumten Rechte.

Gemäß § 2 Abs 3 des Gesellschaftsvertrages liegt die Verfolgung dieses Unternehmensgegenstandes auch im Interesse jener Gesellschaften, an denen die ÖBB-Holding Aktiengesellschaft direkt oder indirekt mehrheitlich beteiligt ist, und ist unter Wahrung der von der ÖBB-Holding Aktiengesellschaft jeweils gesetzten gesamtstrategischen Vorgaben umzusetzen. Gemäß Paragraph 2, Absatz 3, des Gesellschaftsvertrages liegt die Verfolgung dieses Unternehmensgegenstandes auch im Interesse jener Gesellschaften, an denen die ÖBB-Holding Aktiengesellschaft direkt oder indirekt mehrheitlich beteiligt ist, und ist unter Wahrung der von der ÖBB-Holding Aktiengesellschaft jeweils gesetzten gesamtstrategischen Vorgaben umzusetzen.

Gemäß § 4 Abs 4 des Gesellschaftsvertrages hat die Geschäftsführung die in der Erklärung über die Einrichtung sowie die in der Geschäftsordnung enthaltenen Beschränkungen der Geschäftsführerbefugnis und die durch Gesellschafterbeschluss erteilten Weisungen einzuhalten. Gemäß Paragraph 4, Absatz 4, des Gesellschaftsvertrages hat die Geschäftsführung die in der Erklärung über die Einrichtung sowie die in der Geschäftsordnung enthaltenen Beschränkungen der Geschäftsführerbefugnis und die durch Gesellschafterbeschluss erteilten Weisungen einzuhalten.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 BVergG 2006 handelt. Da die ÖBB-Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich bei dieser Auftraggeberin um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen (vgl. BVA 29.7.2007, N/0057-BVA/11/2007-25). Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG um einen

öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG 2006 handelt. Da die ÖBB- Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich bei dieser Auftraggeberin um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen vergleiche BVA 29.7.2007, N/0057-BVA/11/2007-25).

Die ÖBB-Immo wurde zu dem Zweck gegründet, jene Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zu bewirtschaften und zu verwerten, die nicht für den Bahnbetrieb benötigt werden und die nicht ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen benötigt. Da die Verfolgung des Unternehmensgegenstandes aber auch im gemeinsamen Interesse jener Gesellschaften liegt, an denen die ÖBB-Holding AG direkt oder indirekt mehrheitlich beteiligt ist, ist der Unternehmensgegenstand unter Wahrung der von der ÖBB-Holding AG gesetzten gesamstragischen Vorgaben umzusetzen. Damit unterliegt die ÖBB-Immo einer direkten Einflussnahme der ÖBB-Holding AG und somit (letztlich) des Bundes.

In der Bilanz des Jahres 2006 der ÖBB-Immo scheinen keine Liegenschaften als Anlagevermögen auf. Dass die ÖBB-Immo über keine eigenen Liegenschaften verfügt, wurde auch in der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 durch den Vertreter der ÖBB-Immo bestätigt. Die betroffenen Liegenschaften, auf die sich das Expertenverfahren bezieht, stehen vielmehr im Eigentum der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, einem öffentlichen Auftraggeber. Diese Liegenschaften werden von der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zur bestmöglichen Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung durch die ÖBB-Immo zur Verfügung gestellt. Es gibt, wie der Vertreter der ÖBB-Immo in der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 bekräftigte, keine andere Gesellschaft als die ÖBB-Immo, die die nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG verwaltet und verwertet.

Im Oktober 2003 legten die Republik Österreich, die Stadt Wien und die Österreichischen Bundesbahnen ihre gemeinsamen Zielvorstellungen in einem sog. Letter of Intent, einer Absichtserklärung, dar. Demnach sollen unter dem Titel "Stadtteil Wien Südbahnhof" auf dem derzeitigen Bahnareal höherwertige Nutzungen realisiert und mit den daraus resultierenden Einnahmen ein Finanzierungsbeitrag für die Errichtung des Bahnhofes Wien Europa Mitte gewährleistet werden. Das Entwicklungsgebiet umfasst einschließlich der Bahnanlagen knapp 100 ha und ohne Bahnanlagen etwa 60 ha. Ein Viertel der Kosten für die Errichtung des Bahnhofes sollte durch die Verkaufserlöse der nichtbetriebsnotwendigen Liegenschaften erfolgen. Im Dezember 2004 verabschiedete der Gemeinderat der Stadt Wien den Masterplan. Gemäß diesem Masterplan wird vom städtebaulichen Leitbild Folgendes erwartet:

- -Strichaufzählung
Gestaltung des Entwicklungsgebietes als neuer attraktiver Stadtteil
- -Strichaufzählung
positive Impulse für das städtebauliche Gesamtgefüge und neue Quartiere mit hoher Wohn- und Lebensqualität. Dies soll eine Aufwertung des 3., 4. und 10. Bezirks nach sich ziehen
- -Strichaufzählung
optimale Verknüpfung der Verkehrsangebote
- -Strichaufzählung
zumindest teilweise Beseitigung der massiven Barriere, die derzeit durch das Bahnareal gegeben ist
- -Strichaufzählung
Nutzung der urbanen Energie, die Bahnhöfe ausstrahlen können
- -Strichaufzählung
etappenweise Realisierbarkeit und selbstständige Verwertbarkeit von Bauplätzen
- -Strichaufzählung
Berücksichtigung der immobilienwirtschaftlichen Aspekte (Adressenbildung, Verwertbarkeit, konkurrenzfähige Rentabilität,...)
- -Strichaufzählung
eigene Bauplätze für die Einrichtungen der sozialen Infrastruktur
- -Strichaufzählung
das Konzept muss sowohl unter Einbeziehung als auch unter Ausklammerung der Grundflächen der Post AG funktionieren.

Der gegenständliche Wettbewerb, dessen Basis laut Aussage des Zeugen I*** in der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 der Masterplan bildet, besteht aus einem städtebaulichen Teil zur Ideenfindung im städtebaulichen Maßstab und aus einem Realisierungsteil. Gemäß den Wettbewerbsunterlagen, Punkt 5, Absichtserklärung, Städtebaulicher Teil,

beabsichtigt der Auslober - entsprechend den Empfehlungen der Jury - die Verfasser ausgewählter Projekte mit weiterführenden Planungsleistungen im städtebaulichen Maßstab zu beauftragen und gemäß Punkt 5, Absichtserklärung, Realisierungsteil A.01, - entsprechend den Empfehlungen der Jury - mit dem Verfasser des erstgereichten Projektes in Verhandlungen über die Beauftragung der weiterführenden Planungsleistungen für den Realisierungsteil zu treten, sofern die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Projektes ausreichend gesichert ist. Wie aus den Wettbewerbsunterlagen weiters ersichtlich, beabsichtigt der Auslober, Generalplanerleistungen, zumindest aber die Architektenleistungen Vorentwurf, Entwurf und Einreichung, zu beauftragen.

In den Wettbewerbsunterlagen, städtebaulicher Teil, ist folgende generelle Zielsetzung formuliert:

"Die BahnhofCity soll als Initialprojekt die Umsetzung des übergeordneten städtebaulichen Leitbildes garantieren und für die künftigen Projekte den gebauten Qualitätsmaßstab vorlegen.

Folgende Schwerpunkte sind als generelle Zielsetzung definiert:

- > Überzeugende städtebauliche Lösung
- > Signetwirkung, Architektonische Einprägsamkeit
- > Stadtsilhouette
- > Qualität der öffentlichen Räume
- > An- und Einbindung des geplanten Bahnhofprojektes > Gebäudestrukturen für eine hohe Nutzungsflexibilität > Nutzung der hervorragenden Lagegunst für Einzelhandel, Gastronomie und Dienstleistung
- > Energieeffizienz und Nachhaltigkeit der Gebäude
- > Gendering"

In der Wettbewerbsunterlage zum gegenständlichen Expertenverfahren, Aufgabenstellung, wird Folgendes festgehalten:

"Der Hauptbahnhof Wien wird künftig zur überregionalen Verkehrsdrehscheibe Wiens. Gleichzeitig mit dem Bahn-Infrastrukturprojekt entsteht ein neues Stadtgebiet, das in Bahnhofsumfeld eine hohe urbane Qualität und Vernetzung mit der umliegenden Stadt aufweisen soll (- städtebaulicher Teil). Als generelle Zielsetzung ist unter anderem die An- und Einbindung des geplanten Bahnhofprojektes genannt. In der Aufgabenstellung, Seite 2 städtebaulicher Teil, heißt es: "Die geplante Bahnhofshalle fungiert im Gesamtkonzept als verknüpfender Raum in mehreren Ebenen. Der Ausbildung der Nahtstellen zu den Baufeldern A.01 und B.01 bzw. zum südlichen Vorplatz kommt eine wesentliche Bedeutung zu. Künftig soll auch eine oberirdische Verbindung zwischen Baufeld A.01 und A.02 in das Gesamtkonzept integriert werden." In der Aufgabenstellung, Seite 3 städtebaulicher Teil, wird festgelegt, dass die Vorplätze Nord und Süd unter Berücksichtigung der funktionalen Anforderungen gestalterisch in das Planungskonzept zu integrieren sind. Die Aufgabenstellung hinsichtlich des Realisierungsteils A.01 ist wie folgt definiert: "Die Projektplanung soll sich am Konzept eines modernen Metropolenbahnhofs orientieren, der durch seine Ausstrahlungskraft die Attraktivität des ihn umgebenden Stadtraumes deutlich steigert. Als Visitenkarte der ÖBB und der Bundeshauptstadt Wien übernimmt er eindeutig eine zentrale Funktion, muss sich aber gleichzeitig in sein direktes Umfeld und die benachbarten Bezirke integrieren. Der Bauteil A.01 muss deshalb die Funktion des neuen Wiener Hauptbahnhofs als ein Stück Zukunft von Wien und der ÖBB stärken und mit ihm eine vom Kunden und Besucher wahrnehmbare funktionale Einheit darstellen... .. Der Bauteil A.01 muss eine Verknüpfung unterschiedlicher Nutzungen erlauben, die der Vielfalt der heutigen und künftigen Kundenansprüche gerecht wird und den zentralen Verkehrsknotenpunkt mit einer internationalen Ausstrahlung versieht, die bisher den Flughäfen vorbehalten ist. Im europäischen Ranking soll die Stadt Wien damit Anschluss an die europäische Spitze finden. Eine Vielfalt von attraktiven Nutzungsangeboten soll gleichzeitig den Standort als Topadresse für nationale und internationale Mieter aus den Bereichen Einzelhandel, Büro und Hotel stärken. Die damit verbundene stärkere Kaufkraftbindung steigert gleichzeitig die Zentralität des Quartiers und soll sowohl positive weiträumige Effekte für den Bahnverkehr als auch für die benachbarten Gebiete bewirken. Ihre Signalwirkung können der Hauptbahnhof und insbesondere der Bauteil A.01 nur über überregional ausstrahlende Nutzungsgrößen entfalten, wie sie auch andere europäische Bahnhöfe für Handelsnutzungen vorhalten. Damit wird

der Kompetenzanspruch dieser Immobilienkonfiguration nicht unterlaufen, sondern eine Veränderung des Verbraucherverhaltens im Sinne einer Reduzierung der Verkehrsleistung zu Lasten weiter entfernte, nicht integrierte Handels-Agglomerationen bewirkt."

Auf Seite 12 der Wettbewerbsunterlagen ist weiters bezüglich des Realisierungsteils A.01 ausgeführt, dass eine Anbindung zur Tiefgarage unter der Bahnhofshalle vorzusehen ist. Darüber hinaus hat die Verbindung der öffentlichen Bereiche und der Bahnhofshalle zu den Ebenen -1, 0, +1 eine gute Durchlässigkeit, einen niveaugleichen Anschluss und in der Wegeführung eine Adressbildung für die Vertikalerschließungskerne der darüberliegenden Nutzungen zu ermöglichen.

Der Zeuge I*** führte in der mündlichen Verhandlung aus, dass das Gleisprojekt einen Anschluss an das Baufeld A.01 auf 4 Ebenen vorsehe; diese Aussage wurde vom Vertreter der ÖBB-Immo bestätigt. Der Zeuge führte weiter aus, dass die Grenze der Bahnhofshalle zugleich die Begrenzung des Baufeldes A.01 sei. Der Vertreter der ÖBB-Immo ergänzte, dass unter dem Baufeld A.01 auch eine Tiefgarage errichtet werden solle. Diese solle auch mit der Tiefgarage unter den Gleiskörpern verbunden werden. Eine Anbindung dieser Tiefgarage an jene unter dem Gleiskörper sei in der Wettbewerbsunterlage vorgesehen.

Wie der Homepage der ÖBB-Immo zu entnehmen ist, wird der geplante zentrale Wiener Hauptbahnhof neue Maßstäbe für ganz Österreich setzen. Er macht die Bundeshauptstadt zu einem Knotenpunkt des transeuropäischen Schienenverkehrs. Der Bau eines neuen Hauptbahnhofs am Bahngelände nächst dem Südtirolerplatz ist die verkehrspolitisch vordringlichste Maßnahme für Wien. Dabei werden die Flächen des Süd- und Ostbahnhofs und des Frachtenbahnhofs Wien Süd frei. So entsteht im Herzen von Wien eine neue erste Adresse für Wirtschaft, Handel und Wohnen.

Im gegenständlichen Fall soll, um die bestmögliche Bewirtschaftung und Verwertung sicherzustellen, entsprechend den Vorgaben in den Wettbewerbsunterlagen eine verbesserte Infrastruktur rund um den künftigen Hauptbahnhof geschaffen werden. Das Expertenverfahren dient der Erschließung eines geographischen Bereichs rund um den Bahnhof. Die Wettbewerbsunterlagen sehen ein Raumangebot für Gesundheits-, Wellness- und Freizeiteinrichtungen, weiters für Büros, die u.a. für Konzernzentrale geeignet sein müssen, eine Tiefgarage sowie optional ein Hotel und eine Sky Lobby vor. Gerade die geographische Lage am Bahnhof ist für Unternehmen, die international tätig sind, von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Als Knotenpunkt des transeuropäischen Schienenverkehrs soll den Reisenden die Unterbringung in einem am Bahnhof gelegenen Hotel mit angeschlossener Shoppingmöglichkeit geboten werden. Die Entwicklung der Liegenschaften durch die ÖBB-Immo dient sohin einerseits der Schaffung von Infrastruktur rund um das Gebiet des künftigen Hauptbahnhofs, wobei sich die ÖBB-Immo an den Vorgaben des Masterplans zu orientieren hat. Andererseits resultieren daraus aber ebenso Impulswirkungen für den Handel sowie die Schaffung von Arbeitsplätzen, weshalb die Tätigkeiten der ÖBB-Immo somit jedenfalls im Sinne der zitierten Judikatur des EuGH als im Allgemeininteresse liegend angesehen werden können, womit die Tätigkeit der ÖBB-Immo insgesamt als eine Tätigkeit anzusehen ist, die im Allgemeininteresse liegt. Dem von Dr. C*** zitierten Urteil des UVS-Burgenland vom 7.8.2002, GZ 085/06/02003, lag hingegen ein völlig anderer Sachverhalt zu Grunde, da es sich dort um die Schaffung einer reinen Freizeiteinrichtung handelte. Verstärkt wird dieses Allgemeininteresse noch durch die Festlegung von staatlichen Weisungsbefugnissen: Gemäß § 4 Abs 4 des Gesellschaftsvertrages hat die Geschäftsführung die durch Gesellschafterbeschluss erteilten Weisungen einzuhalten. Alleiniger Gesellschafter der ÖBB-Immo ist die ÖBB-Infrastruktur Bau AG, welche wiederum über die Beteiligung der ÖBB-Holding AG zur Gänze im Eigentum der Republik Österreich steht. So bestätigte auch der Vertreter der ÖBB-Immo in der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008, dass eine Weisung des Gesellschafters, sofern sie korrekt zu Stande gekommen sei, wohl zu befolgen ist. Im gegenständlichen Fall soll, um die bestmögliche Bewirtschaftung und Verwertung sicherzustellen, entsprechend den Vorgaben in den Wettbewerbsunterlagen eine verbesserte Infrastruktur rund um den künftigen Hauptbahnhof geschaffen werden. Das Expertenverfahren dient der Erschließung eines geographischen Bereichs rund um den Bahnhof. Die Wettbewerbsunterlagen sehen ein Raumangebot für Gesundheits-, Wellness- und Freizeiteinrichtungen, weiters für Büros, die u.a. für Konzernzentrale geeignet sein müssen, eine Tiefgarage sowie optional ein Hotel und eine Sky Lobby vor. Gerade die geographische Lage am Bahnhof ist für Unternehmen, die international tätig sind, von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Als Knotenpunkt des transeuropäischen Schienenverkehrs soll den Reisenden die Unterbringung in einem am Bahnhof gelegenen Hotel mit angeschlossener Shoppingmöglichkeit geboten werden. Die Entwicklung der Liegenschaften durch die ÖBB-Immo dient sohin einerseits der Schaffung von Infrastruktur rund um

das Gebiet des künftigen Hauptbahnhofes, wobei sich die ÖBB-Immo an den Vorgaben des Masterplans zu orientieren hat. Andererseits resultieren daraus aber ebenso Impulswirkungen für den Handel sowie die Schaffung von Arbeitsplätzen, weshalb die Tätigkeiten der ÖBB-Immo somit jedenfalls im Sinne der zitierten Judikatur des EuGH als im Allgemeininteresse liegend angesehen werden können, womit die Tätigkeit der ÖBB-Immo insgesamt als eine Tätigkeit anzusehen ist, die im Allgemeininteresse liegt. Dem von Dr. C*** zitierten Urteil des OVG-Burgenland vom 7.8.2002, GZ 085/06/02003, lag hingegen ein völlig anderer Sachverhalt zu Grunde, da es sich dort um die Schaffung einer reinen Freizeiteinrichtung handelte. Verstärkt wird dieses Allgemeininteresse noch durch die Festlegung von staatlichen Weisungsbefugnissen: Gemäß Paragraph 4, Absatz 4, des Gesellschaftsvertrages hat die Geschäftsführung die durch Gesellschafterbeschluss erteilten Weisungen einzuhalten. Alleiniger Gesellschafter der ÖBB-Immo ist die ÖBB-Infrastruktur Bau AG, welche wiederum über die Beteiligung der ÖBB-Holding AG zur Gänze im Eigentum der Republik Österreich steht. So bestätigte auch der Vertreter der ÖBB-Immo in der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008, dass eine Weisung des Gesellschafters, sofern sie korrekt zu Stande gekommen sei, wohl zu befolgen ist.

1.2.2. Erfüllung von Aufgaben nicht gewerblicher Art

Wenngleich die ÖBB-Immo über die Gewerbeberechtigung des reglementierten Gewerbes Immobilienrehändler (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) verfügt, muss das Kriterium der Aufgabenerfüllung "nicht gewerblicher Art" autonom ausgelegt werden und ist damit nicht (allein) anhand der Gewerbeordnung zu prüfen (vgl. EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 22ff; VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179). Der historische Gesetzgeber wollte vor allem jene Unternehmen unter den Anwendungsbereich des BVergG stellen, die "einen anderen Charakter als den eines typischen Handels- oder Industrieunternehmens haben". Dabei soll der Unterschied zu einem Handels- oder Industrieunternehmen darin liegen, dass bei nicht gewerblichen Unternehmen eine "Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien erfolgt (Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht² (2005) 42). Dementsprechend erfasst das im Anhang III zur Vergabe-RL 2004/18/EG enthaltene "Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts" für Österreich "alle Körperschaften ohne industriellen oder kommerziellen Charakter" (dazu auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] § 7 Rz 52). Wenngleich die ÖBB-Immo über die Gewerbeberechtigung des reglementierten Gewerbes Immobilienrehändler (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) verfügt, muss das Kriterium der Aufgabenerfüllung "nicht gewerblicher Art" autonom ausgelegt werden und ist damit nicht (allein) anhand der Gewerbeordnung zu prüfen vergleiche EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 22ff; VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179). Der historische Gesetzgeber wollte vor allem jene Unternehmen unter den Anwendungsbereich des BVergG stellen, die "einen anderen Charakter als den eines typischen Handels- oder Industrieunternehmens haben". Dabei soll der Unterschied zu einem Handels- oder Industrieunternehmen darin liegen, dass bei nicht gewerblichen Unternehmen eine "Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien erfolgt (Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht² (2005) 42). Dementsprechend erfasst das im Anhang römisch drei zur Vergabe-RL 2004/18/EG enthaltene "Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts" für Österreich "alle Körperschaften ohne industriellen oder kommerziellen Charakter" (dazu auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Paragraph 7, Rz 52).

Aus der Rechtsprechung des EuGH geht hervor, dass das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, u.a. der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu würdigen ist, wobei insbesondere das Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt, das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00, Kommission/Spanien). Aus der Rechtsprechung des EuGH geht hervor, dass das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, u.a. der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu würdigen ist, wobei insbesondere das Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt, das Fehlen einer

grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen sind vergleiche EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00, Kommission/Spanien).

Die ÖBB-Immo ist nicht nur auf Gewinnerzielung ausgerichtet, sondern hat auch tatsächlich im Geschäftsjahr 2006 einen Bilanzgewinn erwirtschaftet; eine Garantie des ÖBB-Konzerns bzw. der öffentlichen Hand für die ÖBB-Immo besteht grundsätzlich nicht. Unter diesen Aspekten betrachtet, wäre davon auszugehen, dass die ÖBB-Immo Aufgaben gewerblicher Art erfüllt und somit nicht als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zu qualifizieren wäre. Zu diesem Schluss kommt auch Dr. C***, welcher von der ÖBB-Immo beauftragt wurde, in seiner gutachterlichen Stellungnahme. Die ÖBB-Immo ist nicht nur auf Gewinnerzielung ausgerichtet, sondern hat auch tatsächlich im Geschäftsjahr 2006 einen Bilanzgewinn erwirtschaftet; eine Garantie des ÖBB-Konzerns bzw. der öffentlichen Hand für die ÖBB-Immo besteht grundsätzlich nicht. Unter diesen Aspekten betrachtet, wäre davon auszugehen, dass die ÖBB-Immo Aufgaben gewerblicher Art erfüllt und somit nicht als öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu qualifizieren wäre. Zu diesem Schluss kommt auch Dr. C***, welcher von der ÖBB-Immo beauftragt wurde, in seiner gutachterlichen Stellungnahme.

Der EuGH hat jedoch einer Einrichtung nicht bereits deshalb zwingend die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber abgesprochen, weil diese auf einem Markt tätig ist, auf dem ein Konkurrenzverhältnis zu anderen privaten Anbietern besteht. Ein Abstellen auf das Merkmal der "Konkurrenzlosigkeit" würde den Begriff des öffentlichen Auftraggebers entleeren, zumal es beinahe keine Tätigkeit gibt, die nicht auch von Privaten ausgeführt werden könnte [vgl. EuGH 10.11.1998, Rs C-360/93 (BFI-Holding)].

Das Gemeinschaftsrecht stellt darauf ab, ob das in Rede stehende Unternehmen seine Aufgaben in einer Wettbewerbssituation zu privaten bzw. an privatwirtschaftlichen Maximen orientierten Unternehmen erfüllt und damit der Markt als hinreichendes Korrektiv für eine effiziente unternehmerische Auftragsvergabe wirkt, oder ob dieses Korrektiv aufgrund besonderer rechtlicher oder faktischer Aufgabenstellungen bzw. einer besonderen rechtlichen oder faktischen Stellung am einschlägigen Markt im Zusammenhang mit der entsprechenden staatlichen Beherrschung nicht wirkt. Der Annahme einer entsprechenden Konkurrenzsituation steht dabei auch entgegen, dass dem Unternehmen in irgendeiner Form ein ausschließliches Recht durch den Staat im organisatorischen Sinn eingeräumt ist, das in dieser Form im gleichen Wirtschaftssektor tätigen Unternehmen nicht offen steht, womit für das in Rede stehende Unternehmen ein Marktvorteil bewirkt wird, der es der Konkurrenzsituation jedenfalls entzieht.

Beim Kriterium der "nicht gewerblichen Art" geht es also maW darum, ob die betreffende Einrichtung so vollständig unter Wettbewerbsbedingungen agiert, dass der Markt ein hinreichendes Korrektiv dagegen bietet, dass die fragliche Einrichtung "sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt." Ist das nicht der Fall, haben dieses Korrektiv die vergaberechtlichen Regelungen zu übernehmen (vgl. Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten § 7 Rz 53). Beim Kriterium der "nicht gewerblichen Art" geht es also maW darum, ob die betreffende Einrichtung so vollständig unter Wettbewerbsbedingungen agiert, dass der Markt ein hinreichendes Korrektiv dagegen bietet, dass die fragliche Einrichtung "sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt." Ist das nicht der Fall, haben dieses Korrektiv die vergaberechtlichen Regelungen zu übernehmen vergleiche Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten Paragraph 7, Rz 53).

Unter einer Einrichtung, die Aufgaben "gewerblicher Art" besorgt, ist folglich eine Einrichtung zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen (d.h. unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) ihres Handelns trägt. Eine Teilnahme am regulären Wirtschaftsleben ist wohl dann nicht anzunehmen, wenn eine staatliche Kontrolle oder die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien erfolgen kann, gleichgültig in welcher Art diese verwirklicht werden. Die Einflussnahme kann auch darin liegen, dass Einrichtungen "vom Staat" bevorzugt oder Schranken für potenzielle Mitbewerber errichtet werden, die bewirken, dass - wenn auch nur in Teilbereichen - der freie Wirtschaftswettbewerb verhindert oder eingeschränkt wird. Dies kann etwa durch eine Verhinderung oder Beschränkung des Anbieterwettbewerbes oder durch die besondere (zB gesetzliche) Ausgestaltung von Rahmenbedingungen betreffend die Abwicklung von Aufträgen geschehen, die einen bestimmten Anbieter oder eine Gruppe von Anbietern bevorzugt (siehe EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 24). Unter einer Einrichtung, die Aufgaben "gewerblicher Art" besorgt, ist folglich eine Einrichtung zu

verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen (d.h. unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) ihres Handelns trägt. Eine Teilnahme am regulären Wirtschaftsleben ist wohl dann nicht anzunehmen, wenn eine staatliche Kontrolle oder die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien erfolgen kann, gleichgültig in welcher Art diese verwirklicht werden. Die Einflussnahme kann auch darin liegen, dass Einrichtungen "vom Staat" bevorzugt oder Schranken für potenzielle Mitbewerber errichtet werden, die bewirken, dass - wenn auch nur in Teilbereichen - der freie Wirtschaftswettbewerb verhindert oder eingeschränkt wird. Dies kann etwa durch eine Verhinderung oder Beschränkung des Anbieterwettbewerbes oder durch die besondere (zB gesetzliche) Ausgestaltung von Rahmenbedingungen betreffend die Abwicklung von Aufträgen geschehen, die einen bestimmten Anbieter oder eine Gruppe von Anbietern bevorzugt (siehe EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 24).

Die ÖBB-Immo wurde zu dem besonderen und einzigen Zweck gegründet, bestimmte Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zu bewirtschaften und zu verwerten. Wie der Vertreter der ÖBB-Immo in der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 ausführte, gibt es auch tatsächlich keine andere Gesellschaft als die ÖBB-Immo, die die nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG verwaltet und verwertet. Die Geschäftsführung hat gemäß § 4 Abs 4 des Gesellschaftsvertrages die durch Gesellschafterbeschluss erteilten Weisungen einzuhalten. Darüber hinaus unterliegt die ÖBB-Immo der Kontrolle durch den Rechnungshof. Gemäß § 24 Abs 2 Bundesbahngesetz sind ihr die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Rechte einzuräumen. Insoweit enthält das Bundesbahngesetz entgegen dem Vorbringen der ÖBB-Immo in ihrem Schriftsatz vom 15.2.2008 sehr wohl staatliche Aufgabenfestsetzungen, die sich in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren. Wenngleich die nähere vertragliche Ausgestaltung zwischen den Konzerngesellschaften offen ist, hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG keine andere Wahl, als die ÖBB-Immo zu beauftragen. Dass sowohl die Österreichischen Bundesbahnen als auch die ÖBB-Immo von einer gesetzlich übertragenen Aufgabenzuweisung ausgehen, ergibt sich auch aus dem zwischen den beiden genannten Unternehmen abgeschlossenen Immobilienmanagementvertrag, Stand 22.8.2005. Gemäß dessen § 2 Abs 2 ist eine ordentliche Kündigung dieses Vertrages unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Jahr zum 31.12. eines Jahres grundsätzlich möglich, dies jedoch mit der Maßgabe, dass bis zum Endigungszeitpunkt im Sinne der Regelung des § 24 BBG eine diesen Vertrag ersetzende Vereinbarung abgeschlossen wird. Gemäß dessen Abs 3 ist jede der Vertragsparteien jedoch berechtigt, diesen Vertrag aus wichtigem Grund (außerordentlich) zu kündigen. Als wichtige Gründe gelten insbesondere (a) die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der anderen Vertragspartei und (b) die nachhaltige Verletzung wesentlicher vertraglicher Verpflichtungen durch die andere Vertragspartei, sofern diese trotz schriftlicher Mahnung unter ausdrücklicher Androhung der sonstigen vorzeitigen Auflösung des Vertragsverhältnisses den vertragskonformen Zustand nicht innerhalb einer dafür angemessenen Frist herstellt. Gemäß Abs. 4 haben auch bei einer derartigen außerordentlichen Kündigung - ausgenommen jener gemäß § 2.3.a) - die Vertragsparteien unverzüglich in Verhandlungen über den Abschluss eines neuen Immobilienmanagementvertrages zu treten und diese Verhandlungen bona fide mit dem Ziel eines möglichst raschen Abschlusses zu führen, wobei der neue Immobilienmanagementvertrag den Umstand, der zur außerordentlichen Kündigung dieses Vertrages geführt hat, entsprechend zu berücksichtigen, im übrigen aber den Bestimmungen dieses Vertrages zu entsprechen hat. Die ÖBB-Immo wurde zu dem besonderen und einzigen Zweck gegründet, bestimmte Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zu bewirtschaften und zu verwerten. Wie der Vertreter der ÖBB-Immo in der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 ausführte, gibt es auch tatsächlich keine andere Gesellschaft als die ÖBB-Immo, die die nicht betriebsnotwendigen Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG verwaltet und verwertet. Die Geschäftsführung hat gemäß Paragraph 4, Absatz 4, des Gesellschaftsvertrages die durch Gesellschafterbeschluss erteilten Weisungen einzuhalten. Darüber hinaus unterliegt die ÖBB-Immo der Kontrolle durch den Rechnungshof. Gemäß Paragraph 24, Absatz 2, Bundesbahngesetz sind ihr die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Rechte einzuräumen. Insoweit enthält das Bundesbahngesetz entgegen dem Vorbringen der ÖBB-Immo in ihrem Schriftsatz vom 15.2.2008 sehr wohl staatliche Aufgabenfestsetzungen, die sich in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren. Wenngleich die nähere vertragliche Ausgestaltung zwischen den Konzerngesellschaften offen ist, hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG keine andere Wahl, als die ÖBB-Immo zu beauftragen. Dass sowohl die Österreichischen Bundesbahnen als auch die ÖBB-Immo von einer gesetzlich übertragenen Aufgabenzuweisung ausgehen, ergibt sich auch aus dem zwischen den beiden genannten Unternehmen abgeschlossenen Immobilienmanagementvertrag, Stand 22.8.2005. Gemäß dessen Paragraph 2, Absatz 2, ist eine ordentliche Kündigung dieses Vertrages unter Einhaltung

einer Kündigungsfrist von einem Jahr zum 31.12. eines Jahres grundsätzlich möglich, dies jedoch mit der Maßgabe, dass bis zum Endigungszeitpunkt im Sinne der Regelung des Paragraph 24, BBG eine diesen Vertrag ersetzende Vereinbarung abgeschlossen wird. Gemäß dessen Absatz 3, ist jede der Vertragsparteien jedoch berechtigt, diesen Vertrag aus wichtigem Grund (außerordentlich) zu kündigen. Als wichtige Gründe gelten insbesondere (a) die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der anderen Vertragspartei und (b) die nachhaltige Verletzung wesentlicher vertraglicher Verpflichtungen durch die andere Vertragspartei, sofern diese trotz schriftlicher Mahnung unter ausdrücklicher Androhung der sonstigen vorzeitigen Auflösung des Vertragsverhältnisses den vertragskonformen Zustand nicht innerhalb einer dafür angemessenen Frist herstellt. Gemäß Absatz 4, haben auch bei einer derartigen außerordentlichen Kündigung - ausgenommen jener gemäß Paragraph 2 Punkt 3 Punkt a,) - die Vertragsparteien unverzüglich in Verhandlungen über den Abschluss eines neuen Immobilienmanagementvertrages zu treten und diese Verhandlungen bona fide mit dem Ziel eines möglichst raschen Abschlusses zu führen, wobei der neue Immobilienmanagementvertrag den Umstand, der zur außerordentlichen Kündigung dieses Vertrages geführt hat, entsprechend zu berücksichtigen, im übrigen aber den Bestimmungen dieses Vertrages zu entsprechen hat.

Mit der Übertragung dieses ausschließlichen Rechtes an die ÖBB-Immo und der damit einhergehenden indirekten staatlichen Einflussmöglichkeit sind für die ÖBB-Immo gesetzliche Rahmenbedingungen ihrer unternehmerischen Tätigkeit konstituiert, die in dieser Form für andere im Bereich der Immobilienverwaltung und -verwertung tätigen Unternehmen nicht bestehen. Durch die der ÖBB-Immo per Gesetz zugewiesenen "Kundin" ÖBB-Infrastruktur Bau AG, die über erheblichen Liegenschaftsbesitz verfügt, steht die ÖBB-Immo aufgrund ihrer gesetzlichen Aufgabenzuweisung hinsichtlich der Akquisition dieser Liegenschaften in keinem Konkurrenzverhältnis auf dem freien Markt.

Selbst wenn dieser Teil der Tätigkeit der ÖBB-Immo nur einen verhältnismäßig geringen Anteil im Vergleich zur übrigen Tätigkeit ausmachen würde, änderte dies nichts daran, dass die ÖBB-Immo Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt. Die Judikatur des EuGH [vgl. 15.1.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann/Strohal); 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale Bau); 22.5.2003, Rs C-18/01 (Korhonen)] geht nämlich davon aus, dass auch ein bloß geringer Anteil nicht kommerzieller Tätigkeit dazu führt, dass die betreffende Einrichtung insgesamt als öffentlicher Auftraggeber einzustufen ist und alle Aufträge - also auch diejenigen im rein kommerziellen Geschäftsbereich - ausschreiben muss ("Alles-odernichts-Prinzip" bzw. "Infektionstheorie").

Auf Grund dieser Ausführungen ist daher davon auszugehen, dass die ÖBB-Immo zum besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind.

Da zudem am Vorliegen der (Teil-)Rechtsfähigkeit und der Beherrschung durch den Bund keinerlei Zweifel bestehen (so kommt bereits Univ. Prof. B*** in seinem Rechtsgutachten vom 30.3.2005 zum Ergebnis, dass "aufgrund der Eigentumsverhältnisse kein Zweifel besteht, dass die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH die Voraussetzungen des dritten Gedankenstrichs erfüllt"; Dr. C*** lässt diese Frage in seiner gutachterlichen Stellungnahme unbeantwortet), kommt der ÖBB-Immo die Rolle eines öffentlichen Auftraggebers gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zu. Da zudem am Vorliegen der (Teil-)Rechtsfähigkeit und der Beherrschung durch den Bund keinerlei Zweifel bestehen (so kommt bereits Univ. Prof. B*** in seinem Rechtsgutachten vom 30.3.2005 zum Ergebnis, dass "aufgrund der Eigentumsverhältnisse kein Zweifel besteht, dass die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH die Voraussetzungen des dritten Gedankenstrichs erfüllt"; Dr. C*** lässt diese Frage in seiner gutachterlichen Stellungnahme unbeantwortet), kommt der ÖBB-Immo die Rolle eines öffentlichen Auftraggebers gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu.

1. 2. Ziffer 2

Schlussfolgerungen

Da somit sämtliche drei Tatbestandselemente der Bestimmung des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 durch die ÖBB-Immo kumulativ erfüllt werden, ist davon auszugehen, dass die ÖBB-Immo jedenfalls öffentlicher Auftraggeber ist und als solcher grundsätzlich dem persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 unterliegt. Auch wenn die Bestimmungen des BVergG 2006 hinsichtlich der Kundmachung der gegenständlichen Ausschreibung ("Wettbewerbsunterlagen") weitgehend gleich für den klassischen Bereich und den Sektorenbereich sind, ist in der Folge zu untersuchen, ob die ÖBB-Immo nicht auch eine Sektorentätigkeit ausübt. Da somit sämtliche drei Tatbestandselemente der Bestimmung des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 durch die ÖBB-Immo kumulativ erfüllt werden, ist davon auszugehen, dass die ÖBB-Immo jedenfalls öffentlicher Auftraggeber ist und als solcher grundsätzlich dem

persönlichen Geltungsbereich des BVerGG 2006 unterliegt. Auch wenn die Bestimmungen des BVerGG 2006 hinsichtlich der Kundmachung der gegenständlichen Ausschreibung ("Wettbewerbsunterlagen") weitgehend gleich für den klassischen Bereich und den Sektorenbereich sind, ist in der Folge zu untersuchen, ob die ÖBB-Immo nicht auch eine Sektorentätigkeit ausübt.

1. 3.Ziffer 3

Ausübung von Sektorentätigkeiten durch die ÖBB-Immo

Gemäß § 164 BVerGG 2006 ist ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1, soweit er eine Sektorentätigkeit (§§ 167 bis 172) ausübt, Sektorenauftraggeber. § 165 Abs 1 leg.cit. normiert, dass öffentliche Unternehmen, soweit sie eine Sektorentätigkeit (§§ 167 bis 172) ausüben, Sektorenauftraggeber sind. Dass die ÖBB-Immo ein öffentliches Unternehmen ist, hat sie selbst in ihrem Schriftsatz vom 15.2.2008 ausgeführt. Gemäß Paragraph 164, BVerGG 2006 ist ein öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins,, soweit er eine Sektorentätigkeit (Paragraphen 167 bis 172) ausübt, Sektorenauftraggeber. Paragraph 165, Absatz eins, leg.cit. normiert, dass öffentliche Unternehmen, soweit sie eine Sektorentätigkeit (Paragraphen 167 bis 172) ausüben, Sektorenauftraggeber sind. Dass die ÖBB-Immo ein öffentliches Unternehmen ist, hat sie selbst in ihrem Schriftsatz vom 15.2.2008 ausgeführt.

Als Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs werden in § 169 Abs 1 leg.cit. die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahnen), genannt. Als Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs werden in Paragraph 169, Absatz eins, leg.cit. die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahnen), genannt.

Dr. C*** geht in seiner vergaberechtlichen Stellungnahme davon aus, dass die ÖBB-Immo kein Sektorenauftraggeber sei. Auch Univ. Prof. Dr. B*** verneint eine Ausübung von Sektorentätigkeiten durch die ÖBB-Immo, wenn gleich unter Bejahung deren öffentlichen Unternehmenseigenschaft.

Dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst war hinsichtlich der Beurteilung der Qualifikation der ÖBB-Immo aufgrund nur rudimentärer und unpräziser Angaben zum Aufgabenbereich der Gesellschaft - sowohl im Entwurf des Gesetzes, aber auch im Entwurf der Erläuterungen - eine abschließende Beurteilung aus vergaberechtlicher Sicht nicht möglich. Die Qualifizierung der ÖBB-Immo als nicht Sektorenauftraggeber wurde lediglich vor dem Hintergrund des im Entwurf vorgelegenen § 24 Bundesbahnstrukturgesetzes getroffen. Dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst war hinsichtlich der Beurteilung der Qualifikation der ÖBB-Immo aufgrund nur rudimentärer und unpräziser Angaben zum Aufgabenbereich der Gesellschaft - sowohl im Entwurf des Gesetzes, aber auch im Entwurf der Erläuterungen - eine abschließende Beurteilung aus vergaberechtlicher Sicht nicht möglich. Die Qualifizierung der ÖBB-Immo als nicht Sektorenauftraggeber wurde lediglich vor dem Hintergrund des im Entwurf vorgelegenen Paragraph 24, Bundesbahnstrukturgesetzes getroffen.

Den Äußerungen der ÖBB-Immo, unterstützt durch die gutachterlichen Ausführungen von Dr. C*** und Univ. Prof. Dr. B***, ist Folgendes entgegenzuhalten:

Der EuGH knüpft in seinem Urteil vom 16.6.2005 in den Rs C- 462/03 und C-463/03 (Strabag AG bzw. Kostmann GmbH gegen die Österreichischen Bundesbahnen) die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/38 an zwei Merkmale: Zum einen ist auf die Tätigkeit, die der betreffende Auftraggeber ausübt, zum anderen auf die Beziehungen zwischen dieser Tätigkeit und dem geplanten Auftrag, abzustimmen. Übt der Auftraggeber eine der Tätigkeiten im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/38 aus und beabsichtigt er in Ausübung einer solchen Tätigkeit die Vergabe eines Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferauftrages oder die Durchführung eines Wettbewerbs, sind jedenfalls die Bestimmungen dieser Richtlinie auf diesen Auftrag oder Wettbewerb anwendbar.

Sektorenauftraggeber, die gleichzeitig öffentliche Auftraggeber sind, sind nur insoweit als Sektorenauftraggeber einzustufen, als der betreffende Auftrag zur Besorgung einer Sektorentätigkeit vergeben wird. Bei darüber hinausgehenden Beschaffungsvorhaben ist das BVerGG zur Gänze anzuwenden. Der tätigkeitsbezogene Sektorenauftraggeberbegriff kann somit insofern eine "Doppelnatur" öffentlicher Auftraggeber, die auch Sektorentätigkeiten ausüben, zur Folge haben: Je nach Aufgabe, der die konkrete Auftragsvergabe dient, unterliegt der öffentliche Auftraggeber dem Sektoren- oder dem klassischen Vergaberegime (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 7 Rz 94). Sektorenauftraggeber, die gleichzeitig öffentliche Auftraggeber sind,

sind nur insoweit als Sektorenauftraggeber einzustufen, als der betreffende Auftrag zur Besorgung einer Sektorentätigkeit vergeben wird. Bei darüber hinausgehenden Beschaffungsvorhaben ist das BVergG zur Gänze anzuwenden. Der tätigkeitsbezogene Sektorenauftraggeberbegriff kann somit insofern eine "Doppelnatur" öffentlicher Auftraggeber, die auch Sektorentätigkeiten ausüben, zur Folge haben: Je nach Aufgabe, der die konkrete Auftragsvergabe dient, unterliegt der öffentliche Auftraggeber dem Sektoren- oder dem klassischen Vergaberegime (vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 7, Rz 94).

Zur Beurteilung, ob der - wie dargelegt - als klassischer Auftraggeber einzustufende Auftraggeber ÖBB-Immo auch eine Sektorentätigkeit ausübt, ist der - von der ÖBB-Immo erst nach der mündlichen Verhandlung vorgelegte - Immobilienmanagementvertrag, Stand 22.8.2005, heranzuziehen.

In § 1 Abs. 4 der Präambel des genannten Immobilienmanagementvertrages wird der Vertragsgegenstand geregelt. Daraus ergibt sich, dass vom Vertragsgegenstand auch jene Liegenschaften, die nach § 10 a EISB-G als Schieneninfrastruktur zu qualifizieren sind, zum Immobilienanlagevermögen zählen und als solche Gegenstand des Vertrages sind. In Paragraph eins, Absatz 4, der Präambel des genannten Immobilienmanagementvertrages wird der Vertragsgegenstand geregelt. Daraus ergibt sich, dass vom Vertragsgegenstand auch jene Liegenschaften, die nach Paragraph 10, a EISB-G als Schieneninfrastruktur zu qualifizieren sind, zum Immobilienanlagevermögen zählen und als solche Gegenstand des Vertrages sind.

Gemäß § 10 a Eisenbahngesetz 1957 umfasst Schieneninfrastruktur den in Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr. 2598/70 der Kommission vom 18. Dezember 1970 zur Festlegung des Inhaltes der verschiedenen Positionen der Verbuchungsschemata des Anhangs I der Verordnung (EWG) Nr. 1108/70, ABl. Nr. L 278 vom 23.12.1970 S 1, definierten Umfang. Gemäß Paragraph 10, a Eisenbahngesetz 1957 umfasst Schieneninfrastruktur den in Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr. 2598/70 der Kommission vom 18. Dezember 1970 zur Festlegung des Inhaltes der verschiedenen Positionen der Verbuchungsschemata des Anhangs I der Verordnung (EWG) Nr. 1108/70, ABl. Nr. L 278 vom 23.12.1970 S 1, definierten Umfang.

Gemäß Anlage 1 Teil A der obzitierten Verordnung umfassen die Verkehrswege der Eisenbahn folgende Anlagen, sofern diese zu den Haupt- und Dienstgleisen gehören, ausgenommen Gleise innerhalb der Ausbesserungswerke, Bahnbetriebswerke oder Lokomotivschuppen sowie private Gleisanschlüsse:

- -Strichaufzählung
Grundstücke;
- -Strichaufzählung
Bahnkörper und Planum, insbesondere Dämme, Einschnitte, Dränagen und Entwässerungsgräben, Öffnungen geringer Lichtweite, Futtermauern und Anpflanzungen zum Schutz der Böschungen usw.;
- Personenbahnsteige und Laderampen; Seitenstreifen und Seitenwege; Einfriedungsmauern, Hecken, Zäune;

Feuerschutzstreifen; Heizanlagen für Weichen; Schneezäune

- Kunstbauten:

Brücken, Durchlässe und sonstige Bahnüberführungen, Tunnels, überdeckte Einschnitte und sonstige

Bahnunterführungen;

Stützmauern und Schutzbauten gegen Lawinen, Steinschlag usw.;

- -Strichaufzählung
Schienengleiche Übergänge einschließlich der zur Sicherung des Straßenverkehrs erforderlichen Anlagen;
- -Strichaufzählung
Oberbau:

Schienen, Rillenschienen und Leitschienen; Schwellen und Langschwellen, Kleineisen zur Schienenverbindung; Bettung einschließlich Kies und Sand; Weichen und Gleiskreuzungen;

Drehscheiben und Schiebebühnen (ausgenommen diejenigen, die nur den Triebfahrzeugen dienen);

- -Strichaufzählung
Straßenanlagen auf Bahnhofsvorplätzen und in Güterbahnhöfen, einschließlich der Zufahrtsstraßen;
- -Strichaufzählung
Sicherungs-, Signal- und Fernmeldeanlagen auf freier Strecke, auf Bahnhöfen und Rangierbahnhöfen, einschließlich der Anlagen zur Erzeugung, Umwandlung und Verteilung von elektrischem Strom für das

Signalwesen und die Fernmeldeanlagen; die zu den vorgenannten Anlagen gehörenden Gebäude; Gleisbremsen;

- -Strichaufzählung

Beleuchtungsanlagen für den Ablauf und die Sicherung des Verkehrs;

- -Strichaufzählung

Anlagen zur Umwandlung und Zuleitung von Strom für die elektrische Zugförderung:

Unterwerke, Stromversorgungsleitungen zwischen Unterwerk und Fahrdrabt, Fahrleitungen mit Masten, dritte Schiene mit Tragestützen;

- -Strichaufzählung

Dienstgebäude des Wegedienstes einschließlich des Teils, der auf die Einrichtungen zur Erhebung der Beförderungspreise entfällt.

Dem § 1 Abs 4 des zitierten Immobilienmanagementvertrages zu Folge, sind auch die nach § 10 a EisbG als Schieneninfrastruktur zu qualifizierenden Liegenschaften Vertragsgegenstand. Die Betrachtung der in die Anlage 1 Teil A der obzitierten Verordnung aufgenommenen, den Verkehrswegen der Eisenbahn zuzurechnenden Anlagen zeigt, dass es sich hierbei weitgehend um solche Anlagen handelt, die der Bereitstellung oder dem Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene iSd § 169 Abs 1 BVergG 2006 dienen. Bereits daraus ergibt sich aber - entgegen der Darstellung der ÖBB-Immo - dass die ÖBB-Immo sehr wohl und typischerweise dem Sektorentätigkeitsbegriff des § 169 Abs 1 BVergG 2006 zuzuordnende Tätigkeiten ausübt. Dem Paragraph eins, Absatz 4, des zitierten Immobilienmanagementvertrages zu Folge, sind auch die nach Paragraph 10, a EisbG als Schieneninfrastruktur zu qualifizierenden Liegenschaften Vertragsgegenstand. Die Betrachtung der in die Anlage 1 Teil A der obzitierten Verordnung aufgenommenen, den Verkehrswegen der Eisenbahn zuzurechnenden Anlagen zeigt, dass es sich hierbei weitgehend um solche Anlagen handelt, die der Bereitstellung oder dem Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene iSd Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 dienen. Bereits daraus ergibt sich aber - entgegen der Darstellung der ÖBB-Immo - dass die ÖBB-Immo sehr wohl und typischerweise dem Sektorentätigkeitsbegriff des Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 zuzuordnende Tätigkeiten ausübt.

Hinzu kommt, dass auch in der dem Immobilienmanagementvertrag angeschlossenen Beilage /2 ("Dienstleistungsmatrix") ausdrücklich auf die Bestimmung des § 10 a EisbG Bezug genommen wird. Daraus ergibt sich, dass sich die in der Dienstleistungsmatrix genannten, von der ÖBB-Immo wahrzunehmenden, Tätigkeiten wiederum auf die nach § 10 a EisbG als Schieneninfrastruktur zu qualifizierenden Liegenschaften beziehen. Zu diesen Tätigkeiten zählen nach der Dienstleistungsmatrix insbesondere uneingeschränkt die Verwaltung von Grundstücken, die Erfassung und Verwaltung von Liegenschaftsdaten und damit verbunden, die Führung eines Liegenschaftsinformationssystems sowie der Vorschlag zur Umsetzung oder Verwertung. Hinzu kommen noch weitere - der Einschränkung der Vorabstimmung mit dem Beirat PE BFO ("Projektentwicklung Bahnhofsoffensive") unterliegende Bereiche. Hinzu kommt, dass auch in der dem Immobilienmanagementvertrag angeschlossenen Beilage /2 ("Dienstleistungsmatrix") ausdrücklich auf die Bestimmung des Paragraph 10, a EisbG Bezug genommen wird. Daraus ergibt sich, dass sich die in der Dienstleistungsmatrix genannten, von der ÖBB-Immo wahrzunehmenden, Tätigkeiten wiederum auf die nach Paragraph 10, a EisbG als Schieneninfrastruktur zu qualifizierenden Liegenschaften beziehen. Zu diesen Tätigkeiten zählen nach der Dienstleistungsmatrix insbesondere uneingeschränkt die Verwaltung von Grundstücken, die Erfassung und Verwaltung von Liegenschaftsdaten und damit verbunden, die Führung eines Liegenschaftsinformationssystems sowie der Vorschlag zur Umsetzung oder Verwertung. Hinzu kommen noch weitere - der Einschränkung der Vorabstimmung mit dem Beirat PE BFO ("Projektentwicklung Bahnhofsoffensive") unterliegende Bereiche

- -Strichaufzählung

der Projektentwicklung, wie Machbarkeitsprüfung (Feasibility)

- -Strichaufzählung

rechtliche und technische Machbarkeitsprüfung, Planungskonzept, Planungs- und verwertungsvorbereitende Maßnahmen. Damit schließt sich insofern der Kreis, als es sich bei diesen Verwaltungs- und

Projektentwicklungstätigkeiten um mit den nach § 10 a EisbG als Schieneninfrastruktur zu qualifizierenden Liegenschaften in diesem Zusammenhang stehende Tätigkeiten handelt. rechtliche und technische

Machbarkeitsprüfung, Planungskonzept, Planungs- und verwertungsvorbereitende Maßnahmen. Damit schließt

sich insofern der Kreis, als es sich bei diesen Verwaltungs- und Projektentwicklungstätigkeiten um mit den nach Paragraph 10, a EibG als Schieneninfrastruktur zu qualifizierenden Liegenschaften in diesem Zusammenhang stehende Tätigkeiten handelt.

Mit der dritten Ergänzung zum Immobilienmanagementvertrag wurde darüber hinaus § 4 Abs 3 des Immobilienmanagementvertrages dahingehend geändert, dass der Begriff "unbebaut" gelöscht wurde und die Leistungen lt. Leistungsmatrix von der ÖBB-Immo somit auf alle Grundstücke anzuwenden ist. Daraus folgt, dass sich der Leistungsumfang der ÖBB-Immo nicht mehr nur auf unbebaute Grundstücke erstreckt. Mit der dritten Ergänzung zum Immobilienmanagementvertrag wurde darüber hinaus Paragraph 4, Absatz 3, des Immobilienmanagementvertrages dahingehend geändert, dass der Begriff "unbebaut" gelöscht wurde und die Leistungen lt. Leistungsmatrix von der ÖBB-Immo somit auf alle Grundstücke anzuwenden ist. Daraus folgt, dass sich der Leistungsumfang der ÖBB-Immo nicht mehr nur auf unbebaute Grundstücke erstreckt.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die ÖBB-Immo jedenfalls in den genannten Bereichen eine Sektorentätigkeit iSd § 169 Abs 1 BVergG 2006 ausübt. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die ÖBB-Immo jedenfalls in den genannten Bereichen eine Sektorentätigkeit iSd Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 ausübt.

Auch wenn damit klargestellt ist, dass die ÖBB-Immo sehr wohl Sektorentätigkeiten iSd § 169 Abs 1 leg. cit. ausübt, ist zusätzlich zu prüfen, ob der gegenständliche Auftrag zum Zweck einer Sektorentätigkeit erfolgt, da Beschaffungen, die zu anderen Zwecken als der Durchführung einer Sektorentätigkeit erfolgen, nicht dem Sektorenvergaberecht unterliegen (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 120 Rz 4). Auch wenn damit klargestellt ist, dass die ÖBB-Immo sehr wohl Sektorentätigkeiten iSd Paragraph 169, Absatz eins, leg. cit. ausübt, ist zusätzlich zu prüfen, ob der gegenständliche Auftrag zum Zweck einer Sektorentätigkeit erfolgt, da Beschaffungen, die zu anderen Zwecken als der Durchführung einer Sektorentätigkeit erfolgen, nicht dem Sektorenvergaberecht unterliegen (vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 120, Rz 4).

Eine Einschau des erkennenden Senates in die Homepage der ÖBB-Holding AG, Presseinformationen, Pressecorner 12.06.2007, ergibt, dass der Hauptbahnhof Wien als Gesamtprojekt beworben wird. Laut dieser Pressemitteilung sei der Umbau der Station Südtiroler Platz das erste Projekt, das im Rahmen des Gesamtprojekts Hauptbahnhof Wien realisiert werde. In sechs Jahren werde der Hauptbahnhof in Betrieb gehen und den Bahnverkehr weit über die Grenzen Wiens hinaus neu ordnen. Bahnreisende würden eine neue Qualität erleben, die Region einen wirtschaftlichen Impuls. Derzeit würden sich auf dem Gelände des heutigen Südbahnhofes zwei Kopfbahnhöfe befinden: Der Südbahnhof und der Ostbahnhof würden unmittelbar nebeneinander liegen und getrennt betrieben werden. Anstelle dieser zwei Kopfbahnhöfe schaffe die ÖBB bis 2013 einen zentralen Durchgangsbahnhof - einen Knotenpunkt im transeuropäischen Schienenverkehr und die wichtigste Drehscheibe für den internationalen und nationalen Personenverkehr. Rund 1.000 Abstellplätze für Fahrräder, Plätze für Park & Ride und Taxis sowie eine Tiefgarage würden den Individualverkehr an den Bahnhof anbinden. Zusätzlich zu seiner Reisefunktion werde der Hauptbahnhof damit zum attraktiven Zentrum für Arbeiten, Ausgehen und Einkaufen.

Entgegen der Darstellung der ÖBB-Immo ergibt sich aus den oben wiedergegebenen Auszügen aus der Homepage, dass die zu beurteilenden Tätigkeiten der ÖBB-Immo daher keineswegs losgelöst vom Gesamtprojekt "Hauptbahnhof Wien" behandelt werden können, sondern sehr wohl in Konnex mit diesem stehen.

Dies spiegelt sich auch sowohl in der Aussage des Zeugen I*** als auch in der des Vertreters der ÖBB-Immo in der mündlichen Verhandlung vom 20.2.2008 wieder. Aus den übereinstimmenden Aussagen ergibt sich nämlich, dass das Gleisprojekt, welches nicht Gegenstand des gegenständlichen Expertenverfahrens ist, einen Anschluss an das gegenständliche Baufeld A.01 sogar auf vier Ebenen vorsieht. Der Vertreter der ÖBB-Immo erläuterte darüber hinaus in der mündlichen Verhandlung, dass unter dem Baufeld A.01 auch eine Tiefgarage errichtet werden solle, die mit der Tiefgarage unter den Gleiskörpern verbunden werden solle. Eine Anbindung dieser Tiefgarage an jene Tiefgarage unter dem Gleiskörper sei in der Wettbewerbsunterlage vorgesehen. Diese Aussagen stehen völlig im Einklang mit den zu beurteilenden Wettbewerbsunterlagen.

Nicht zuletzt sind auch laut der Aufgabenstellung städtebaulicher Teil, Seite 3 der Wettbewerbsunterlagen, die Vorplätze Nord und Süd unter Berücksichtigung der funktionalen Anforderungen gestalterisch in das Planungskonzept zu integrieren. Ebenso wird in den gegenständlichen Wettbewerbsunterlagen, städtebaulicher Teil Seite 1, als generelle Zielsetzung u.a. die An- und Einbindung des geplanten Bahnhofprojektes ausdrücklich genannt.

Die Entwicklung der Liegenschaften durch die ÖBB-Immo dient somit einerseits der Schaffung der Infrastruktur rund um das Gebiet des künftigen Hauptbahnhofes. Aber nicht nur das: Damit in Verbindung soll auch durch die Schaffung dieser Infrastruktur, die auch den Kunden der ÖBB zu Gute kommt, ein Anreiz geschaffen werden, verstärkt auf das "Schienenangebot" der ÖBB zu greifen. Damit verfolgt die ÖBB-Immo mit dem gegenständlichen Expertenverfahren jedenfalls die Zielsetzung einer Verbesserung des Angebotes des Netzes der Schiene, womit dieser Wettbewerb jedoch jedenfalls der Bereitstellung und dem Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene iSd § 169 Abs 1 BVergG 2006 dient. Die Entwicklung der Liegenschaften durch die ÖBB-Immo dient somit einerseits der Schaffung der Infrastruktur rund um das Gebiet des künftigen Hauptbahnhofes. Aber nicht nur das: Damit in Verbindung soll auch durch die Schaffung dieser Infrastruktur, die auch den Kunden der ÖBB zu Gute kommt, ein Anreiz geschaffen werden, verstärkt auf das "Schienenangebot" der ÖBB zu greifen. Damit verfolgt die ÖBB-Immo mit dem gegenständlichen Expertenverfahren jedenfalls die Zielsetzung einer Verbesserung des Angebotes des Netzes der Schiene, womit dieser Wettbewerb jedoch jedenfalls der Bereitstellung und dem Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene iSd Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 dient.

Im Übrigen ist in der Aufgabenstellung, Seite 4, städtebaulicher Teil der Wettbewerbsunterlagen, festgehalten, dass "vorrangiges Ziel der künftigen Verkehrslösung die Attraktivität der Mobilitätskette bzw. die möglichst kurze Anbindung der Bahn zu sämtlichen übrigen Verkehrsmitteln [ist]. ... Im städtischen Verkehr wird eine hochwertige Erreichbarkeit durch die U-Bahnlinie U1, die S-Bahn-Stammstrecke, Straßenbahn- und Buslinien erzielt. Derzeit laufen Überlegungen zur Ergänzung durch ein alternatives öffentliches Verkehrsmittel (Cable Liner, People Mover, ...) vom Bahnhof zum Baufeld A.03 und weiter zum Bahnhofseingang Mommsengasse mit der Option einer Verlängerung in das südliche Entwicklungsgebiet Richtung geplanter U-Bahnlinie U2." Diese genannten Überlegungen bezüglich des vorrangigen Zieles der künftigen Verkehrslösungen zwecks möglichst kurzer Anbindung der Bahn zu sämtlichen übrigen Verkehrsmitteln (z.B. Straßenbahn und Buslinie) weisen sogar in Richtung einer umfassenden Bereitstellung von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen einschließlich mit der Straßenbahn und mit Bus, wie diese in § 169 Abs 1 BVergG 2006 genannt wird. Im Übrigen ist in der Aufgabenstellung, Seite 4, städtebaulicher Teil der Wettbewerbsunterlagen, festgehalten, dass "vorrangiges Ziel der künftigen Verkehrslösung die Attraktivität der Mobilitätskette bzw. die möglichst kurze Anbindung der Bahn zu sämtlichen übrigen Verkehrsmitteln [ist]. ... Im städtischen Verkehr wird eine hochwertige Erreichbarkeit durch die U-Bahnlinie U1, die S-Bahn-Stammstrecke, Straßenbahn- und Buslinien erzielt. Derzeit laufen Überlegungen zur Ergänzung durch ein alternatives öffentliches Verkehrsmittel (Cable Liner, People Mover, ...) vom Bahnhof zum Baufeld A.03 und weiter zum Bahnhofseingang Mommsengasse mit der Option einer Verlängerung in das südliche Entwicklungsgebiet Richtung geplanter U-Bahnlinie U2." Diese genannten Überlegungen bezüglich des vorrangigen Zieles der künftigen Verkehrslösungen zwecks möglichst kurzer Anbindung der Bahn zu sämtlichen übrigen Verkehrsmitteln (z.B. Straßenbahn und Buslinie) weisen sogar in Richtung einer umfassenden Bereitstellung von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen einschließlich mit der Straßenbahn und mit Bus, wie diese in Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 genannt wird.

Der gegenteilige Schluss, all diese oben dargestellten Tätigkeiten hätten nichts mit dem Bahnhofprojekt zu tun, kann vom erkennenden Senat nicht geteilt werden. Die ÖBB-Immo ist sohin hinsichtlich der oben aufgezeigten Tätigkeiten in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation als Sektorenauftraggeber iSd § 169 Abs 1 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der gegenteilige Schluss, all diese oben dargestellten Tätigkeiten hätten nichts mit dem Bahnhofprojekt zu tun, kann vom erkennenden Senat nicht geteilt werden. Die ÖBB-Immo ist sohin hinsichtlich der oben aufgezeigten Tätigkeiten in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation als Sektorenauftraggeber iSd Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 zu qualifizieren.

Die Vergabe von Aufträgen durch die ÖBB-Immo hat daher gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 zu erfolgen; das Vergabeverfahren "Wettbewerb über Planungsleistungen für das Expertenverfahren Bahnhof City" ist somit auf Grundlage der Bestimmungen des BVergG 2006 abzuwickeln.

Es ist daher von einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers auszugehen. Es ist daher von einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers auszugehen.

III. Zulässigkeit des Antrages:römisch drei. Zulässigkeit des Antrages:

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden oder zu entstehen droht.

Ein Antrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG hat gemäß § 322 Abs 2 leg.cit. u.a. Angaben über den drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller (Z 4), die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet (Z 5) sowie die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde (Z 8), zu enthalten. Ein Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG hat gemäß Paragraph 322, Absatz 2, leg.cit. u.a. Angaben über den drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller (Ziffer 4,), die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet (Ziffer 5,) sowie die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde (Ziffer 8,), zu enthalten.

Die ÖBB-Immo brachte in ihren Schriftsätzen vor, dass dem Nachprüfungsantrag nicht das Interesse der Nachprüfungswerberin am gegenständlichen Vertragsabschluss zu entnehmen sei. Die Angaben zum drohenden oder bereits eingetretenen Schaden seien unzureichend, darüber hinaus fehlten die bestimmte Bezeichnung des Rechts, indem sich der Antragsteller als verletzt erachte sowie die Angaben zur Beurteilung, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Diesem Vorbringen ist Folgendes entgegen zu halten:

Das - in Übereinstimmung mit den RechtsmittelRL - als Voraussetzung der Antragslegitimation geforderte Interesse am Vertragsabschluss setzt in der Regel die Beteiligung am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes voraus. Dies gilt aber nicht ausnahmslos: So setzt nach Auffassung des EuGH die Anfechtung diskriminierender Bedingungen in einer Ausschreibung durch einen Unternehmer, der diese Bedingungen nicht erfüllt, nicht voraus, dass dieser Unternehmer vorher ein (aussichtsloses) Angebot gelegt hat (EuGH Rs. C-230/02, Grossmann Air Service). Gleiches muss auch gelten, wenn ein Unternehmer, der dem Verfahren nicht beigezogen wurde, die Wahl eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung anfechten will (siehe EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 137). Das - in Übereinstimmung mit den RechtsmittelRL - als Voraussetzung der Antragslegitimation geforderte Interesse am Vertragsabschluss setzt in der Regel die Beteiligung am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes voraus. Dies gilt aber nicht ausnahmslos: So setzt nach Auffassung des EuGH die Anfechtung diskriminierender Bedingungen in einer Ausschreibung durch einen Unternehmer, der diese Bedingungen nicht erfüllt, nicht voraus, dass dieser Unternehmer vorher ein (aussichtsloses) Angebot gelegt hat (EuGH Rs. C-230/02, Grossmann Air Service). Gleiches muss auch gelten, wenn ein Unternehmer, der dem Verfahren nicht beigezogen wurde, die Wahl eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung anfechten will (siehe EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 137).

Nichts anderes kann daher für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren gelten. Die Antragstellerin ist eine Mitbewerberin der von der ÖBB-Immo geladenen Teilnehmer am gegenständlichen Expertenverfahren, so dass ihr ein grundsätzliches Interesse am Abschluss des Auftrages nicht abgesprochen werden kann. Darüber hinaus liegt dem erkennenden Senat eine eidesstattliche Erklärung vom 10.1.2008 von Prof. K***, Partner der A***, vor, worin dieser bestätigt, dass die A*** an diesem Wettbewerbsverfahren teilgenommen hätte, hätte die ÖBB-Immo ein Wettbewerbsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung durchgeführt. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, ist bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist; ins Einzelne gehende "genaueste" Darlegungen sind jedoch nicht geboten (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127). Dass der Antragstellerin durch die Nichteinladung zum gegenständlichen Wettbewerbsverfahren ein Schaden droht, der im

Entgang der Möglichkeit liegt, den gegenständlichen Auftrag zu erlangen, sowie im entgangenen Gewinn, ist für den erkennenden Senat jedenfalls nachvollziehbar. Genauere Angaben zum Schaden sind für die Antragstellerin in Unkenntnis der Wettbewerbsunterlagen auch gar nicht möglich. Nichts anderes kann daher für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren gelten. Die Antragstellerin ist eine Mitbewerberin der von der ÖBB-Immo geladenen Teilnehmer am gegenständlichen Expertenverfahren, so dass ihr ein grundsätzliches Interesse am Abschluss des Auftrages nicht abgesprochen werden kann. Darüber hinaus liegt dem erkennenden Senat eine eidesstattliche Erklärung vom 10.1.2008 von Prof. K***, Partner der A***, vor, worin dieser bestätigt, dass die A*** an diesem Wettbewerbsverfahren teilgenommen hätte, hätte die ÖBB-Immo ein Wettbewerbsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung durchgeführt. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, ist bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist; ins Einzelne gehende "genaueste" Darlegungen sind jedoch nicht geboten (vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127). Dass der Antragstellerin durch die Nichteinladung zum gegenständlichen Wettbewerbsverfahren ein Schaden droht, der im Entgang der Möglichkeit liegt, den gegenständlichen Auftrag zu erlangen, sowie im entgangenen Gewinn, ist für den erkennenden Senat jedenfalls nachvollziehbar. Genauere Angaben zum Schaden sind für die Antragstellerin in Unkenntnis der Wettbewerbsunterlagen auch gar nicht möglich.

Dem Erfordernis, das Recht, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, bestimmt zu bezeichnen, ist auch dann entsprochen, wenn der Inhalt des Nachprüfungsantrages insgesamt klar erkennen lässt, in welchem Recht sich der Antragsteller verletzt sieht (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127). So lässt der Inhalt des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin klar erkennen, dass sie sich in ihrem Recht auf Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Bekanntgabe des gegenständlichen Expertenverfahrens verletzt erachtet. Dem Erfordernis, das Recht, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, bestimmt zu bezeichnen, ist auch dann entsprochen, wenn der Inhalt des Nachprüfungsantrages insgesamt klar erkennen lässt, in welchem Recht sich der Antragsteller verletzt sieht (vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127). So lässt der Inhalt des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin klar erkennen, dass sie sich in ihrem Recht auf Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Bekanntgabe des gegenständlichen Expertenverfahrens verletzt erachtet.

Mit Schreiben vom 14.1.2008 wurde die Antragstellerin durch das Bundesvergabeamt aufgefordert, die Pauschalgebühr zu entrichten. Dieser Aufforderung wurde mit Nachweis vom 16.1.2008 entsprochen.

Hinsichtlich der Rechtzeitigkeit des gestellten Nachprüfungsantrages ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit hh BVergG 2006 sind im geladenen Wettbewerb die Wettbewerbsunterlagen; die Widerrufsentscheidung; die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren gesondert anfechtbare Entscheidungen. Gemäß § 2 Z 16 lit b leg.cit. sind nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen alle übrigen, den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorhergehenden Entscheidungen. Diese können nur in dem gegen die ihnen nächst folgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, h, h, BVergG 2006 sind im geladenen Wettbewerb die Wettbewerbsunterlagen; die Widerrufsentscheidung; die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren gesondert anfechtbare Entscheidungen. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera b, leg.cit. sind nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen alle übrigen, den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorhergehenden Entscheidungen. Diese können nur in dem gegen die ihnen nächst folgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden.

Die Antragstellerin ficht als gesondert anfechtbare Entscheidung die Wettbewerbsunterlagen an. Gleichzeitig bekämpft sie die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung der unzulässigen Wahl des Vergabeverfahrens.

Gemäß § 321 Abs 2 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen

1. Ziffer eins

sofern die Angebotsfrist bzw. die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten weniger als 15 Tage beträgt, binnen drei Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten,

2. Ziffer 2

in allen übrigen Fällen binnen sieben Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen.

Die Antragsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der anzufechtenden gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können; dabei ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in denen die Entscheidung öffentlich bekannt zu machen ist, der Unternehmer jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat und die Antragsfrist daher mit der Bekanntmachung zu laufen beginnt. Solange die Möglichkeit einer Kenntnisnahme nicht besteht - insbesondere weil eine Entscheidung nicht bekannt gegeben wird - beginnt die Frist nicht zu laufen (vgl. EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 138). Daraus ergibt sich, dass eine Bekanntmachung Voraussetzung für das "Ingangsetzen" der Präklusivfristen zur Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ist. Eine Bekanntmachung erfolgte jedoch - wie die ÖBB-Immo selbst bestätigt - nicht. Der Vollständigkeit halber wird auch darauf hingewiesen, dass dem erkennenden Senat eine eidesstattliche Erklärung vom 10.1.2008 von Prof. K***, Partner der A***, vorliegt, worin dieser bestätigt, erst durch einen Anruf seiner Architektenkollegin, DI L*** am 7.1.2008, vom Vergabeverfahren betreffend das Projekt "Bahnhof City" erfahren zu haben. Die Antragsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der anzufechtenden gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können; dabei ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in denen die Entscheidung öffentlich bekannt zu machen ist, der Unternehmer jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat und die Antragsfrist daher mit der Bekanntmachung zu laufen beginnt. Solange die Möglichkeit einer Kenntnisnahme nicht besteht - insbesondere weil eine Entscheidung nicht bekannt gegeben wird - beginnt die Frist nicht zu laufen (vergleiche EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 138). Daraus ergibt sich, dass eine Bekanntmachung Voraussetzung für das "Ingangsetzen" der Präklusivfristen zur Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ist. Eine Bekanntmachung erfolgte jedoch - wie die ÖBB-Immo selbst bestätigt - nicht. Der Vollständigkeit halber wird auch darauf hingewiesen, dass dem erkennenden Senat eine eidesstattliche Erklärung vom 10.1.2008 von Prof. K***, Partner der A***, vorliegt, worin dieser bestätigt, erst durch einen Anruf seiner Architektenkollegin, DI L*** am 7.1.2008, vom Vergabeverfahren betreffend das Projekt "Bahnhof City" erfahren zu haben.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag ist somit rechtzeitig und erfüllt auch die sonstigen Erfordernisse des § 322 Abs 1 BVergG. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag ist somit rechtzeitig und erfüllt auch die sonstigen Erfordernisse des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG.

Eine Interessenkollision der Antragstellervertreter liegt zum gegenständlichen Zeitpunkt nicht vor, da beide Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt dasselbe Ziel verfolgen. Von einer Verbindung der beiden Verfahren (N/0010-BVA/07/2008 und N/0012-BVA/07/2008) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung iSd § 320 Abs 4 BVergG wurde Abstand genommen, da die ÖBB-Immo wesentliche Einwände gegen die Antragslegitimation der Antragstellerin zu N/0010-BVA/07/2008 vorbrachte und eine getrennte Verfahrensführung somit im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist. Eine Interessenkollision der Antragstellervertreter liegt zum gegenständlichen Zeitpunkt nicht vor, da beide Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt dasselbe Ziel verfolgen. Von einer Verbindung der beiden Verfahren (N/0010-BVA/07/2008 und N/0012-BVA/07/2008) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung iSd Paragraph 320, Absatz 4, BVergG wurde Abstand genommen, da die ÖBB-Immo wesentliche Einwände gegen die Antragslegitimation der Antragstellerin zu N/0010-BVA/07/2008 vorbrachte und eine getrennte Verfahrensführung somit im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist.

Die ÖBB-Immo hat mit Schreiben vom 29.2.2008 die Höhe des geschätzten Auftragswertes der Architekturleistungen für Vorentwurf, Entwurf und Einreichung mit Euro XXX Mio. beziffert, weshalb der durchgeführte Wettbewerb jedenfalls im Oberschwellenbereich liegt. Die ÖBB-Immo hat mit Schreiben vom 29.2.2008 die Höhe des geschätzten Auftragswertes der Architekturleistungen für Vorentwurf, Entwurf und Einreichung mit Euro römisch 30 Mio. beziffert, weshalb der durchgeführte Wettbewerb jedenfalls im Oberschwellenbereich liegt.

IV. Zu Spruchpunkt I.: römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert

anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorausgegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorausgegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß §§ 35 und 199 BVergG 2006 können die Auftraggeber bei der Durchführung von Wettbewerben frei zwischen dem offenen und dem nicht offenen Wettbewerb wählen. Gemäß Paragraphen 35 und 199 BVergG 2006 können die Auftraggeber bei der Durchführung von Wettbewerben frei zwischen dem offenen und dem nicht offenen Wettbewerb wählen.

Nur im Unterschwellenbereich, der jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeblendet bleiben kann, ist die Durchführung eines geladenen Wettbewerbes, sofern dem Auslober genügend geeignete Unternehmen bekannt sind, zulässig (§§ 39 und 203 Abs 2 BVergG 2006). Nur im Unterschwellenbereich, der jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeblendet bleiben kann, ist die Durchführung eines geladenen Wettbewerbes, sofern dem Auslober genügend geeignete Unternehmen bekannt sind, zulässig (Paragraphen 39 und 203 Absatz 2, BVergG 2006).

Im Oberschwellenbereich ist somit die Wahl eines geladenen Wettbewerbs sowohl für einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 2 Z 1 leg.cit. als auch für einen Sektorenauftraggeber unzulässig. Im Oberschwellenbereich ist somit die Wahl eines geladenen Wettbewerbs sowohl für einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer eins, leg.cit. als auch für einen Sektorenauftraggeber unzulässig.

Die Wettbewerbsunterlagen und damit auch die von der ÖBB-Immo getroffene Entscheidung der Wahl eines geladenen Wettbewerbes widersprechen sohin den Bestimmungen des BVergG 2006. Da diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist, war spruchgemäß zu entscheiden.

V. Zu Spruchpunkt II.: römisch fünf. Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in Höhe von Euro

1.600 tatsächlich entrichtet. Der Antrag auf Ersatz allenfalls zu entrichtender Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag und damit rechtzeitig gestellt.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag stattzugeben.

Dokumentnummer

VERGT_20080303_N_0012_BVA_07_2008_33_00

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at