

TE Verg Bescheid 2007/8/7 N/0065-BVA/15/2007-75

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.08.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z48

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §14 Abs1

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §68 Abs1 Z5

BVergG 2006 §291 Abs2

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

B-VG Art14b Abs2 Z1

B-VG Art14b Abs2 Z2

UGB §105

UGB §123

UGB §161 Abs2

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 § 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 § 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 § 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 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

1. UGB § 105 heute
2. UGB § 105 gültig ab 01.01.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2005
3. UGB § 105 gültig von 01.03.1939 bis 31.12.2006

1. UGB § 123 heute
2. UGB § 123 gültig ab 01.01.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2005
3. UGB § 123 gültig von 01.01.1991 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 10/1991

1. UGB § 161 heute
2. UGB § 161 gültig ab 01.01.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2005
3. UGB § 161 gültig von 01.03.1939 bis 31.12.2006

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, betreffend die Auftragsvergabe "7210 Mattersburg, Michael Koch-Straße 44, Sanierung und Zubau BHAK, BHAS, POLY; Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend die Auftragsvergabe "7210 Mattersburg, Michael Koch-Straße 44, Sanierung und Zubau BHAK, BHAS, POLY;

Elektroinstallationsarbeiten", der als Auftraggeber bezeichneten Mattersburger Stadtentwicklungs KEG –

Tourismusverband Mattersburg, vertreten durch die Bundesimmobiliengesellschaft mbH Planen & Bauen Region NÖ, OÖ, Bgld, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 26. Juni 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin im Vergabeverfahren des Auftraggebers Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg, 7210 Mattersburg, Brunnenplatz 4, vertreten durch die Bundesimmobiliengesellschaft mbH Planen & Bauen Region NÖ, OÖ, Bgld, 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 1, zur GZ 10.139/104-PB02/07, betreffend Bauvorhaben Sanierung und Zubau der BHAK, BHAS und POLY, 7210 Mattersburg, Michael Koch Str. 44, Elektroinstallationsarbeiten sowie die in diesem Verfahren ergangene Zuschlagsentscheidung für die B***, mit Bescheid für nichtig erklären," wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 2 Z 8 und 48, 3 Abs 1 Z 2, 291 Abs 2, 312 BVergG und Art 14b Abs 2 Z 1 und 2 B-VG
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 2, Ziffer 8 und 48, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 291, Absatz 2, 312, BVergG und Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins und 2 B-VG

II.römisch zwei.

Der Antrag "die Auftraggeberin zu verpflichten, der Antragstellerin gem. § 319 Abs 1 BVergG 2006, die gemäß § 318 BVergG 2006 entrichteten Gebühren zu ersetzen", wird abgewiesen. Der Antrag "die Auftraggeberin zu verpflichten, der Antragstellerin gem. Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006, die gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 entrichteten Gebühren zu ersetzen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 319 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 319, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 26. Juni 2007 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber Mattersburger Stadtentwicklungs KEG –

Tourismusverband Mattersburg, vertreten durch die Bundesimmobiliengesellschaft mbH - Planen & Bauen Region NÖ, OÖ, Bgld. das gegenständliche Vorhaben in einem offenen Verfahren ausgeschrieben habe. Es handle sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein Anbot mit einer Angebotssumme in Höhe von Euro 457.474,86 netto gelegt. Zuschlagskriterien seien der Gesamtpreis mit einer Gewichtung von 98% und die angebotenen Gewährleistungsfristen mit einer Gewichtung von 2%.

Mit Telefax vom 21.6.2007 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Anbot gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG ausgeschieden worden sei. Begründet worden sei das Ausscheiden damit, dass aufgrund wiederholter gröblicher Vertragsverstöße aus früheren Vergabeverfahren die berufliche Zuverlässigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei. Weiters sei mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die B*** mit einer Vergabesumme von Euro 458.591,85 netto zu erteilen. Mit Telefax vom 21.6.2007 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Anbot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ausgeschieden worden sei. Begründet worden sei das Ausscheiden damit, dass aufgrund wiederholter gröblicher Vertragsverstöße aus früheren Vergabeverfahren die berufliche Zuverlässigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei. Weiters sei mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die B*** mit einer Vergabesumme von Euro 458.591,85 netto zu erteilen.

Sämtliche Ausschließungsgründe gemäß § 68 BVergG würden bei der Antragstellerin nicht vorliegen. Der Auftraggeber habe mitgeteilt, dass der Grund für das Ausscheiden das Vorliegen wiederholter gröblicher Vertragsverstöße sei. Unabhängig davon, dass diese unsubstantiierten Behauptungen unrichtig seien, würden diese keinen Ausscheidensgrund gemäß §§ 68ff i.V.m. § 129 Abs 1 Z 2 BVergG darstellen. Das Ausscheiden aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren sei daher rechtswidrig. Der Antragstellerin drohe als Bestbieterin der Verlust des Auftrages und damit ein Schaden. Die Antragstellerin habe ein großes Interesse am Vertragsabschluss und wäre ihr als Bestbieterin der Auftrag zu erteilen. Sämtliche Ausschließungsgründe gemäß Paragraph 68, BVergG würden bei der Antragstellerin nicht vorliegen. Der Auftraggeber habe mitgeteilt, dass der Grund für das Ausscheiden das Vorliegen

wiederholter gröblicher Vertragsverstöße sei. Unabhängig davon, dass diese unsubstantiierten Behauptungen unrichtig seien, würden diese keinen Ausscheidensgrund gemäß Paragraphen 68 f, f, in Verbindung mit Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG darstellen. Das Ausscheiden aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren sei daher rechtswidrig. Der Antragstellerin drohe als Bestbieterin der Verlust des Auftrages und damit ein Schaden. Die Antragstellerin habe ein großes Interesse am Vertragsabschluss und wäre ihr als Bestbieterin der Auftrag zu erteilen.

Sie sei in ihrem Recht, als Bestbieterin den Zuschlag zu erhalten und nicht wegen ungerechtfertigter Gründe ausgeschieden zu werden, obwohl sie die berufliche, technische und wirtschaftliche Zuverlässigkeit erfülle, verletzt worden. Ohne das rechtswidrige Ausscheiden wäre der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Die Rechtswidrigkeit sowohl des Ausscheidens als auch der Zuschlagsentscheidung seien sohin von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Mit Telefax vom 26.6.2007 übermittelte die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) die Vereinbarung über die Geschäftsführung und begleitende Kontrolle (Controlling) bei der Erweiterung und Sanierung der HAK/HAS Mattersburg, abgeschlossen zwischen der Stadtgemeinde Mattersburg, vertreten durch die Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg und der Bundesimmobilien GmbH (in der Folge Geschäftsführungsvertrag) und führte weiters aus, dass Auftraggeber immer die Mattersburger Stadtentwicklungs KEG gewesen sei. Die BIG führe das Vergabeverfahren auf deren Rechnung und in deren Namen durch.

Mit Schreiben der B*** vom 27. Juni 2007 (Anm: präsumtive Zuschlagsempfängerin) wurde mitgeteilt, dass die Antragstellerin aufgrund der Zuschlagskriterien auf keinen Fall Bestbieterin sei. Die Antragstellerin sei zwar - da die beiden vorgereichten Unternehmen ausgeschieden worden seien - Billigstbieterin, durch die Gewährleistungsklausel, die mit 2% Gewichtung zu berechnen sei, sei jedoch die B*** an 1. Stelle zu reihen. Da der Nachprüfungsantrag sohin nicht gerechtfertigt sei, wäre dieser zurückzuweisen. Mit Schreiben der B*** vom 27. Juni 2007 Anmerkung, präsumtive Zuschlagsempfängerin) wurde mitgeteilt, dass die Antragstellerin aufgrund der Zuschlagskriterien auf keinen Fall Bestbieterin sei. Die Antragstellerin sei zwar - da die beiden vorgereichten Unternehmen ausgeschieden worden seien - Billigstbieterin, durch die Gewährleistungsklausel, die mit 2% Gewichtung zu berechnen sei, sei jedoch die B*** an 1. Stelle zu reihen. Da der Nachprüfungsantrag sohin nicht gerechtfertigt sei, wäre dieser zurückzuweisen.

Mit Schreiben vom 28. Juni 2007 übermittelte die Stadtgemeinde Mattersburg den Gesellschaftsvertrag, abgeschlossen zwischen dem Tourismusverband Mattersburg und der Stadtgemeinde Mattersburg, mit dem sich die Genannten zur Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg zusammenschließen (in der Folge Gesellschaftsvertrag) und teilte hiezu mit, dass diese Gesellschaft als Mieter des gegenständlichen Gemeindegebäudes auch Auftraggeber für die derzeitige Erweiterung und Sanierung des Schulgebäudes sei. Für die Umsetzung dieses Projektes bediene sie sich der BIG. Aufgrund dessen sei ihrer Meinung nach für ein Nachprüfungsverfahren nicht das Bundesvergabeamt, sondern der UVS Burgenland zuständig.

Mit Schriftsatz vom 28. Juni 2007 teilte die BIG mit, dass es sich gegenständlich um ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich handle; der geschätzte Auftragswert betrage Euro 522.250,-- exkl. USt. Vergebende Stelle sei die BIG. Es handle sich um einen Bauauftrag im Sinne des § 4 BVergG, eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens sei online im Amtlichen Lieferanzeiger am 4. Mai 2007 und in der Wiener Zeitung am 8. Mai 2007 erfolgt. Eine EU-weite Bekanntmachung sei nicht erfolgt. Es handle sich um ein Verfahren nach dem Bestbieterprinzip. Die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung seien der Antragstellerin mittels Telefax vom 21. Juni 2007 bekannt gegeben worden. Das Verfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt worden. Mit Schriftsatz vom 28. Juni 2007 teilte die BIG mit, dass es sich gegenständlich um ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich handle; der geschätzte Auftragswert betrage Euro 522.250,-- exkl. USt. Vergebende Stelle sei die BIG. Es handle sich um einen Bauauftrag im Sinne des Paragraph 4, BVergG, eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens sei online im Amtlichen Lieferanzeiger am 4. Mai 2007 und in der Wiener Zeitung am 8. Mai 2007 erfolgt. Eine EU-weite Bekanntmachung sei nicht erfolgt. Es handle sich um ein Verfahren nach dem Bestbieterprinzip. Die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung seien der Antragstellerin mittels Telefax vom 21. Juni 2007 bekannt gegeben worden. Das Verfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt worden.

Die Angebotsöffnung sei am 24. Mai 2007, 11.00 Uhr, erfolgt. Die 3 (preislich) erstgereichten Angebote seien ausgeschieden worden.

Zur Zuständigkeit der Nachprüfungsbehörde wurde vorgebracht, dass Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg (in der Folge KEG) sei. Dies sei sowohl aus der Bekanntmachung als auch aus den Ausschreibungsunterlagen klar und deutlich ersichtlich. Die BIG vertrete den Auftraggeber aufgrund des "Geschäftsführungsvertrages" und sei lediglich vergebende Stelle. Die Ausschreibungsunterlagen würden an der Auftraggeberstellung der KEG keinen Zweifel lassen, sei doch in allen Dokumenten der Ausschreibung immer nur diese als Auftraggeber bezeichnet.

Durch einen Fehler im Sekretariat sei in der Bekanntmachung als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren versehentlich das Bundesvergabeamt genannt worden. Unabhängig davon sei in den Ausschreibungsunterlagen (Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen, Punkt 20) festgelegt, dass für den Fall, dass Auftraggeber der zu Grunde liegenden Ausschreibung eine Gebietskörperschaft Land oder Gemeinde oder ein diesem zuordenbarer Rechtsträger sei, der unabhängige Verwaltungssenat Burgenland zuständige Vergabekontrollbehörde sei.

In einer Äußerung der Antragstellerin vom 28. Juni 2007 wurde mitgeteilt, dass die Antragstellerin eine Gesamtpunktezah von 9982 und die B*** eine Gesamtpunktezah von 9976 erreichen würde. Ohne das unzulässige Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin wäre daher die B*** nicht Bestbieterin. Dies habe offensichtlich auch der Auftraggeber so gesehen. Aus diesem Grund sei der Antragstellerin auch zunächst mitgeteilt worden, dass sie Bestbieterin sei und sei sie auch aufgefordert worden, am 19. Juni 2007 zur ersten Baubesprechung zu erscheinen.

In einer Stellungnahme der B*** vom 29.6.2007 wurde replizierend hiezu vorgebracht, dass sich – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – für die B*** eine Gesamtpunktezah von 9.982,54 und für die Antragstellerin eine Gesamtpunkteanzahl von 9.982,00 ergeben würde. Damit sei klar, dass die B*** zu Recht als Bestbieter den Zuschlag bekommen solle.

Mit Schriftsatz vom 29. Juni 2007 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass die Sanierung einer Bundesschule, ausgeschrieben sei. Daher sei für die Antragstellerin davon auszugehen gewesen, da auch die Vertretung durch die BIG erfolgt sei, dass es sich um einen Bau des Bundes handle. Daher sei das Bundesvergabeamt – entsprechend den Angaben in der öffentlichen Bekanntmachung – angerufen worden. Ein Geschäftsführungsvertrag zwischen dem Auftraggeber und der BIG sei der Antragstellerin nicht bekannt. Sollte daher tatsächlich – wie von der BIG behauptet – nicht das Bundesvergabeamt, sondern der UVS Burgenland zuständig sein, wobei die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages bereits abgelaufen sei, werde beantragt, der BIG die Kosten des gegenständlichen Vergabeverfahrens aufzuerlegen, da ausschließlich aus Verschulden der BIG die falsche Behörde angerufen worden wäre. Sollte es sich aber aufgrund der Tatsache, dass es sich um Bundesschulen handle und daher auch die Sanierung vom Bund übernommen würde, tatsächlich um Bundesbauten handeln – dies könne aus den bisher vorgelegten Urkunden noch nicht beurteilt werden – so sei das Bundesvergabeamt zuständig.

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich kein konkreter Anknüpfungspunkt, der eine Zuständigkeit des UVS Burgenland iSd Art. 14b Abs 2 Z 2 B-VG begründen würde. Insbesondere sei aus den Vergabeunterlagen nicht ersichtlich, wer das Bauvorhaben (überwiegend) finanziere bzw. kontrolliere. Gemäß Art. 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa B-VG sei in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens bei einer Finanzierung von Aufträgen durch den Bund, die zumindest den Finanzierungsanteil anderer mitfinanzierender Stellen erreiche, die Vollziehung Bundessache und damit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben. Aus einem Gesellschaftsvertrag oder der Tatsache, dass der Auftraggeber Mieter der gegenständlichen Gebäude sei, ergebe sich nicht, wer die finanziellen Mittel für diese Sanierung aufbringe. Sollte dies der Bund sein, sei das Bundesvergabeamt zuständig. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich kein konkreter Anknüpfungspunkt, der eine Zuständigkeit des UVS Burgenland iSd Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG begründen würde. Insbesondere sei aus den Vergabeunterlagen nicht ersichtlich, wer das Bauvorhaben (überwiegend) finanziere bzw. kontrolliere. Gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, B-VG sei in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens bei einer Finanzierung von Aufträgen durch den Bund, die zumindest den Finanzierungsanteil anderer mitfinanzierender Stellen erreiche, die Vollziehung Bundessache und damit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben. Aus einem Gesellschaftsvertrag oder der Tatsache, dass der Auftraggeber Mieter der gegenständlichen Gebäude sei, ergebe sich nicht, wer die finanziellen Mittel für diese Sanierung aufbringe. Sollte dies der Bund sein, sei das Bundesvergabeamt zuständig.

Mit Telefax vom 2.7.2007 übermittelte die BIG eine Vereinbarung zwischen dem Bund, vertreten durch den Landesschulrat für das Burgenland (unter Beitritt der BIG) und der Stadtgemeinde Mattersburg (unter Beitritt der Mattersburger Stadtentwicklungs KEG), 4. Nachtrag, sowie eine "Resümeeprotokollseite Kostenaufteilung".

In einer weiteren Stellungnahme der Antragstellerin vom 2.7.2007 wurde vorgebracht, dass selbst nach den eigenen Berechnungen der B*** beide Bieter dieselbe Punktezahl – nämlich 9982 Punkte – erreicht hätten. "Halbe Punkte" seien nämlich nicht zu berücksichtigen. Aufgrund der Tatsache, dass der Preis bei der Bewertung mit 98% heranzuziehen sei, sei die Antragstellerin Bestbieterin.

Mit Schriftsatz vom 11.7.2007 legte die BIG die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Gegenstand ergänzend Stellung. Demnach sei die Antragstellerin zu Recht wegen Unzuverlässigkeit ausgeschieden worden. Es gäbe praktisch kein Vertragsverhältnis mit der Antragstellerin, in dem es – aufgrund Verschuldens der Antragstellerin – nicht zu Terminverzögerungen gekommen sei. Als Beispiel hiefür sei das Bauvorhaben "Z***" zu nennen. Hier habe sich die Antragstellerin insoweit einer schweren Verfehlung schuldig gemacht, als sie dem Auftraggeber bewusst Leistungen im Gegenwert von Euro XXX verrechnet habe, die sie weder geliefert noch montiert habe. Es liege daher verständlicher Weise ein erschüttertes Vertrauensverhältnis vor. Mit Schriftsatz vom 11.7.2007 legte die BIG die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Gegenstand ergänzend Stellung. Demnach sei die Antragstellerin zu Recht wegen Unzuverlässigkeit ausgeschieden worden. Es gäbe praktisch kein Vertragsverhältnis mit der Antragstellerin, in dem es – aufgrund Verschuldens der Antragstellerin – nicht zu Terminverzögerungen gekommen sei. Als Beispiel hiefür sei das Bauvorhaben "Z***" zu nennen. Hier habe sich die Antragstellerin insoweit einer schweren Verfehlung schuldig gemacht, als sie dem Auftraggeber bewusst Leistungen im Gegenwert von Euro römisch 30 verrechnet habe, die sie weder geliefert noch montiert habe. Es liege daher verständlicher Weise ein erschüttertes Vertrauensverhältnis vor.

Ungeachtet dessen sei die Antragstellerin nicht Bestbieterin. Bestbieterin sei die B***. Entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Zuschlagskriterien würden sich für die Antragstellerin 99,82 Punkte errechnen. Diese Punktezahl ergebe sich aus 98,00 Punkten für den Preis und 1,82 Punkten für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um zwei Jahre. Demgegenüber erreiche die B*** 99,83 Punkte. Diese Punkteanzahl ergebe sich aus 97,83 Punkten für den Preis und 2 Punkten für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um drei Jahre. Die B*** sei daher – wenn auch äußerst knapp – aber eben doch Bestbieterin.

In einer Stellungnahme der Antragstellerin vom 18.7.2007 wurde ergänzend vorgebracht, dass sich aus den vom Auftraggeber vorgelegten Urkunden ergebe, dass eine Bundesbehörde - unter Beitritt der Republik Österreich - die Geschäftsführungsleistungen erbringe. Weiters würden die Kosten des gegenständlichen Bauvorhabens zu 70% von der Republik Österreich getragen. Gemäß Art. 14b Abs 2 lit e sublit aa B-VG sei bei Vergabe von Aufträgen, die vom Bund finanziert würden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß sei wie jener der Länder, die Vollziehung Bundessache. Gemäß sublit bb der zitierten Bestimmung sei Bundessache die Vergabe von Aufträgen durch Rechtsträger, die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter sublit aa oder Z 2 lit e sublit aa falle. Gemäß Art. 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit cc B-VG sei die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs 1 ebenfalls Bundessache, wenn die Vergabe von Aufträgen von Rechtsträgern erfolge, deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestünden, die vom Bund ernannt worden seien, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt habe wie die Länder soweit die Vergabe nicht unter sublit aa oder bb oder Z 2 lit e sublit aa oder bb falle. In einer Stellungnahme der Antragstellerin vom 18.7.2007 wurde ergänzend vorgebracht, dass sich aus den vom Auftraggeber vorgelegten Urkunden ergebe, dass eine Bundesbehörde - unter Beitritt der Republik Österreich - die Geschäftsführungsleistungen erbringe. Weiters würden die Kosten des gegenständlichen Bauvorhabens zu 70% von der Republik Österreich getragen. Gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Litera e, Sub-Litera, a, a, B-VG sei bei Vergabe von Aufträgen, die vom Bund finanziert würden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß sei wie jener der Länder, die Vollziehung Bundessache. Gemäß Sub-Litera, b, b, der zitierten Bestimmung sei Bundessache die Vergabe von Aufträgen durch Rechtsträger, die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter Sub-Litera, a, a, oder Ziffer 2, Litera e, Sub-Litera, a, a, falle. Gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, c, c, B-VG sei die Vollziehung in den Angelegenheiten des Absatz eins, ebenfalls Bundessache, wenn die Vergabe von Aufträgen von Rechtsträgern erfolge,

deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestünden, die vom Bund ernannt worden seien, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt habe wie die Länder soweit die Vergabe nicht unter Sub-Litera a, a, oder bb oder Ziffer 2, Litera e, Sub-Litera, a, a, oder bb falle.

Grundsätzlich sei daher bei der Vergabe von Aufträgen durch Rechtsträger, die vom Bund finanziert würden, als auch deren Leitung der Aufsicht des Bundes unterliege, die Vollziehung Bundessache. Im gegenständlichen Vergabeverfahren habe sich durch die vorgelegten Urkunden eindeutig ergeben, dass sowohl die Finanzierung des Auftraggebers als auch die Leitung, zumindest hinsichtlich dieses Vergabeverfahrens, im Wesentlichen beim Bund liege. Bereits daraus ergebe sich die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Nachprüfung.

Sollte das Bundesvergabeamt dieser Ansicht nicht beitreten, könne man aber davon ausgehen, dass der Auftraggeber gemäß Art. 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG ein Rechtsträger sei, der in lit a bis f und Z 2 nicht genannt sei. Zumindest aus diesem Auffangtatbestand ergebe sich daher die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten. Damit sei die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren jedenfalls gegeben. Sollte das Bundesvergabeamt dieser Ansicht nicht beitreten, könne man aber davon ausgehen, dass der Auftraggeber gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG ein Rechtsträger sei, der in Litera a bis f und Ziffer 2, nicht genannt sei. Zumindest aus diesem Auffangtatbestand ergebe sich daher die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten. Damit sei die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren jedenfalls gegeben.

Zur behaupteten beruflichen Unzuverlässigkeit:

Beim Bauvorhaben "Z****" würden die Antragstellervertreter bereits seit einem Jahr mit der BIG über die Abgeltung der Kosten hinsichtlich der von der Antragstellerin bei diesen Bauvorhaben geleisteten Mehr- und Zusatzleistungen - auf Grund der von der örtlichen Bauaufsicht verschuldeten Bauzeitverkürzungen - verhandeln. Es seien wesentliche Forcierungsmaßnahmen durch die Antragstellerin zur Terminwahrung notwendig gewesen. Trotz Zusagen der BIG, dass eine außergerichtliche Einigung für die Kosten der Forcierungsmaßnahmen angestrebt werde, sei es nie zu einer solchen Einigung gekommen. Deshalb habe die Antragstellerin eine Klage beim Bezirksgericht für Handelssachen in Wien eingebracht. Dieses Verfahren sei noch anhängig. Die Antragstellerin sei - entgegen den Behauptungen des Auftraggebers - ihren Pflichten jedenfalls nachgekommen, die ihr zustehenden Kosten seien ihr jedoch vorenthalten worden. Ein Grund für das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren sei dadurch jedenfalls nicht gegeben. Auch die Behauptung der BIG, dass die Antragstellerin für Leistungen, die sie nicht erbracht habe, Euro XXX verrechnet habe, sei unrichtig. Von der Antragstellerin wurde von Anfang an eine andere Montagemöglichkeit vorgeschlagen und sei diese seitens der örtlichen Bauaufsicht auch genehmigt worden. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin einen Nachtragskostenvoranschlag geschickt. Dieser sei jedoch abgelehnt worden. Unrichtig sei die Behauptung des Auftraggebers, dass die Antragstellerin nach einer Drohung der Übermittlung einer Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft bereit gewesen sei, die fehlenden Leistungen zu erbringen. Vielmehr sei es zu einer Einigung gekommen, dass nunmehr die Verrechnung neu durchgeführt werde. Beim Bauvorhaben "Z****" würden die Antragstellervertreter bereits seit einem Jahr mit der BIG über die Abgeltung der Kosten hinsichtlich der von der Antragstellerin bei diesen Bauvorhaben geleisteten Mehr- und Zusatzleistungen - auf Grund der von der örtlichen Bauaufsicht verschuldeten Bauzeitverkürzungen - verhandeln. Es seien wesentliche Forcierungsmaßnahmen durch die Antragstellerin zur Terminwahrung notwendig gewesen. Trotz Zusagen der BIG, dass eine außergerichtliche Einigung für die Kosten der Forcierungsmaßnahmen angestrebt werde, sei es nie zu einer solchen Einigung gekommen. Deshalb habe die Antragstellerin eine Klage beim Bezirksgericht für Handelssachen in Wien eingebracht. Dieses Verfahren sei noch anhängig. Die Antragstellerin sei - entgegen den Behauptungen des Auftraggebers - ihren Pflichten jedenfalls nachgekommen, die ihr zustehenden Kosten seien ihr jedoch vorenthalten worden. Ein Grund für das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren sei dadurch jedenfalls nicht gegeben. Auch die Behauptung der BIG, dass die Antragstellerin für Leistungen, die sie nicht erbracht habe, Euro römisch 30 verrechnet habe, sei unrichtig. Von der Antragstellerin wurde von Anfang an eine andere Montagemöglichkeit vorgeschlagen und sei diese seitens der örtlichen Bauaufsicht auch genehmigt worden. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin einen Nachtragskostenvoranschlag geschickt. Dieser sei jedoch abgelehnt worden. Unrichtig sei die Behauptung des Auftraggebers, dass die Antragstellerin nach einer Drohung der Übermittlung einer Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft bereit gewesen sei, die fehlenden Leistungen zu erbringen. Vielmehr sei es zu einer Einigung gekommen, dass nunmehr die Verrechnung neu durchgeführt werde.

Zur Bestbielereigenschaft:

Am 17.6.2007 sei Herr Ing. C***, ein Mitarbeiter der Antragstellerin, telefonisch verständigt worden, dass die Antragstellerin Bestbieterin sei und am 19.6.2007 bei der Besprechung vor Ort anwesend sein solle. Offensichtlich sei auch die BIG davon ausgegangen, dass die Antragstellerin Bestbieterin sei. Weiters sei festzuhalten, dass sowohl die Antragstellerin als auch die B*** jeweils 99,82 Punkte erreichen würden. Vom Auftraggeber werde unzulässigerweise eine Aufrundung bei der B*** vorgenommen. Mathematisch sei nämlich bei 0,5 Punkten abzurunden. Damit ergebe sich aber ein Punktegleichstand. Da die Antragstellerin beim Kriterium Preis Erster sei, sei sie somit Bestbieterin.

In einer Stellungnahme des Auftraggebers vom 25.7.2007 wurde nochmals auf die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Regelung verwiesen, wonach im Falle der Nachprüfung einer Vergabe durch eine 100%ige Tochtergesellschaft der Gemeinde Mattersburg der UVS Burgenland zuständig sei. Grundlage des Ausscheidens der Antragstellerin sei die die beim Bauvorhaben Z*** erfolgte Inrechnungstellung und Annahme des betreffenden Überweisungsbetrages durch die Antragstellerin, ohne dass diese die Leistungen auch tatsächlich erbracht hätte.

Entgegen den Angaben der Antragstellerin sei dieser zu keinem Zeitpunkt – und schon gar nicht telefonisch – mitgeteilt worden, dass diese Bestbieterin sei.

Im Zuge der Ermittlung des Bestbieters seien die jeweiligen Punkte der Bieter errechnet worden. Im Ergebnis sei das Angebot der B*** um 0,01 Punkte vor dem Angebot der Antragstellerin gelegen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei bei einem Wert von 0,5 kaufmännisch immer aufzurunden; das Ergebnis der B*** habe sich sohin auf 99,83 Punkte belaufen. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden wäre, mangle es der Antragstellerin an der Bestbiitereigenschaft und sei ihr Antrag daher jedenfalls auch aus diesem Grunde – unabhängig einer Zurückweisung aus sonstigem Sachverhalt – abzuweisen.

Zur Frage der Auftraggebereigenschaft wurde in der mündlichen Verhandlung vom 1.8.2007 Folgendes ergänzend vorgebracht:

D***, Vertreter des Bundes, BMUKK, erklärte, dass der Bund nicht Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei. Dies deshalb, da die Gemeinde Mattersburg Eigentümerin des betreffenden Grundstückes sei und dort selbst das Polytechnikum betreibe. Die BHAS und BHAK seien seit vielen Jahren in demselben Gebäude untergebracht. Das Gebäude werde zu ca. 2/3 von Bundesschulen genutzt. Weiters führte D*** aus, dass es an Vereinbarungen zwischen dem Bund und der Stadtgemeinde Mattersburg, die das gegenständliche Vorhaben betreffen würden, den sogenannten 4. Nachtrag und eine Vereinbarung zwischen der BIG und der Gemeinde Mattersburg (Geschäftsführungsvertrag) gebe. Die "Resümeeprotokollseite Kostenaufteilung" sei keine Kostenschätzung des BMUKK. Der Bund setze die Gemeinde finanziell in die Lage, jene Arbeiten durchzuführen, die im Endeffekt dem Bund mit seinen Bundesschulen zu Gute komme. Der Bund finanziere das gegenständliche Projekt im Ausmaß seiner Gebäudenutzung, also zu 70%. In der Folge zahle der Bund nur mehr die anteiligen Betriebskosten.

Über Befragen gab D*** an, dass der Bund nicht zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers werde.

Die Vertreterin der Gemeinde Mattersburg und der KEG, Frau Dipl.- Ing. E***, erklärte, dass die gegenständliche Liegenschaft und das darauf befindliche Schulobjekt im Eigentum der Stadtgemeinde Mattersburg stünden. Mit Vertrag vom 30.3.2007 habe die Gemeinde Mattersburg das Schulobjekt an die KEG vermietet. Damit trete die KEG in alle Rechte und Pflichten der Gemeinde Mattersburg ein. Die Gemeinde Mattersburg sei nicht Auftraggeber des gegenständlichen Verfahrens, da diese nicht zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers werden solle. Zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers solle vielmehr die KEG werden. Eine Vereinbarung, dass die Gemeinde Mattersburg oder die KEG etwa im Namen des Bundes tätig werden würden, gebe es nicht.

Mag. I***, BIG, erklärte, dass weder der Bund noch die BIG Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens seien. Die BIG sei laut Geschäftsführungsvertrag vergebende Stelle der KEG. Dass in der Bekanntmachung als öffentlicher Auftraggeber die BIG und als nachprüfende Behörde das BVA genannt wurde, sei ein Irrtum des Sekretariats gewesen. Die BIG bediene sich zur Durchführung der Ausschreibung des Architekturbüros K*** als Generalplaner; diese wiederum habe sich der F*** bedient.

Zur Kostentragung und zum geschätzten Auftragswert wurde Folgendes ergänzend ausgeführt:

D*** führte aus, dass der Bund - aufgrund der Flächennutzung im Objekt - 70% der im Resümeeprotokoll Kostenaufteilung genannten 5,4 Mio. Nettobaukosten zahle. Auch die Tätigkeit der BIG im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vorhaben werde aufgrund des genannten Aufteilungsschlüssels zu 70% vom Bund gezahlt. Der

Beitritt des Bundes zum Geschäftsführungsvertrag zwischen der KEG und der BIG sei aus Haftungsgründen erfolgt.

Die Vertreterin der Stadtgemeinde Mattersburg und der KEG bestätigte die diesbezüglichen Angaben des D***. Die restlichen 30% der Gesamtherstellungskosten trage die KEG und nicht etwa die Gemeinde Mattersburg.

Die KEG zahle für das Schulgebäude einen Mietzins an die Gemeinde Mattersburg. Bei Beendigung des Mietverhältnisses habe der Vermieter dem Mieter (KEG) den Zeitwert der getätigten Investitionen abzugelten.

Mag. I*** ergänzte, dass das gegenständliche Gewerk Elektroinstallationen einen Teil des Gesamtvorhabens Sanierung und Zubau BHAS, BHAK und Poly darstelle. Der geschätzte Auftragswert des Gewerks Elektroinstallationen belaufe sich auf ca. Euro 520.000,- netto. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens betrage Euro 5,4 Mio. netto.

DI G*** (BIG) erläuterte, dass die Lose Baumeisterarbeiten, Gründungssanierung, Heizung- Lüftung- und Sanitär sowie Trockenausbauarbeiten bereits beauftragt worden, aber noch nicht abgeschlossen, seien. Es sei gewerksweise ausgeschrieben worden. Mag. I*** ergänzte hiezu, dass die verschiedenen Lose/Gewerke dem Betrag nach zusammen zu rechnen seien.

DI E*** führte aus, dass sich das gegenständliche Vorhaben aus der Aufgabe der KEG "Infrastrukturmaßnahmen der Stadt" ergebe. Ob die KEG in den letzten 3 Jahren einen Gewinn oder Verlust gemacht habe, könne sie nicht sagen. Es sei aber wohl davon auszugehen, dass die KEG eigene Einnahmen erwirtschafte. Wie hoch diese seien, könne sie nicht angeben. Ebenso nicht deren Anteil am Gesamtbudget. Sie gehe davon aus, dass mit den Einnahmen die Aufgaben der Gesellschaft finanziert würden. Das Risiko möglicher Verluste der KEG trage zu 95% die Gemeinde und zu 5% der Tourismusverband. Ob die KEG neben eigenen Einnahmen auch Subventionen von der Stadtgemeinde Mattersburg bzw. vom Land Burgenland – etwa für die Agenden der Tourismusförderung bzw. der Stadtentwicklung – bekomme, wisse sie nicht. Der Obmann des Tourismusverbandes Mattersburg, Herr H***, sei zeichnungsberechtigtes Organ der KEG. Auf Grund des § 7 Gesellschaftsvertrag sei der Einfluss der Gemeinde auf die Geschäftsführung wohl als groß zu bezeichnen. Wer die laufende Gebarung der KEG bzw. den Jahresabschluss der KEG kontrolliere, wisse sie ebenfalls nicht. DI E*** führte aus, dass sich das gegenständliche Vorhaben aus der Aufgabe der KEG "Infrastrukturmaßnahmen der Stadt" ergebe. Ob die KEG in den letzten 3 Jahren einen Gewinn oder Verlust gemacht habe, könne sie nicht sagen. Es sei aber wohl davon auszugehen, dass die KEG eigene Einnahmen erwirtschafte. Wie hoch diese seien, könne sie nicht angeben. Ebenso nicht deren Anteil am Gesamtbudget. Sie gehe davon aus, dass mit den Einnahmen die Aufgaben der Gesellschaft finanziert würden. Das Risiko möglicher Verluste der KEG trage zu 95% die Gemeinde und zu 5% der Tourismusverband. Ob die KEG neben eigenen Einnahmen auch Subventionen von der Stadtgemeinde Mattersburg bzw. vom Land Burgenland – etwa für die Agenden der Tourismusförderung bzw. der Stadtentwicklung – bekomme, wisse sie nicht. Der Obmann des Tourismusverbandes Mattersburg, Herr H***, sei zeichnungsberechtigtes Organ der KEG. Auf Grund des Paragraph 7, Gesellschaftsvertrag sei der Einfluss der Gemeinde auf die Geschäftsführung wohl als groß zu bezeichnen. Wer die laufende Gebarung der KEG bzw. den Jahresabschluss der KEG kontrolliere, wisse sie ebenfalls nicht.

DI G*** erklärte über Befragen des Vertreters der Antragstellerin, dass gegenständlich die Bestimmungen gemäß Punkt 2.2.19. dritter Absatz des Geschäftsführungsvertrages nicht eingehalten worden seien. Der Vertreter der Antragstellerin folgerte daraus, dass die Zuschlagsentscheidung der BIG auch deswegen unzulässig gewesen wäre. Mag. I*** bestritt dieses Vorbringen. Die BIG habe lediglich - nach Behauptung der Antragstellerin - zivilrechtliche Vorgaben angeblich nicht eingehalten. Aber auch dies werde bestritten. Es seien sowohl die Stadtgemeinde als auch die KEG über die Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt worden. Dies jedenfalls telefonisch von ihm selbst. Dies sei von der Gemeinde und der KEG zustimmend zur Kenntnis genommen worden.

Zum Ausscheidensgrund der mangelnden beruflichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin wurde ergänzend vorgebracht:

Über Befragen, bei wie vielen und welchen Projekten die BIG "schlechte Erfahrungen" mit der Antragstellerin gemacht habe, erklärte Mag. I***, dass dies bei ca 5-6 Projekten der Fall gewesen sei. Das konkret angesprochene Projekt Z*** sei das "schlimmste", jedenfalls aber das aktuellste Vorhaben gewesen, bei dem die Antragstellerin unzuverlässig gewesen sei. Die Vorkommnisse bei den anderen Projekten seien insgesamt nicht so gravierend gewesen, dass die BIG (bzw. früher der Bund) die Antragstellerin nicht trotzdem hätte beauftragen können. Vor allem das Projekt Z*** habe die BIG zur Einsicht gebracht, dass die berufliche Zuverlässigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei.

Geschäftsführer J*** replizierte hierauf, dass er in den letzten Jahren maximal 3-4 Projekte mit der BIG durchgeführt habe. GF J*** erklärt, dass die Antragstellerin im Zuge des Projektes Z*** keine schwere berufliche Verfehlung begangen habe. Ein Schuldeingeständnis gebe es nicht. Der Teil des Vorhabens, der ihn betreffe, sei bereits fertig gestellt. Der diesbezüglich von der Antragstellerin vorgelegte Nachtragskostenvoranschlag sei von der BIG beauftragt worden. Die Kosten der Forcierungsmaßnahmen der Antragstellerin, die aufgrund eines Fehlers der örtlichen Bauaufsicht entstanden seien, seien von der BIG nicht bezahlt worden. Diesbezüglich habe die Antragstellerin eine Klage gegen die BIG beim Bezirksgericht für Handelssachen Wien eingebracht. Weiters führte GF J*** aus, dass kein Mitarbeiter der BIG Herrn Ing. C*** angerufen habe, um ihm mitzuteilen, dass die Antragstellerin Bestbieterin sei, sondern dass dies ein Mitarbeiter des Büros F***, eines Subunternehmers des Generalplaners Architekturbüro K***, gewesen sei. Schriftliche Aufzeichnungen darüber würden aber nicht existieren.

Frau Mag. L***, BIG, gab weiters an, dass seitens der BIG keine Sachverhaltsdarstellung betreffend das Projekt Z*** an die Staatsanwaltschaft geschickt worden sei. Auch einen Zivil- oder Strafprozess gegen die Antragstellerin seitens der BIG gebe es nicht. Bei der BIG sei diesbezüglich nur die Rechtsabteilung befasst gewesen. Auch eine externe gutachterliche Stellungnahme zu möglichen beruflichen Verfehlungen der Antragstellerin im Projekt Z*** würde nicht existieren.

Zur Punktebewertung wurde ergänzend vorgebracht:

Über Befragen gab Mag. I*** an, dass in Pkt. 18.2 der Ausschreibungsunterlagen nichts zu möglichen Auf- oder Abrundungen der ermittelten Punktezahl stehe. Nach Ansicht der BIG seien für die Bestbieterermittlung "2 Stellen hinter dem Komma" noch maßgeblich. Der Rechner werfe automatisch zwei Kommastellen aus. Nach den kaufmännischen Rechnungsregeln werde ab 0,5 Punkten aufgerundet. Ein möglicher Punktegleichstand sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht berücksichtigt worden, da dies noch nie vorgekommen sei. Bei Punktegleichstand wäre der BIG prinzipiell lieber, den Auftrag an jenen Bieter zu vergeben, der eine längere Gewährleistungsfrist anbiete. Auch ohne Auf- oder Abrundung erreicht aber die B*** im Endeffekt eine - wenn auch sehr geringfügig - höhere Punkteanzahl als die Antragstellerin.

RA Mag. M*** brachte hiezu vor, dass gegenständlich die Aufrundung zu Unrecht erfolgt sei, da es sich nicht um eine kaufmännische Frage handle (bei kaufmännischer Berechnung würde aufgerundet werden ab 0,5 Punkten). Es handle sich vielmehr um eine mathematische Berechnung, bei der grundsätzlich (technisch mathematisch) abgerundet würde. Damit ergebe sich ein Punktegleichstand. Laut Gewichtung der Zuschlagskriterien habe der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht, dass es ihm vor allem um den Preis der Leistung gehe (Gewichtung Gesamtpreis 98%) und nicht vordringlich um die Verlängerung der Gewährleistungsfrist (Gewichtung 2%).

Der Vertreter der B*** bestätigte, dass die B*** 3 zusätzliche Gewährleistungsjahre angeboten habe. Diese sei auch nach der Punkteberechnung Bestbieterin.

In einer weiteren Stellungnahme der Antragstellerin vom 3.8.2007 wurde ausgeführt, dass sich aus den Ausführungen der Stadtgemeinde Mattersburg vom 2.8.2007, OZ 67, keine neuen Erkenntnisse ergeben würden.

Aufgrund der Vorbringen der Parteien, den Unterlagen des Vergabeverfahrens, den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 1. August 2007 und den am 2.8.2007 seitens der Gemeinde Mattersburg übermittelten Unterlagen, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die KEG, vertreten durch die BIG, hat das Gewerk Elektroinstallationen Anfang Mai 2007 österreichweit bekannt gemacht (siehe vorliegende Bekanntmachung). Eine EU-weite Bekanntmachung ist nicht erfolgt.

Die BIG ist gemäß Geschäftsführungsvertrag vergebende Stelle für die KEG.

Präambel

[...].

In Punkt IV der vorerwähnten Vereinbarung ist vorgesehen, dass die Stadtgemeinde Mattersburg die BIG zur Durchführung der Planung und Abwicklung des Bauvorhabens bestellt, wobei die BIG im Namen und auf Rechnung der Mattersburger Stadtentwicklungs KEG tätig wird. In Punkt römisch vier der vorerwähnten Vereinbarung ist vorgesehen, dass die Stadtgemeinde Mattersburg die BIG zur Durchführung der Planung und Abwicklung des Bauvorhabens bestellt, wobei die BIG im Namen und auf Rechnung der Mattersburger Stadtentwicklungs KEG tätig wird.

Nunmehr hat die Stadtgemeinde Mattersburg die Liegenschaft EZ 3695 durch Mietvertrag vom 27.03.2007 an die Mattersburger Stadtentwicklungs KEG vermietet. Die Mattersburger Stadtentwicklungs KEG tritt daher in alle Rechte und Pflichten dieser Vereinbarung ein.

Die Vertragsparteien treffen daher folgende Vereinbarungen:

1. Vertragsgegenstand

Der AG überträgt und der AN übernimmt die im gegenständlichen Vertrag näher beschriebenen Leistungen für die Erweiterung und Sanierung der HAK/HAS Mattersburg, im Nachstehenden kurz "Bauvorhaben" genannt, auf den Grundstücken Nr, 90, 92 und 87/2 EZ 3695, je KG 30109 Mattersburg.

[...].

2.2. Geschäftsführungsleistungen:

2.2.19. Vergabe der Bauleistungen wie folgt:

-[...]

-[...]

- -Strichaufzählung

Sollte der vom Generalplaner ermittelte Bestbieter nicht der Mindestbieter sein, ist der AN (Anm: BIG) verpflichtet, unter Anführung der seiner Ansicht nach maßgeblichen Gründe, die nach den zu beachtenden Vertragsbestimmungen für die Bestbieterermittlung maßgebend sind, und unter Vorlage der zur Prüfung erforderlichen Unterlagen beim AG (Anm.: KEG) seine Zustimmung zur beabsichtigten Vergabe zu beantragen. Sollte der vom Generalplaner ermittelte Bestbieter nicht der Mindestbieter sein, ist der AN (Anmerkung, BIG) verpflichtet, unter Anführung der seiner Ansicht nach maßgeblichen Gründe, die nach den zu beachtenden Vertragsbestimmungen für die Bestbieterermittlung maßgebend sind, und unter Vorlage der zur Prüfung erforderlichen Unterlagen beim AG (Anmerkung, KEG) seine Zustimmung zur beabsichtigten Vergabe zu beantragen.

1. 9. Ziffer 9

Finanzierung

9.1. Inanspruchnahme:

Der gesamte finanzielle Aufwand für die Erweiterung und Sanierung der HAK/HAS Mattersburg wird vom Bund zu 7/10 Anteilen und von der Mattersburger Stadtentwicklungs KEG zu 3/10 Anteilen übernommen. Die Finanzierung wird der AN bis zum Betrag der Bruttoanschaffungskosten gemäß Beilage ./1 zur Verfügung stellen und kann in mehreren Tranchen gemäß Fälligkeit der für die in Punkt 3.6. aufgezählten Leistungen, zuzüglich des Honorars gemäß Pkt. 3.4.1, gelegten Rechnungen In Anspruch genommen werden. [...].

Der vorn AN ausgelegte gesamte Bruttobetrag gemäß Pkt. 3.6., zuzüglich des Honorars

gemäß Pkt. 3.4.1, wird wie folgt verrechnet:

[...]

Gemäß Punkt 2.2.19. Abs 3 des Geschäftsführungsvertrages hat also die BIG – sollte der vom Generalplaner ermittelte Bestbieter nicht Mindestbieter sein – bei der KEG, unter Anführung der ihrer Meinung nach maßgeblichen Gründe, die Zustimmung zur Vergabe zu beantragen. DI G***, BIG, gab an, dass dies nicht geschehen sei. Mag. I***, BIG, erklärte hingegen, dass er selbst telefonisch sowohl die Gemeinde Mattersburg als auch die KEG darüber informiert habe. Mangels Vorhandensein schriftlicher Aufzeichnungen hierüber konnte nicht festgestellt werden, ob die BIG diese Bestimmung eingehalten hat oder nicht. Gemäß Punkt 2.2.19. Absatz 3, des Geschäftsführungsvertrages hat also die BIG – sollte der vom Generalplaner ermittelte Bestbieter nicht Mindestbieter sein – bei der KEG, unter Anführung der ihrer Meinung nach maßgeblichen Gründe, die Zustimmung zur Vergabe zu beantragen. DI G***, BIG, gab an, dass dies nicht geschehen sei. Mag. I***, BIG, erklärte hingegen, dass er selbst telefonisch sowohl die Gemeinde Mattersburg als auch die KEG darüber informiert habe. Mangels Vorhandensein schriftlicher Aufzeichnungen hierüber konnte nicht festgestellt werden, ob die BIG diese Bestimmung eingehalten hat oder nicht.

Der geschätzte Auftragswert des Gewerks Elektroinstallationen, das Teil eines Gesamtvorhabens ist, beträgt Euro 522.250,-- ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf Euro 5,4 Mio. netto (vgl. Resümeeprotokollseite Kostenaufteilung und die diesbezüglichen übereinstimmenden Angaben der Parteien in der mündlichen Verhandlung; Verhandlungsschrift Seite 4). Die Lose Baumeisterarbeiten, Gründungssanierung, Heizung – Lüftung – Sanitär sowie Trockenausbauarbeiten sind bereits vergeben worden (vgl. die diesbezüglichen Angaben des DI G***, BIG, in der mündlichen Verhandlung). Der geschätzte Auftragswert des Gewerks Elektroinstallationen, das Teil eines Gesamtvorhabens ist, beträgt Euro 522.250,-- ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf Euro 5,4 Mio. netto vergleiche Resümeeprotokollseite Kostenaufteilung und die diesbezüglichen übereinstimmenden Angaben der Parteien in der mündlichen Verhandlung; Verhandlungsschrift Seite 4). Die Lose Baumeisterarbeiten, Gründungssanierung, Heizung – Lüftung – Sanitär sowie Trockenausbauarbeiten sind bereits vergeben worden vergleiche die diesbezüglichen Angaben des DI G***, BIG, in der mündlichen Verhandlung).

Die Stadtgemeinde Mattersburg ist Eigentümerin der gegenständlich relevanten Liegenschaft bzw des darauf befindlichen Schulgebäudes. Das Gebäude wird vom Bund (BHAS/BHAK) und von der Gemeinde (Poly) genutzt. Die vom Bund genutzte Fläche beträgt ca 70% der Gebäudefläche. Seit 1.3.2007 ist die KEG Mieterin des Gebäudes.

Es sind insgesamt 6 Angebote eingelangt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 24.5.2007. Die Angebote der N*** und der O*** wurden ausgeschieden (vgl Prüfbericht der F*** vom 18.6.2007). Das (im Zuge der Angebotsprüfung nicht ausgeschiedene) Angebot der A*** belief sich auf einen Netto-Angebotspreis von Euro 457.774,86. Der Angebotspreis der B*** belief sich auf Euro 458.591,85 netto. Es sind insgesamt 6 Angebote eingelangt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 24.5.2007. Die Angebote der N*** und der O*** wurden ausgeschieden vergleiche Prüfbericht der F*** vom 18.6.2007). Das (im Zuge der Angebotsprüfung nicht ausgeschiedene) Angebot der A*** belief sich auf einen Netto-Angebotspreis von Euro 457.774,86. Der Angebotspreis der B*** belief sich auf Euro 458.591,85 netto.

Als Zuschlagskriterien sind in Punkt 18.2. der Ausschreibung genannt:

Im Falle der Auftragserteilung nach dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gelten für diese im Zuge der Angebotsprüfung nicht ausgeschiedenen Angebote nachstehende [...]

Kriterien:

1. 1.Ziffer eins

Gesamtpreis Gewichtung 98%

Anmerkung: Die Bewertung des Gesamtpreises erfolgt mittels nachstehender Formel:

Gewichtete Punkteermittlung = (Gesamtpreis des nicht ausgeschiedenen Billigstbieters) : (Gesamtpreis des jeweiligen Bieters) x (100) x (Gewichtung)

1. 4.Ziffer 4

Angebotene Gewährleistungsfristen Gewichtung 2%

Anmerkung: Die Bewertung der angebotenen Gewährleistungsfrist(en) erfolgt mittels nachstehender Formel:

Mindestgewährleistungsfrist: 73 Punkte

Pro angebotenem zusätzlichen Gewährleistungsjahr:

+ 9 Punkte (maximal + 27 Punkte *)-

Gewichtete Punkteermittlung = (jeweilige Gesamtpunktezah) x (Gewichtung)

Gemäß der in Punkt 18.2. festgelegten Formel zur Punkteberechnung erhielt die Antragstellerin für den billigsten Preis gewichtete 98 Punkte, die präsumtive Zuschlagsempfängerin gewichtete 97,83 Punkte (vgl. Prüfbericht der F*** vom 18.6.2007). Die exakte Punktezah der B*** für den Angebotspreis beläuft sich ohne Aufrundung auf 97,8254 Punkte. Gemäß der in Punkt 18.2. festgelegten Formel zur Punkteberechnung erhielt die Antragstellerin für den billigsten Preis gewichtete 98 Punkte, die präsumtive Zuschlagsempfängerin gewichtete 97,83 Punkte vergleiche Prüfbericht der F*** vom 18.6.2007). Die exakte Punktezah der B*** für den Angebotspreis beläuft sich ohne Aufrundung auf 97,8254 Punkte.

Für die 2 zusätzlich angebotenen Gewährleistungsjahre erhielt die Antragstellerin gewichtete 1,82 Punkte, die B*** für die von ihr angebotenen zusätzlichen 3 Gewährleistungsjahre, gewichtete 2,00 Punkte.

In Summe erhielt die Antragstellerin gewichtete 99,82 Punkte, die B*** gewichtet 99,83 Punkte. Die exakte Punktezah

der B*** ohne Aufrundung beläuft sich auf 99,8254 Punkte.

Zur Punktebewertung:

Zur Möglichkeit einer Auf- oder Abrundung der - nach der oben genannten Formel ermittelten Punktezah der Bieter - ist den Ausschreibungsunterlagen nichts zu entnehmen. Auch die Vorgangsweise im Fall eines Punktegleichstandes ist nicht geregelt (siehe Ausschreibungsunterlagen Punkt 18.2. und die dies bestätigenden Angaben des Mag. I*** in der mündlichen Verhandlung). Auch ohne die vorgenommene Aufrundung erreicht die B*** eine geringfügig höhere Punktezah als das Angebot der Antragstellerin (siehe oben). Von einem Punktegleichstand – wie von der Antragstellerin behauptet – ist daher nicht auszugehen.

Die B*** wurde als Bestbieterin ermittelt und lautete der Vergabevorschlag in der Folge auch auf deren Angebot. Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern seitens der Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen Region NÖ, OÖ, Bgld mit Telefax vom 21. Juni 2007 mitgeteilt.

Zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin:

Der Antragstellerin wurde mit Telefax vom 21.6.2007 Folgendes mitgeteilt:

Ihr Angebot konnte bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden, da es leider gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 auszuscheiden war, weil die Prüfung der Eignung Ihres Unternehmens ergeben hat, dass es an der erforderlichen beruflichen Zuverlässigkeit mangelt. Für die Beurteilung war das aus früheren Vergabeverfahren stammende Wissen über das Vorliegen von die Zuverlässigkeit des Unternehmens ausschließenden Umständen, wie insbesondere wiederholte gröbliche Ihr Angebot konnte bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden, da es leider gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuscheiden war, weil die Prüfung der Eignung Ihres Unternehmens ergeben hat, dass es an der erforderlichen beruflichen Zuverlässigkeit mangelt. Für die Beurteilung war das aus früheren Vergabeverfahren stammende Wissen über das Vorliegen von die Zuverlässigkeit des Unternehmens ausschließenden Umständen, wie insbesondere wiederholte gröbliche

Vertragsverstöße, ausschlaggebend.

Nach Angaben des Vertreters der BIG in der mündlichen Verhandlung haben (allein) die Vorkommnisse beim Projekt Z*** zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren geführt. Die behaupteten Vorkommnisse bei früheren Projekten waren dafür nicht ausschlaggebend. Die Vorkommnisse beim Projekt Z*** haben die BIG auch nicht dazu veranlasst, eine Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft zu übermitteln. Auch ist seitens der BIG kein Zivil- oder Strafprozess gegen die Antragstellerin anhängig gemacht worden. Ebenso wenig liegt eine unabhängige gutachterliche Stellungnahme zu den behaupteten beruflichen Verfehlungen der Antragstellerin beim Projekt Z*** vor (siehe die diesbezüglichen Angaben der Vertreter der BIG in der mündlichen Verhandlung).

Der die Antragstellerin betreffende Teil des Projektes Z*** ist mittlerweile fertig gestellt. Der diesbezüglich von der Antragstellerin vorgelegte Nachtragskostenvoranschlag ist von der BIG beauftragt worden. Die Kosten für die notwendig gewordenen Forcierungsmaßnahmen wurden von der BIG noch nicht bezahlt. Diesbezüglich hat die Antragstellerin Klage gegen die BIG beim BG für Handelssachen Wien eingebracht (vgl. zu alledem die diesbezüglichen unwidersprochen gebliebenen Angaben des GF J*** in der mündlichen Verhandlung). GF J*** bestreitet das Vorliegen einer schweren beruflichen Verfehlung der Antragstellerin beim Projekt Z***. Der die Antragstellerin betreffende Teil des Projektes Z*** ist mittlerweile fertig gestellt. Der diesbezüglich von der Antragstellerin vorgelegte Nachtragskostenvoranschlag ist von der BIG beauftragt worden. Die Kosten für die notwendig gewordenen Forcierungsmaßnahmen wurden von der BIG noch nicht bezahlt. Diesbezüglich hat die Antragstellerin Klage gegen die BIG beim BG für Handelssachen Wien eingebracht vergleiche zu alledem die diesbezüglichen unwidersprochen gebliebenen Angaben des GF J*** in der mündlichen Verhandlung). GF J*** bestreitet das Vorliegen einer schweren beruflichen Verfehlung der Antragstellerin beim Projekt Z***.

Zur Auftraggebereigenschaft:

In der Vergabebekanntmachung vom 4.5.2007 scheint unter Abschnitt

I: "Öffentlicher Auftraggeber", Punkt I.1 "Name, Adresse und Kontaktstellen", auf: "Öffentlicher Auftraggeber", Punkt römisch eins.1 "Name, Adresse und Kontaktstellen", auf:

Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg, vertreten durch die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen und Bauen Region NÖ, OÖ, Bgld.

Unter Punkt I.2. "Art des öffentlichen Auftraggebers" war das Kästchen Sonstiges angekreuzt. Der Text daneben lautet: Unter Punkt römisch eins.2. "Art des öffentlichen Auftraggebers" war das Kästchen Sonstiges angekreuzt. Der Text daneben lautet:

Bundesimmobiliengesellschaft mbH

Unter Punkt VI.4.1. "Zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren" war genannt: Bundesvergabeamt. Unter Punkt römisch sechs.4.1. "Zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren" war genannt: Bundesvergabeamt.

Die Nennung der BIG als Auftraggeber in Punkt I.2. bzw des Bundesvergabeamtes als nachprüfende Stelle in Punkt VI.4.1. der Bekanntmachung beruhen auf einem Irrtum des Sekretariats der BIG (vgl die diesbezüglichen Angaben des Mag. I*** in der mündlichen Verhandlung). Die Nennung der BIG als Auftraggeber in Punkt römisch eins.2. bzw des Bundesvergabeamtes als nachprüfende Stelle in Punkt römisch sechs.4.1. der Bekanntmachung beruhen auf einem Irrtum des Sekretariats der BIG vergleiche die diesbezüglichen Angaben des Mag. I*** in der mündlichen Verhandlung).

In den Ausschreibungsunterlagen (Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen Fassung vom 1.2.2006) ist als Auftraggeber genannt:

Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg, 7210 Mattersburg, Brunnenplatz 4. Vertreten durch:

Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen Region NÖ, OÖ, Bgld, 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 1.

In Punkt 20. der Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen Fassung vom 1.2.2006 ("Erklärung betreffend die zuständige Vergabekontrollbehörde") ist Folgendes festgehalten:

Ist Auftraggeber dieser Ausschreibung die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, einer der zentralen öffentlichen Auftraggeber gemäß Anhang V Bundesvergabegesetz 2006 oder ein diesen zuordenbarer Rechtsträger bzw eine diesen zuordenbare nachgeordnete Dienststelle, hält der Auftraggeber dieser Ausschreibung fest, dass zuständige Vergabekontrollbehörde das Bundesvergabeamt (BVA) ist. Ist Auftraggeber dieser Ausschreibung die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, einer der zentralen öffentlichen Auftraggeber gemäß Anhang römisch fünf Bundesvergabegesetz 2006 oder ein diesen zuordenbarer Rechtsträger bzw eine diesen zuordenbare nachgeordnete Dienststelle, hält der Auftraggeber dieser Ausschreibung fest, dass zuständige Vergabekontrollbehörde das Bundesvergabeamt (BVA) ist.

Ist Auftraggeber dieser Ausschreibung eine Gebietskörperschaft Land oder Gemeinde oder ein diesen zuordenbarer Rechtsträger bzw eine diesen zuordenbare nachgeordnete Dienststelle, hält der Auftraggeber dieser Ausschreibung fest, dass zuständige Vergabekontrollbehörde für Ausschreibungen im Bereich der Länder Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Steiermark, Tirol und Vorarlberg der jeweilig zuständige Unabhängige Verwaltungssenat (UVS), für Ausschreibungen im Bereich der Länder Salzburg und Wien der jeweils zuständige Vergabekontrollsenat (VKS) ist.

Gemäß "Angebotsschreiben" ist Auftraggeber: Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg, 7210 Mattersburg, Brunnenplatz 4. Vertreten durch:

Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen Region NÖ, OÖ, Bgld, 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 1.

Die KEG wird zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers, nicht etwa der Bund, die BIG oder die Stadtgemeinde Mattersburg. Die Angaben der Vertreterin der KEG (und der Stadtgemeinde Mattersburg), DI E***, in der mündlichen Verhandlung (siehe Verhandlungsschrift Seite 3), dass Auftraggeber die KEG sei, wurden vom Vertreter der BIG, Mag. I***, indirekt bestätigt, indem er ausgeführt hat, dass weder der Bund noch die BIG Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens seien. Auch der Vertreter des Bundes, D***, hat verneint, dass der Bund zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers und damit Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist.

Es haben sich auch keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die KEG den gegenständlichen Auftrag etwa im Namen des Bundes, der BIG oder der Stadtgemeinde Mattersburg zu vergeben beabsichtigt. Diesbezüglich hat auch die

Vertreterin der KEG in der mündlichen Verhandlung glaubhaft versichert, dass es keine Vereinbarung gebe, dass die KEG etwa im Namen des Bundes tätig würde. Auch D*** erklärte, dass ihm nur der 4. Nachtrag und der Geschäftsführungsvertrag bekannt seien.

Der Bund übernimmt – dem Anteil seiner Gebäudenutzung entsprechend – 70% der Kosten des Gesamtvorhabens. In der Folge zahlt der Bund nur mehr die anteiligen Betriebskosten. Geregelt ist die Vorgangsweise im sog. 4. Nachtrag vom 27.3.2007, abgeschlossen zwischen dem Bund und der Stadtgemeinde Mattersburg unter Beitritt der BIG und der KEG.

Aus dem 4. Nachtrag ergibt sich Folgendes:

Die Stadt ist Eigentümer der Liegenschaft EZ 3695 der KG Mattersburg samt den darauf befindlichen Objekten. Mit Vereinbarung vom 21.03.1975/10.04.1975 in der Fassung des 1. Nachtrages vom 6./9.04.1984,

1. 2.Ziffer 2
Nachtrages vom 7.7./18.7.1988
2. 3.Ziffer 3
Nachtrages vom 4.7/28.11.1990

zwischen dem Bund und der Stadt ist dem Bund das unentgeltliche Gebrauchsrecht (Fruchtgenuss gemäß § 509 ff. ABGB) an Objekt und Liegenschaft auf Bestandsdauer eingeräumt worden. Mit Mietvertrag vom 27.03.2007 hat die Stadt das gegenständliche Objekt an die KEG vermietet. Die KEG übernimmt somit uneingeschränkt alle Rechte und Pflichten der Stadt, somit auch die oben angeführten Vereinbarungen. zwischen dem Bund und der Stadt ist dem Bund das unentgeltliche Gebrauchsrecht (Fruchtgenuss gemäß Paragraph 509, ff. ABGB) an Objekt und Liegenschaft auf Bestandsdauer eingeräumt worden. Mit Mietvertrag vom 27.03.2007 hat die Stadt das gegenständliche Objekt an die KEG vermietet. Die KEG übernimmt somit uneingeschränkt alle Rechte und Pflichten der Stadt, somit auch die oben angeführten Vereinbarungen.

Durch die Ausweitung der Schulorganisation (BHAK/BHAS) ist ein Ausbau des Schulgebäudes und durch die derzeit bestehende Gebäudestruktur sowie der vorhandenen baulichen Mängel ist eine Verbesserung im funktionellen Standard und im räumlichen Zusammenhang des Raumangebotes notwendig.

Die Stadt erweitert und adaptiert das vertragsgegenständliche Schulgebäude der BHAK/BHAS gemäß dem vom Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur im Einvernehmen mit dem Landesschulrat für Burgenland genehmigten Raum- und Funktionsprogramm, samt genehmigten Entwurfplänen.

Zur Abwicklung und Finanzierung des beschriebenen Bauvorhabens vereinbarten Stadt und Bund:

1. a)Litera a
Abschluss einer Vereinbarung über die Erstellung von Kalkulationsgrundlagen (Planungsvereinbarung),
2. b)Litera b
Abschluss eines Geschäftsführungsvertrages,

abgeschlossen zwischen der Stadt und der Bundesimmobiliengesellschaft mbH unter Beitritt des Bundes, zur Beauftragung der BIG mit der Abwicklung und Vorfinanzierung des Bauvorhabens am 27.03.2007 unter Beitritt des Bundes.

1. c)Litera c
Abschluss eines Vertrages zur Bestellung eines Prüfenieurs, abgeschlossen zwischen dem Bund und dem zu bestellenden Prüfenieur.

Festgehalten wird weiters, dass dem Bund ein unentgeltliches Gebrauchsrecht (Fruchtgenuss gemäß § 509 ff ABGB) am Objekt und Liegenschaft auf Bestandsdauer eingeräumt wurde. Die Stadt räumt dem Bund hiermit weiterhin das unentgeltliche Gebrauchsrecht (hinsichtlich der weiteren Nutzung - Fruchtgenuss gemäß § 509 ff ABGB) an den sanierten, adaptierten und neu gebauten Objekten samt Liegenschaft auf Bestandsdauer dieses bzw. einem dem ersteren allenfalls nachfolgenden Objekt ab dem Jahr des Vertragsabschlusses ein. Der Bund nimmt diese Rechtseinräumung an. Bei der Planung und Baudurchführung ist nachstehendes Verfahren einzuhalten: Festgehalten wird weiters, dass dem Bund ein unentgeltliches Gebrauchsrecht (Fruchtgenuss gemäß Paragraph 509, ff ABGB) am Objekt und Liegenschaft auf Bestandsdauer eingeräumt wurde. Die Stadt räumt dem Bund hiermit weiterhin das unentgeltliche Gebrauchsrecht (hinsichtlich der weiteren Nutzung - Fruchtgenuss gemäß Paragraph 509, ff ABGB) an den sanierten, adaptierten und neu gebauten Objekten samt Liegenschaft auf Bestandsdauer dieses bzw. einem dem

ersteren allenfalls nachfolgenden Objekt ab dem Jahr des Vertragsabschlusses ein. Der Bund nimmt diese Rechtseinräumung an. Bei der Planung und Baudurchführung ist nachstehendes Verfahren einzuhalten:

1. 1.Ziffer eins

Alle Vergaben haben unter Beachtung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes sowie der anerkannten Regeln der Bautechnik zu erfolgen.

2. 2.Ziffer 2

1. a)Litera a

Das Raum- und Funktionsprogramm wird vom Bund bekannt gegeben und ist der Planung zu Grunde zu legen.

2. b)Litera b

Die Durchführung des Planungsverfahrens sowie die Freigabe der einzelnen Planungsleistungen (Auswahl/Verhandlungsverfahren – Vorentwurfs- und Entwurfsplanung samt Baubeschreibung und Kostenschätzung sowie Sonderprojekte) sind an die Zustimmung des Bundes gebunden.

Die Bruttoerrichtungskosten gemäß ÖNORM B 1801-1 der beschriebenen Baumaßnahmen, werden auf der Grundlage der Kostenaufstellung der Gesellschaft vom 16.02.2007 mit

Euro 7,106.473,05 (Brutto Anschaffungskosten)

als nicht überschreitbarem Höchstbetrag festgelegt. Kostenerhöhungen, die den oben vorgegebenen Kostenrahmen übersteigen, bedürfen jedenfalls einer schriftlichen Zustimmung des Bundes.

Der Bund verpflichtet sich, für die Einräumung des Fruchtgenussrechtes gemäß Punkt IV/2 der Stadt die Aufwendungen der beschriebenen Baumaßnahmen dieses Vertrages durch Leistung eines Fruchtgenussentgeltes zu ersetzen, das wie folgt zu berechnen ist:

Die Vertragsparteien vereinbaren, dass die von der Bundesimmobiliengesellschaft mbH vorgelegte und vom Prüfenieur des Bundes bestätigte bzw. geprüfte Schlussrechnung über die Errichtung des gegenständlichen Bauvorhabens nach schriftlicher Anerkennung der Bruttoerrichtungskosten der Schlussrechnung durch die Stadt, dem Landesschulrat für Burgenland und dem bm:bwk bis zum Höchstbetrag gemäß Punkt VI dieser Vereinbarung als Basis für die Entgeltleistung des Bundes heranzuziehen ist. Die Vertragsparteien vereinbaren, dass die von der Bundesimmobiliengesellschaft mbH vorgelegte und vom Prüfenieur des Bundes bestätigte bzw. geprüfte Schlussrechnung über die Errichtung des gegenständlichen Bauvorhabens nach schriftlicher Anerkennung der Bruttoerrichtungskosten der Schlussrechnung durch die Stadt, dem Landesschulrat für Burgenland und dem bm:bwk bis zum Höchstbetrag gemäß Punkt römisch sechs dieser Vereinbarung als Basis für die Entgeltleistung des Bundes heranzuziehen ist.

Der Bund wird also 70% dieses Betrages in Raten innerhalb von 10 Jahren, gemäß den Bedingungen und Konditionen des zwischen der Mattersburger Stadtentwicklungs-KEG, der Bundesimmobiliengesellschaft mbH, unter Beitritt des Bundes, abgeschlossenen Geschäftsführervertrages vom 27.03.2007 mit schuldbefreiender Wirkung für die Stadt über deren Aufforderung auf ein Konto der Bundesimmobiliengesellschaft (BIG) einzahlen. Nach Maßgabe der budgetären Situation hat der Bund auch das Recht, baufortschrittskonforme Zahlungen zu leisten.

[...]

Dieser Vertrag wurde vom Gemeinderat der Stadtgemeinde Mattersburg in der Sitzung am 27.03.2007 beschlossen.

Aus dem "Resümeeprotokoll Kostenaufteilung" ergibt sich Folgendes:

C. Kosten und deren Aufteilung:

Auf Basis eines ersten groben Kostenrahmens ist mit Nettobaukosten zu rechnen für:

Sanierung Poly Euro 1.040.000,-

Sanierung Bundesschule Euro 1.960.000,-

Erweiterung Bundesschule Euro 850.000,-

Sanierung Turnsaal Euro 1.000.000,-

Statische Gebäudesanierung Euro 550.000,-

Insgesamt sind für das Vorhaben 5,4 Mio. Nettobaukosten zu veranschlagen.

Zur Aufteilung der Kosten wurde vereinbart:

1. 1.Ziffer eins

Die Kosten der Erweiterung werden vom Bund getragen.

2. 2.Ziffer 2

Es besteht Einvernehmen, dass für die Sanierung der Bestandsflächen Bund und Gemeinde jeweils für die von ihnen genutzten Flächen die konkret ermittelbaren Kosten tragen.

3. 3.Ziffer 3

Die Kosten der Allgemeinflächensanierung bzw. nicht zuordenbare Allgemeinkosten sind nach dem Flächenschlüssel zu tragen, der

sich aus der derzeitigen alleinigen Nutzung Bundesschule zu

Gemeindeschule (ohne Sonderschule) ergibt. Dieser Flächenschlüssel wird auch für Kosten der statischen

Gebäudesanierung herangezogen.

Zum Turnsaalbereich weist der Bund auf die Bereitstellungsverpflichtung der Gemeinde hin. Für den Fall, dass die Gemeinde eine Sanierung vorsieht, wird sich der Bund einer finanziellen Beteiligung nicht verschließen können. Eine Sanierung kann nur unterstützt werden, wenn die Gemeinde an der kooperativen Nutzung festhält. Es wird vereinbart, dass durch den LSR der Benützungsplan (Bund/Gemeinde) der letzten 3 Schuljahre erhoben und bekannt gegeben wird.

Der Bund übernimmt, seinem Nutzungsanteil entsprechend, 70% der in der Resümeeprotokollseite Kostenaufteilung genannten Euro 5,4 Mio Nettobaukosten (vgl die diesbezüglichen Angaben des Mag. D***; Verhandlungsschrift Seite 4). Dies wird auch von DI E*** bestätigt, die weiters angibt, dass die restlichen 30% der Nettobaukosten von der KEG – und nicht etwa von der Stadtgemeinde Mattersburg - getragen werden (Verhandlungsschrift Seite 4). Der Bund übernimmt, seinem Nutzungsanteil entsprechend, 70% der in der Resümeeprotokollseite Kostenaufteilung genannten Euro 5,4 Mio Nettobaukosten vergleiche die diesbezüglichen Angaben des Mag. D***; Verhandlungsschrift Seite 4). Dies wird auch von DI E*** bestätigt, die weiters angibt, dass die restlichen 30% der Nettobaukosten von der KEG – und nicht etwa von der Stadtgemeinde Mattersburg - getragen werden (Verhandlungsschrift Seite 4).

Zur KEG:

Laut Gesellschaftsvertrag vom 23.4.2001, abgeschlossen zwischen 1. dem Tourismusverband Mattersburg und 2. der Stadtgemeinde Mattersburg, schließen sich diese zu einer Kommanditerwerbsgesellschaft unter der Firma "Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg" zusammen.

Unternehmensgegenstand der KEG ist gemäß § 3 des Gesellschaftsvertrages: Unternehmensgegenstand der KEG ist gemäß Paragraph 3, des Gesellschaftsvertrages:

- -Strichaufzählung
die Förderung des Tourismus in Mattersburg
- -Strichaufzählung
der Ankauf, die Errichtung, die Vermietung und Verpachtung von Liegenschaften und Gebäuden
- -Strichaufzählung
der Ankauf und die Vermietung von beweglichen Investitionsgütern
- -Strichaufzählung
die Durchführung und Finanzierung von infrastrukturellen Maßnahmen in der Stadt Mattersburg, somit grundsätzlich die Ergreifung von Maßnahmen zur Stadtentwicklung
- -Strichaufzählung
das Eingehen von Beteiligungen.

Gemäß § 5 des Gesellschaftsvertrages ist der Tourismusverband Mattersburg persönlich haftender Gesellschafter. Der

Stadtgemeinde Mattersburg kommt die Stellung eines Kommanditisten zu. [...].Gemäß Paragraph 5, des Gesellschaftsvertrages ist der Tourismusverband Mattersburg persönlich haftender Gesellschafter. Der Stadtgemeinde Mattersburg kommt die Stellung eines Kommanditisten zu. [...].

Gemäß § 7 Abs 1 des Gesellschaftsvertrages obliegen die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft dem persönlich haftenden Gesellschafter (Anm: dem Tourismusverband Mattersburg). Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen, bedürfen im Innenverhältnis jedenfalls der Zustimmung des Kommanditisten. Als solche außerordentlichen Handlungen gelten:Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, des Gesellschaftsvertrages obliegen die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft dem persönlich haftenden Gesellschafter Anmerkung, dem Tourismusverband Mattersburg). Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen, bedürfen im Innenverhältnis jedenfalls der Zustimmung des Kommanditisten. Als solche außerordentlichen Handlungen gelten:

1. a)Litera a
Erwerb, Errichtung, Veräußerung und Belastung von Immobilien und Verpflichtungsgeschäften mit solchem oder ähnlichem Inhalt;
2. b)Litera b
Abschluss und Verlängerung von Miet- und Pachtverträgen über Liegenschaften;

[...]

1. e)Litera e
Entscheidungen über die Verwendung des Reingewinnes;

[...]

1. h)Litera h
Investitionen in Projekte, die jeweils einzeln oder insgesamt Euro 3.500,-- übersteigen;

[...]

1. j)Litera j
die Aufnahme von Darlehen und Krediten in einer Euro 3.500,-- übersteigenden Höhe;
2. k)Litera k
Eingehen von Dauerschuldverhältnissen aller Art, insbesondere Abschluss von Leasingverträgen

Gemäß § 7 Abs 3 ist die Gemeinde berechtigt, vom Komplementär Bericht über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände einzusehen und zu prüfen [...].Gemäß Paragraph 7, Absatz 3, ist die Gemeinde berechtigt, vom Komplementär Bericht über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände einzusehen und zu prüfen [...].

Gemäß § 12 Abs 3 sind die Gesellschafter innerhalb des Geschäftsjahres in regelmäßigen Abständen schriftlich oder mündlich über die Geschäftsentwicklung und die Finanzlage zu unterrichten. Nach Abs 4 hat, wenn Grund zu der Annahme unzuverlässiger Geschäftsführung besteht, jeder Gesellschafter das Recht, den Jahresabschluss und die erforderlichen Buchungsbelege von einem Wirtschaftstreuhänder [...] prüfen zu lassen.Gemäß Paragraph 12, Absatz 3, sind die Gesellschafter innerhalb des Geschäftsjahres in regelmäßigen Abständen schriftlich oder mündlich über die Geschäftsentwicklung und die Finanzlage zu unterrichten. Nach Absatz 4, hat, wenn Grund zu der Annahme unzuverlässiger Geschäftsführung besteht, jeder Gesellschafter das Recht, den Jahresabschluss und die erforderlichen Buchungsbelege von einem Wirtschaftstreuhänder [...] prüfen zu lassen.

Gemäß § 13 gebührt vom Jahresgewinn dem persönlich haftenden Gesellschafter ein Anteil von 5% und dem Kommanditisten ein Anteil von 95%. Ebenso ist ein allfälliger Verlust aufzuteilen.Gemäß Paragraph 13, gebührt vom Jahresgewinn dem persönlich haftenden Gesellschafter ein Anteil von 5% und dem Kommanditisten ein Anteil von 95%. Ebenso ist ein allfälliger Verlust aufzuteilen.

Die KEG hat in den letzten Jahren einen operativen Verlust gemacht. Die KEG erhält weder vom Bund noch vom Land Burgenland Subventionen. Auch die Gemeinde Mattersburg gewährt keine Subventionen idS, jedoch werden die Verluste der KEG durch Zuwendungen der Stadtgemeinde Mattersburg abgedeckt. Aufgrund interner Richtlinien obliegt die Gebarungskontrolle der Aufsichtsbehörde. Nicht zuletzt unterliegt die KEG einer Prüfung durch den

Prüfungsausschuss des Gemeinderates. Desgleichen gilt bezüglich der Jahresgebarung (vgl OZ 67). Die KEG hat in den letzten Jahren einen operativen Verlust gemacht. Die KEG erhält weder vom Bund noch vom Land Burgenland Subventionen. Auch die Gemeinde Mattersburg gewährt keine Subventionen idS, jedoch werden die Verluste der KEG durch Zuwendungen der Stadtgemeinde Mattersburg abgedeckt. Aufgrund interner Richtlinien obliegt die Gebarungskontrolle der Aufsichtsbehörde. Nicht zuletzt unterliegt die KEG einer Prüfung durch den Prüfungsausschuss des Gemeinderates. Desgleichen gilt bezüglich der Jahresgebarung vergleiche OZ 67).

Zum Tourismusverband Mattersburg:

Aus dem Burgenländischen Tourismusgesetz ergibt sich Folgendes:

Gemäß § 3 sind Tourismusverbände Körperschaften öffentlichen Rechts. Gemäß § 4 leg.cit. sind die Organe des örtlichen Tourismusverbandes die Vollversammlung, der Vorstand, der Obmann(stellvertreter) und 2 Rechnungsprüfer. Der Vorstand, der Obmann(stellvertreter) und die 2 Rechnungsprüfer werden auf die Dauer von 5 Jahren gewählt. Gemäß Paragraph 3, sind Tourismusverbände Körperschaften öffentlichen Rechts. Gemäß Paragraph 4, leg.cit. sind die Organe des örtlichen Tourismusverbandes die Vollversammlung, der Vorstand, der Obmann(stellvertreter) und 2 Rechnungsprüfer. Der Vorstand, der Obmann(stellvertreter) und die 2 Rechnungsprüfer werden auf die Dauer von 5 Jahren gewählt.

Nach § 5 besteht die Vollversammlung aus sämtlichen, den örtlichen Tourismusverband bildenden Unternehmern, den freiwilligen Mitgliedern und den drei von der Gemeinde entsendeten Vorstandsmitgliedern (§ 6 Abs 1). Die entsendeten Vorstandsmitglieder [...] sind jedoch bei der Wahl der übrigen Vorstandsmitglieder nicht stimmberechtigt. Der Vollversammlung obliegt u.a. die Wahl der Vorstandsmitglieder und der beiden Rechnungsprüfer. Der Vorstand besteht gemäß § 6 Abs 1 aus sieben stimmberechtigten Mitgliedern, wobei 4 von der Vollversammlung gewählt werden und 3 [...] von der Gemeinde entsendet werden. Nach Paragraph 5, besteht die Vollversammlung aus sämtlichen, den örtlichen Tourismusverband bildenden Unternehmern, den freiwilligen Mitgliedern und den drei von der Gemeinde entsendeten Vorstandsmitgliedern (Paragraph 6, Absatz eins,). Die entsendeten Vorstandsmitglieder [...] sind jedoch bei der Wahl der übrigen Vorstandsmitglieder nicht stimmberechtigt. Der Vollversammlung obliegt u.a. die Wahl der Vorstandsmitglieder und der beiden Rechnungsprüfer. Der Vorstand besteht gemäß Paragraph 6, Absatz eins, aus sieben stimmberechtigten Mitgliedern, wobei 4 von der Vollversammlung gewählt werden und 3 [...] von der Gemeinde entsendet werden.

Gemäß § 7 leg.cit. werden der Obmann und der Obmannstellvertreter vom Vorstand aus dessen Mitte mit einfacher Stimmenmehrheit gewählt. Gemäß Paragraph 7, leg.cit. werden der Obmann und der Obmannstellvertreter vom Vorstand aus dessen Mitte mit einfacher Stimmenmehrheit gewählt.

Obmann des Tourismusverbandes Mattersburg ist Herr H***. Als solcher führt er auch als Vertreter des Komplementärs die Geschäfte der KEG und vertritt diese (vgl § 7 Gesellschaftsvertrag). Obmann des Tourismusverbandes Mattersburg ist Herr H***. Als solcher führt er auch als Vertreter des Komplementärs die Geschäfte der KEG und vertritt diese vergleiche Paragraph 7, Gesellschaftsvertrag).

Gegen die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung brachte die Antragstellerin am 26.6.2007 einen Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 3. Juli 2007, N/0065- BVA/15/2007-EV36, wurde dem Auftraggeber – befristet bis 7. August 2007 – untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren des Zuschlag zu erteilen. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen.

Rechtliche Würdigung:

Zulässigkeit des Antrages:

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG. Unzulässigkeitsgründe idS Abs 2 leg.cit. liegen nicht vor. Der Antrag wurde rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Unzulässigkeitsgründe idS Absatz 2, leg.cit. liegen nicht vor. Der Antrag wurde rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht.

Es ist die Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung beantragt. § 320 Abs 2 leg.cit. räumt

diese Möglichkeit ein. Im gegenständlichen Fall war die Frist zwischen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung kürzer als die in § 321 Abs 1 BVergG vorgesehene Frist, weshalb die gemeinsame Anfechtung von Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zulässig ist (vgl auch BVA 10.7.2006, N/0044-BVA/10/2006-27, BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67). Es ist die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung beantragt. Paragraph 320, Absatz 2, leg.cit. räumt diese Möglichkeit ein. Im gegenständlichen Fall war die Frist zwischen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung kürzer als die in Paragraph 321, Absatz eins, BVergG vorgesehene Frist, weshalb die gemeinsame Anfechtung von Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zulässig ist vergleiche auch BVA 10.7.2006, N/0044-BVA/10/2006-27, BVA 10.5.2007, N/0007- BVA/15/2007-67).

Es ist davon auszugehen, dass – vorausgesetzt, dass eine Zuständigkeit des BVA zur Nachprüfung gegeben ist - zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen ist, da bei Abweisung des Antrages auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung allfällige Verstöße des Auftraggebers gegen Vergabevorschriften für die Rechtsposition der Antragstellerin ohne Belang sind (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094, ZVB 2006/16 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2006/17) und der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung daher zurückzuweisen wäre.

Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. In diesem Verfahrenstypus stellen die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbare Entscheidungen dar (§ 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG). Die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. In diesem Verfahrenstypus stellen die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbare Entscheidungen dar (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG). Die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

Zuständigkeit des BVA:

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beträgt Euro 522.250,- netto. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich netto auf Euro 5,4 Mio (vgl Resümeeprotokollseite Kostenaufstellung und die Angaben des Mag. I*** in der mündlichen Verhandlung) und liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass es sich iVm § 14 Abs 1 BVergG um ein Verfahren im Oberwellenbereich handelt. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beträgt Euro 522.250,- netto. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich netto auf Euro 5,4 Mio vergleiche Resümeeprotokollseite Kostenaufstellung und die Angaben des Mag. I*** in der mündlichen Verhandlung) und liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass es sich in Verbindung mit Paragraph 14, Absatz eins, BVergG um ein Verfahren im Oberwellenbereich handelt. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, wer Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist:

Auftraggeber ist gemäß § 2 Z 8 BVergG jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt (vgl. hiezu auch die Erläuterungen in den Materialien zur Regierungsvorlage, 1171 der Beilagen XXII GP zu § 2 Z 8 BVergG 2006: die Auftraggebereigenschaft richtet sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll). Auftraggeber ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt vergleiche hiezu auch die Erläuterungen in den Materialien zur Regierungsvorlage, 1171 der Beilagen römisch 22 Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG 2006: die Auftraggebereigenschaft richtet sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll).

Auch nach der Rechtsprechung des VfGH und VwGH (VfGH 12.6.2001, ZI.B 1035/99; VfGH 9.11.2001, ZI.B 659/98; VfGH 9.10.2001, G 10/01; VfGH 13.10.2005, K I-2/05-20, K I-3/05-14, B 573/05-11, B 576/05-11; VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215) ist davon auszugehen, dass Auftraggeber jene Person ist, mit der der Vertrag zu Stande kommen soll.

So hat etwa der VwGH in einem vergleichbaren Fall in seinem Erkenntnis vom 25.2.2002, 2001/04/0215, zum Burgenländischen Landesvergabegesetz die Stadtgemeinde Neusiedl als Auftraggeber qualifiziert, da diese nicht für die Bieter nach außen erkennbar kundgetan hat, dass sie nicht für sich selbst, sondern für einen anderen Auftraggeber den Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteile oder zu erteilen beabsichtige. In dem, dem zitierten Erkenntnis zu Grunde liegenden Fall war vertraglich festgelegt, dass die Stadt Neusiedl auf einem ihr gehörigen

Grundstück die Errichtung eines Zubaus für das Bundesschulzentrum [...] vornehme [...]. Es war u.a. vorgesehen, dass die Planung nach dem vom Bund bekannt gegebenen Raum- und Funktionsprogramm und den vom Bund approbierten Plänen und Beschreibungen erfolgen soll. Weiters, dass der Bund einen Prüfenieur bestellt, die Planungsergebnisse die Zustimmung des Bundes benötigen, die Vergaben und Zuschläge von der Stadt Neusiedl nur nach schriftlicher Zustimmung des Prüfenieurs vorgenommen werden dürfen, sowie, dass die Abrechnungen dem Bund vorzulegen sind. Der Bund leistet ein Entgelt in Höhe von ATS 136,8 Mio, die Versicherung des Objektes übernimmt der Bund namens der Stadt auf eigene Rechnung. Der Bund trägt weiters während der Vertragsdauer alle [...] verbundenen Lasten und sorgt für die Erhaltung.

Der UVS Burgenland hat sich zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens für unzuständig erklärt; dies mit der Begründung, dass es sich um ein Schulbauvorhaben der Republik handle. Möge die Stadt auch ein Interesse an der Verwirklichung des Projektes haben und möge sie sich daran auch durch das Zurverfügungstellen des Grundstückes und durch die Mitwirkung entsprechend der Vereinbarung mit dem Bund beteiligen, sei sie aber dennoch nicht als Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens anzusehen. Aufgrund der dargestellten Vereinbarung bestimme der Bund sämtliche Zielvorgaben [...]. Außerdem finanziere der Bund das Bauvorhaben mit 100%. Aus all dem ergebe sich, dass der Bund als wahrer öffentlicher Auftraggeber anzusehen sei. Dass dies im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht offen gelegt, sondern immer mehr verdunkelt worden sei, vermöge daran nichts zu ändern. Beim vorliegenden Sachverhalt müsse davon ausgegangen werden, dass die Stadt für den Bund tätig geworden sei. Die Gemeinde sei nur als "verlängerter Arm des Bundes" anzusehen. Auch dass die Gemeinde formell als Bauherr bezeichnet werde, vermöge an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Der Bund könne die Zuständigkeit nach dem BVergG nicht dadurch umgehen, dass in der Ausschreibung die Gemeinde als Auftraggeber genannt werde.

Die Beschwerdeführerin hat die Auffassung des UVS Burgenland, dass als Auftraggeber nicht die Gemeinde, sondern der Bund anzusehen ist, bekämpft. Der VwGH hat der Beschwerdeführerin Recht gegeben. Laut Erkenntnis vom 25.2.2002, 2001/04/0215, ergebe sich aus den Akten, dass die Gemeinde Neusiedl das Vergabeverfahren im eigenen Namen durchgeführt und den Zuschlag nicht etwa für den Bund, sondern im eigenen Namen, erteilt habe. Für die Beschwerdeführerin sei nicht erkennbar gewesen, dass die Gemeinde Neusiedl (als direkte Stellvertreterin) für einen anderen Auftraggeber (nämlich den Bund), tätig geworden wäre. Eine etwaige Vertretungsfunktion der Gemeinde nach außen sei weder kundgetan, noch erkennbar gewesen. Die Gemeinde sei somit als Auftraggeberin anzusehen, weil sie (für sich) einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteile oder zu erteilen beabsichtigt habe. Führt eine Stelle ein Vergabeverfahren im eigenen Namen durch und erteilt sie den Zuschlag im eigenen Namen, ist grundsätzlich auch nur diese Stelle Auftraggeber. Selbst ausgeprägte Mitspracherechte eines anderen öffentlichen Auftraggebers – im gegenständlichen Fall des Bundes (siehe 4. Nachtrag vom 27.3.2007) – und sogar eine 100%ige Finanzierung des Vorhabens durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber (Bund finanziert hier das Vorhaben zu 70%), ändern nichts an der Auftraggeber-Eigenschaft (vgl VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215). Die Beschwerdeführerin hat die Auffassung des UVS Burgenland, dass als Auftraggeber nicht die Gemeinde, sondern der Bund anzusehen ist, bekämpft. Der VwGH hat der Beschwerdeführerin Recht gegeben. Laut Erkenntnis vom 25.2.2002, 2001/04/0215, ergebe sich aus den Akten, dass die Gemeinde Neusiedl das Vergabeverfahren im eigenen Namen durchgeführt und den Zuschlag nicht etwa für den Bund, sondern im eigenen Namen, erteilt habe. Für die Beschwerdeführerin sei nicht erkennbar gewesen, dass die Gemeinde Neusiedl (als direkte Stellvertreterin) für einen anderen Auftraggeber (nämlich den Bund), tätig geworden wäre. Eine etwaige Vertretungsfunktion der Gemeinde nach außen sei weder kundgetan, noch erkennbar gewesen. Die Gemeinde sei somit als Auftraggeberin anzusehen, weil sie (für sich) einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteile oder zu erteilen beabsichtigt habe. Führt eine Stelle ein Vergabeverfahren im eigenen Namen durch und erteilt sie den Zuschlag im eigenen Namen, ist grundsätzlich auch nur diese Stelle Auftraggeber. Selbst ausgeprägte Mitspracherechte eines anderen öffentlichen Auftraggebers – im gegenständlichen Fall des Bundes (siehe 4. Nachtrag vom 27.3.2007) – und sogar eine 100%ige Finanzierung des Vorhabens durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber (Bund finanziert hier das Vorhaben zu 70%), ändern nichts an der Auftraggeber-Eigenschaft vergleiche VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215).

Der Bund ist gegenständlich nicht Auftraggeber, weil er nicht zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers wird. Auch die Stadtgemeinde Mattersburg ist nicht Auftraggeber, weil sie nicht zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers wird. Auftraggeber ist vielmehr die KEG, da sie das Vergabeverfahren im eigenen Namen durchführt und auch den Zuschlag im eigenen Namen zu erteilen beabsichtigt. Sie wird zivilrechtlicher Vertragspartner des

Auftragnehmers. Die KEG wird auch nicht etwa für einen anderen Auftraggeber, etwa den Bund oder die Stadtgemeinde Mattersburg, tätig. Eine etwaige Vertretungsfunktion der KEG wurde nach außen weder kundgetan, noch ist erkennbar gewesen, dass sie für einen anderen Auftraggeber tätig geworden wäre. Im Lichte des Erkenntnisses des VfGH vom 25.2.2005, 2001/04/0215, bzw der zit. Erkenntnisse des VfGH, ist daher jedenfalls die KEG als Auftraggeber anzusehen.

In einem weiteren Schritt ist nunmehr zu klären, ob es sich bei der KEG um eine Einrichtung öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG und somit um einen öffentlichen Auftraggeber handelt: In einem weiteren Schritt ist nunmehr zu klären, ob es sich bei der KEG um eine Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und somit um einen öffentlichen Auftraggeber handelt:

Vorauszuschicken ist, dass der Begriff "Einrichtung öffentlichen Rechts" funktional auszulegen ist (vgl Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten § 7 Rz 19). Auch eine Einrichtung mit privatrechtlicher Rechtsform kann demnach öffentlicher Auftraggeber sein (vgl EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 BFI Holding RdN 59ff u.a.). Sie muss nur mit der öffentlichen Hand eng verbunden sein (vgl EuGH 15.1.1988, Rs C- 44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria RdN 20) und es muss Grund zur Annahme bestehen, dass sie sich bei ihren Vergabeentscheidungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen könne. Vorauszuschicken ist, dass der Begriff "Einrichtung öffentlichen Rechts" funktional auszulegen ist vergleiche Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten Paragraph 7, Rz 19). Auch eine Einrichtung mit privatrechtlicher Rechtsform kann demnach öffentlicher Auftraggeber sein vergleiche EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 BFI Holding RdN 59ff u.a.). Sie muss nur mit der öffentlichen Hand eng verbunden sein vergleiche EuGH 15.1.1988, Rs C- 44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria RdN 20) und es muss Grund zur Annahme bestehen, dass sie sich bei ihren Vergabeentscheidungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen könne.

Öffentliche Auftraggeber sind gemäß Z 2 leg.cit. auch Einrichtungen, die Öffentliche Auftraggeber sind gemäß Ziffer 2, leg.cit. auch Einrichtungen, die

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

Gemäß § 161 Abs 2 Unternehmensgesetzbuch – UGB, BGBl I Nr. 120/2005 idgF finden – soweit nichts anderes bestimmt ist – auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Gesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung. Einer Kommanditerwerbsgesellschaft (nunmehr Kommanditgesellschaft) kommt nach § 105 UGB somit Rechtspersönlichkeit zu. Sie entsteht gemäß § 123 leg.cit. mit der Eintragung ins Firmenbuch. Die Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg ist im Firmenbuch eingetragen und sohin rechtsfähig. Gemäß Paragraph 161, Absatz 2, Unternehmensgesetzbuch – UGB, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2005, idgF finden – soweit nichts anderes bestimmt ist – auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Gesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung. Einer Kommanditerwerbsgesellschaft (nunmehr Kommanditgesellschaft) kommt nach Paragraph 105, UGB somit Rechtspersönlichkeit zu. Sie entsteht gemäß Paragraph 123, leg.cit. mit der Eintragung ins Firmenbuch. Die Mattersburger Stadtentwicklungs KEG – Tourismusverband Mattersburg ist im Firmenbuch eingetragen und sohin rechtsfähig.

Weiters ist zu prüfen, ob die KEG zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind:

Der Begriff "Aufgaben im Allgemeininteresse" ist weder in den Richtlinien noch im BVergG definiert. Als Begriff des Gemeinschaftsrechts ist er grundsätzlich einheitlich und autonom und damit im gegebenen Rechtstextzusammenhang und teleologisch auszulegen (EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00 Truley RdN 40). 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 RdN 51). Das sind Aufgaben, die nicht ausschließlich der Förderung von subjektiven Einzelinteressen, sondern (auch) der Beförderung von objektiven gemeinsamen Interessen der Gesamtbevölkerung oder einzelner Bevölkerungsgruppen zuträglich sind (siehe Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten § 7 Rz 34). 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/Fruhmann/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, RdN 44f). Und zwar auch dann, wenn die Tätigkeit nur mittelbar hiezu geeignet sein sollte. Der Begriff "Aufgaben im Allgemeininteresse" ist weder in den Richtlinien noch im BVergG definiert. Als Begriff des Gemeinschaftsrechts ist er grundsätzlich einheitlich und autonom und damit im gegebenen Rechtstextzusammenhang und teleologisch auszulegen (EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00 Truley RdN 40). 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 RdN 51). Das sind Aufgaben, die nicht ausschließlich der Förderung von subjektiven Einzelinteressen, sondern (auch) der Beförderung von objektiven gemeinsamen Interessen der Gesamtbevölkerung oder einzelner Bevölkerungsgruppen zuträglich sind (siehe Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten Paragraph 7, Rz 34). 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/Fruhmann/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, RdN 44f). Und zwar auch dann, wenn die Tätigkeit nur mittelbar hiezu geeignet sein sollte.

Insgesamt ist der Begriff "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" weit zu interpretieren (siehe Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten § 7 Rz 48). Der EuGH wählt ganz bewusst und ausdrücklich eine weite Auslegung zugunsten des Allgemeininteresses (siehe EuGH 27.2.2003, Rs C-370/00, Truley). Insgesamt ist der Begriff "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" weit zu interpretieren (siehe Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten Paragraph 7, Rz 48). Der EuGH wählt ganz bewusst und ausdrücklich eine weite Auslegung zugunsten des Allgemeininteresses (siehe EuGH 27.2.2003, Rs C-370/00, Truley).

Auch wenn im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nur einen unbedeutenden Anteil an der Gesamttätigkeit der Einrichtung haben, ändert sich nichts an deren Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber, sofern auch weiterhin Aufgaben des Allgemeininteresses nicht gewerblicher Art erbracht werden.

Gemäß § 3 Gesellschaftsvertrag obliegen der KEG folgende Aufgaben: Gemäß Paragraph 3, Gesellschaftsvertrag obliegen der KEG folgende Aufgaben:

- -Strichaufzählung
die Förderung des Tourismus in Mattersburg
- -Strichaufzählung
der Ankauf, die Errichtung, die Vermietung und Verpachtung von Liegenschaften und Gebäuden
- -Strichaufzählung
der Ankauf und die Vermietung von beweglichen Investitionsgütern
- -Strichaufzählung
die Durchführung und Finanzierung von infrastrukturellen Maßnahmen in der Stadt Mattersburg, somit grundsätzlich die Ergreifung von Maßnahmen zur Stadtentwicklung
- -Strichaufzählung
das Eingehen von Beteiligungen.

Insbesondere die Förderung des Tourismus und die Durchführung und Finanzierung von infrastrukturellen Maßnahmen in der Stadt Mattersburg, somit grundsätzlich die Ergreifung von Maßnahmen zur Stadtentwicklung, stellen nach dem Gesagten jedenfalls Aufgaben im Allgemeininteresse dar. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nicht sämtliche Tätigkeiten, die eine Einrichtung durchführt, solche sein müssen, die im Allgemeininteresse liegen, um dennoch als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG qualifiziert werden zu können. Nach der "Infizierungstheorie" macht selbst ein allenfalls unbedeutender nicht gewerblicher Teil der Tätigkeiten die Stelle zu einer Einrichtung öffentlichen Rechts (vgl. EuGH 15.1.1988, Rs C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria). Insbesondere die Förderung des Tourismus und die Durchführung und Finanzierung von infrastrukturellen Maßnahmen in der Stadt Mattersburg, somit grundsätzlich die Ergreifung von Maßnahmen zur Stadtentwicklung, stellen nach dem Gesagten jedenfalls Aufgaben im Allgemeininteresse dar. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nicht sämtliche Tätigkeiten, die eine Einrichtung durchführt, solche sein müssen, die im Allgemeininteresse liegen, um dennoch als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG qualifiziert werden zu können. Nach der "Infizierungstheorie" macht selbst ein allenfalls unbedeutender nicht gewerblicher Teil der Tätigkeiten die Stelle zu einer Einrichtung öffentlichen Rechts (vergleiche EuGH 15.1.1988, Rs C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria).

Weiters ist zu prüfen, ob die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben solche "nicht gewerblicher Art" sind:

Die einzelnen Gesichtspunkte zur Beurteilung dieses Kriteriums (vgl. Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten § 7 Rz 54) sind: Die einzelnen Gesichtspunkte zur Beurteilung dieses Kriteriums vergleiche Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten Paragraph 7, Rz 54) sind:

1. a) Litera a
Gewinnerzielungsabsicht
2. b) Litera b
Fehlen von Wettbewerb
3. c) Litera c
Risikotragung
4. d) Litera d
Finanzierung aus öffentlichen Mitteln

zu a) Übt eine Einrichtung ihre Tätigkeiten mit Gewinnerzielungsabsicht aus, spricht viel dafür, dass keine Tätigkeit nicht gewerblicher Art vorliegt. Aber selbst für den Fall, dass die Tätigkeiten der Einrichtung zu Gewinnen führen, verneint der EuGH deren Gewinnerzielungsabsicht dann, wenn das Erzielen von Gewinnen nicht den Hauptzweck der Einrichtung darstellt (vgl. EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01 Korhonen, RdN 54). Auch eine ökonomische Zielsetzung steht der Qualifizierung der Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber nicht entgegen, wenn diese im Einklang mit den sonstigen "nicht wirtschaftlichen" Zielsetzungen steht (vgl. B-VKK 9.6.1998, G-4/98-6). Schließlich kann sich mangelnde Gewinnerzielungsabsicht auch in entsprechenden finanziellen Verlusten der Einrichtung manifestieren (vgl. Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten § 7 Rz 58). So sah auch der EuGH im Urteil vom 16.10.2003, Rs C-283/00, Kommission/Spanien, RdN 90, die mangelnde Gewinnerzielungsabsicht

dadurch bekräftigt, dass die betreffende Einrichtung in 2 aufeinander folgenden Haushaltsjahren erhebliche finanzielle Verluste verzeichnet hat. zu a) Übt eine Einrichtung ihre Tätigkeiten mit Gewinnerzielungsabsicht aus, spricht viel dafür, dass keine Tätigkeit nicht gewerblicher Art vorliegt. Aber selbst für den Fall, dass die Tätigkeiten der Einrichtung zu Gewinnen führen, verneint der EuGH deren Gewinnerzielungsabsicht dann, wenn das Erzielen von Gewinnen nicht den Hauptzweck der Einrichtung darstellt (vergleiche EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01 Korhonen, RdN 54). Auch eine ökonomische Zielsetzung steht der Qualifizierung der Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber nicht entgegen, wenn diese im Einklang mit den sonstigen "nicht wirtschaftlichen" Zielsetzungen steht (vergleiche B-VKK 9.6.1998, G-4/98-6). Schließlich kann sich mangelnde Gewinnerzielungsabsicht auch in entsprechenden finanziellen Verlusten der Einrichtung manifestieren (vergleiche Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten Paragraph 7, Rz 58). So sah auch der EuGH im Urteil vom 16.10.2003, Rs C-283/00, Kommission/Spanien, RdN 90, die mangelnde Gewinnerzielungsabsicht dadurch bekräftigt, dass die betreffende Einrichtung in 2 aufeinander folgenden Haushaltsjahren erhebliche finanzielle Verluste verzeichnet hat.

Die KEG hat in den letzten Jahren operativ jeweils Verluste "eingefahren" (vgl OZ 67). Sie führt neben Aufgaben, die auf Gewinnerzielung gerichtet sein mögen, auch Tätigkeiten aus, die nicht auf Gewinnerzielung ieS gerichtet sind (Förderung des Tourismus; Infrastrukturentwicklung der Gemeinde; siehe § 3 Gesellschaftsvertrag). Die KEG hat in den letzten Jahren operativ jeweils Verluste "eingefahren" (vergleiche OZ 67). Sie führt neben Aufgaben, die auf Gewinnerzielung gerichtet sein mögen, auch Tätigkeiten aus, die nicht auf Gewinnerzielung ieS gerichtet sind (Förderung des Tourismus; Infrastrukturentwicklung der Gemeinde; siehe Paragraph 3, Gesellschaftsvertrag).

zu b) Zumindest in den Bereichen Förderung des Tourismus sowie Infrastrukturentwicklung der Gemeinde fehlt es am Wettbewerb, da diese Aufgaben nicht von einem anderen "Anbieter" erbracht werden können. Es kommt auf die konkrete Konkurrenzsituation auf dem in örtlicher und sachlicher Sicht relevanten Markt an.

zu c) und d) Trägt eine Einrichtung das wirtschaftliche Risiko ihrer Entscheidungen nicht – etwa aufgrund der bestehenden Möglichkeit einer staatlichen Finanzierung oder eines Verlustausgleiches bei unbefriedigenden Geschäftsergebnissen – ist dies als Indiz für das Vorliegen einer nicht gewerblichen Tätigkeit anzusehen (vgl Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten § 7 Rz 64). Wenn es wahrscheinlich ist, dass im Notfall eine finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln erfolgt, spricht dies für ein nicht-gewerbliches Tätigwerden der Einrichtung. zu c) und d) Trägt eine Einrichtung das wirtschaftliche Risiko ihrer Entscheidungen nicht – etwa aufgrund der bestehenden Möglichkeit einer staatlichen Finanzierung oder eines Verlustausgleiches bei unbefriedigenden Geschäftsergebnissen – ist dies als Indiz für das Vorliegen einer nicht gewerblichen Tätigkeit anzusehen (vergleiche Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten Paragraph 7, Rz 64). Wenn es wahrscheinlich ist, dass im Notfall eine finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln erfolgt, spricht dies für ein nicht-gewerbliches Tätigwerden der Einrichtung.

Der Verlustausgleich ergibt sich gegenständlich aus § 13 Gesellschaftsvertrag (Anm: Verlustaufteilung zu 95% auf die Gemeinde und zu 5% auf den Tourismusverband). Dass die Gemeinde einen allfälligen Verlust der KEG ausgleicht, wird auch im Schreiben der Stadtgemeinde Mattersburg vom 2.8.2007, OZ 67, ausdrücklich bestätigt. Dass sich die KEG von anderen als rein wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt, ergibt sich weiters daraus, dass die möglichen Einnahmen der KEG aus Geschäften gemäß § 3 Gesellschaftsvertrag wohl nie hinreichen können, um große Infrastrukturvorhaben, wie etwa im gegenständlichen Fall die Sanierung der Schule (Anm: KEG zahlt 30% der Gesamtkosten von netto 5,4 Mio Euro) ohne finanzielle Unterstützung durch die Gemeinde durchführen zu können. Der Verlustausgleich ergibt sich gegenständlich aus Paragraph 13, Gesellschaftsvertrag (Anmerkung, Verlustaufteilung zu 95% auf die Gemeinde und zu 5% auf den Tourismusverband). Dass die Gemeinde einen allfälligen Verlust der KEG ausgleicht, wird auch im Schreiben der Stadtgemeinde Mattersburg vom 2.8.2007, OZ 67, ausdrücklich bestätigt. Dass sich die KEG von anderen als rein wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt, ergibt sich weiters daraus, dass die möglichen Einnahmen der KEG aus Geschäften gemäß Paragraph 3, Gesellschaftsvertrag wohl nie hinreichen können, um große Infrastrukturvorhaben, wie etwa im gegenständlichen Fall die Sanierung der Schule (Anmerkung, KEG zahlt 30% der Gesamtkosten von netto 5,4 Mio Euro) ohne finanzielle Unterstützung durch die Gemeinde durchführen zu können.

Aus dem Gesagten ergibt sich abschließend, dass die KEG Aufgaben im Allgemeininteresse durchführt, die nicht gewerblicher Art sind.

Zu prüfen ist weiters, ob die KEG zu diesem "besonderen Zweck gegründet" wurde:

Die entscheidende Bedeutung dieser Anordnung liegt in dem Erfordernis, dass die Aufgabe durch einen – öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen – staatlichen Rechtsakt übertragen wurde. Der Gesellschaftsvertrag – abgeschlossen zwischen der Stadtgemeinde Mattersburg und dem Tourismusverband Mattersburg – also ein privatrechtlicher Rechtsakt, überbindet der KEG (auch) Aufgaben im Allgemeininteresse, die nicht gewerblicher Art sind (vgl § 3 Gesellschaftsvertrag). Auch dieses Kriterium ist somit gegenständlich erfüllt. Die entscheidende Bedeutung dieser Anordnung liegt in dem Erfordernis, dass die Aufgabe durch einen – öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen – staatlichen Rechtsakt übertragen wurde. Der Gesellschaftsvertrag – abgeschlossen zwischen der Stadtgemeinde Mattersburg und dem Tourismusverband Mattersburg – also ein privatrechtlicher Rechtsakt, überbindet der KEG (auch) Aufgaben im Allgemeininteresse, die nicht gewerblicher Art sind vergleiche Paragraph 3, Gesellschaftsvertrag). Auch dieses Kriterium ist somit gegenständlich erfüllt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die KEG zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind.

Das Ausüben im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art macht eine Einrichtung allerdings erst dann zum öffentlichen Auftraggeber, wenn diese auch vom Staat beherrscht wird. Die in § 3 Abs 1 Z 2 BVergG genannten Merkmale konkretisieren, in welcher Weise eine solche "staatliche Beherrschung" vermittelt wird: entweder durch überwiegende staatliche Finanzierung oder durch Aufsicht über die Leitung oder durch Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe. Hierbei handelt es sich um alternative Tatbestandsmerkmale (vgl EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge, RdN 20). Die AG-Eigenschaft einer Einrichtung ist auch dann zu bejahen, wenn mehrere der Beherrschungskriterien weitgehend erfüllt werden und eine Gesamtbetrachtung keinen Zweifel an einer staatlichen Beherrschung offen lässt (Mannesmann). Das Ausüben im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art macht eine Einrichtung allerdings erst dann zum öffentlichen Auftraggeber, wenn diese auch vom Staat beherrscht wird. Die in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG genannten Merkmale konkretisieren, in welcher Weise eine solche "staatliche Beherrschung" vermittelt wird: entweder durch überwiegende staatliche Finanzierung oder durch Aufsicht über die Leitung oder durch Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe. Hierbei handelt es sich um alternative Tatbestandsmerkmale vergleiche EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge, RdN 20). Die AG-Eigenschaft einer Einrichtung ist auch dann zu bejahen, wenn mehrere der Beherrschungskriterien weitgehend erfüllt werden und eine Gesamtbetrachtung keinen Zweifel an einer staatlichen Beherrschung offen lässt (Mannesmann).

Überwiegende staatliche Finanzierung:

Maßgeblich für das besondere Naheverhältnis zur öffentl. Hand ist, ob die Finanzierung als Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung zu sehen ist, auf deren Basis die Tätigkeiten der Einrichtung finanziert und unterstützt werden (vgl EuGH 3.10.2000, Rs C- 380/98, University of Cambridge, RdN 21). Das kann sowohl bei Alimentierung der Einrichtung als auch bei mehrheitlicher staatl. Kapitalbeteiligung der Fall sein (vgl EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria, RdN 28). Maßgeblich für das besondere Naheverhältnis zur öffentl. Hand ist, ob die Finanzierung als Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung zu sehen ist, auf deren Basis die Tätigkeiten der Einrichtung finanziert und unterstützt werden vergleiche EuGH 3.10.2000, Rs C- 380/98, University of Cambridge, RdN 21). Das kann sowohl bei Alimentierung der Einrichtung als auch bei mehrheitlicher staatl. Kapitalbeteiligung der Fall sein vergleiche EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria, RdN 28).

Überwiegende Finanzierung bedeutet mehr als 50%. Insofern verliert eine Einrichtung auch dann nicht ihre Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber, wenn sie teilweise aus anderen, nicht öffentlichen Mitteln – etwa eigenen Einnahmen - finanziert wird. Für die Prüfung einer überwiegenden staatlichen Finanzierung sind die Gesamtmittel, über die die Einrichtung verfügt – also einschließlich solcher, die aus gewerblicher Tätigkeit stammen – als Berechnungsgrundlage heranzuziehen. Die Berechnung der Finanzierung hat auf jährlicher Basis zu erfolgen (vgl Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten § 7 Rz 77). Überwiegende Finanzierung bedeutet mehr als 50%. Insofern verliert eine Einrichtung auch dann nicht ihre Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber, wenn sie teilweise aus anderen, nicht öffentlichen Mitteln – etwa eigenen Einnahmen - finanziert wird. Für die Prüfung einer überwiegenden staatlichen Finanzierung sind die Gesamtmittel, über die die Einrichtung verfügt – also einschließlich solcher, die aus gewerblicher Tätigkeit stammen – als Berechnungsgrundlage heranzuziehen. Die Berechnung der Finanzierung hat auf jährlicher Basis zu erfolgen vergleiche Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zum diesbezüglich unveränderten Paragraph 7, Rz 77).

Ein Stammkapital, an dem ein anderer öffentlicher Auftraggeber überwiegend beteiligt sein könnte, gibt es bei einer K(E)G nicht. Dieses Merkmal ist also nicht erfüllt.

Durch die Übernahme der Verluste der KEG durch die Stadtgemeinde Mattersburg in "Bausch und Bogen" - und damit ohne Bezug auf ein spezifisches Projekt der KEG - ist das Kriterium jedoch zumindest materiell als erfüllt anzusehen, selbst wenn es sich formal nicht um eine Subvention iS handeln sollte. Durch die Übernahme der Verluste der KEG wird diese von der Gemeinde und somit von einem öffentlichen Auftraggeber finanziell "am Leben erhalten". Ohne diese Finanzhilfe der Gemeinde wäre die KEG wohl insolvent. Da die KEG nach Angaben der Stadtgemeinde über Jahre hin operativ Verluste schreibt, erfolgt deren Finanzierung aus staatlichen Mitteln damit jedenfalls auch über 50%.

Die "Finanzierung" der KEG durch die Stadtgemeinde Mattersburg begründet ein besonderes Naheverhältnis zur öffentlichen Hand. Dieses Naheverhältnis, die Beherrschung der KEG durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber, zeigt sich schließlich auch in der "Beschneidung" der Befugnisse des Geschäftsführers der KEG durch den Kommanditisten (vgl § 7 Gesellschaftsvertrag). Die KEG lässt sich somit insgesamt von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten. Der Markt stellt kein ausreichendes Korrektiv dar; dieses muss daher durch das Vergaberecht erfolgen. Das Kriterium ist also - zumindest materiell - als erfüllt anzusehen. Die "Finanzierung" der KEG durch die Stadtgemeinde Mattersburg begründet ein besonderes Naheverhältnis zur öffentlichen Hand. Dieses Naheverhältnis, die Beherrschung der KEG durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber, zeigt sich schließlich auch in der "Beschneidung" der Befugnisse des Geschäftsführers der KEG durch den Kommanditisten vergleiche Paragraph 7, Gesellschaftsvertrag). Die KEG lässt sich somit insgesamt von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten. Der Markt stellt kein ausreichendes Korrektiv dar; dieses muss daher durch das Vergaberecht erfolgen. Das Kriterium ist also - zumindest materiell - als erfüllt anzusehen.

Staatliche Leitungsaufsicht über die KEG:

Entscheidend hiebei ist, ob eine Entscheidungsbeeinflussung nach spezifisch staatsbezogenen Kriterien möglich ist und damit der Staat – allenfalls auch ohne explizite Kontrollbefugnisse speziell für die Auftragsvergabe – die Entscheidungen der Einrichtung in Bezug auf öffentliche Aufträge zumindest mittelbar beeinflussen kann (vgl EuGH 17.12.1998, Rs C-306/97 Connemara Machine Turf, RdN 34). Entscheidend hiebei ist, ob eine Entscheidungsbeeinflussung nach spezifisch staatsbezogenen Kriterien möglich ist und damit der Staat – allenfalls auch ohne explizite Kontrollbefugnisse speziell für die Auftragsvergabe – die Entscheidungen der Einrichtung in Bezug auf öffentliche Aufträge zumindest mittelbar beeinflussen kann vergleiche EuGH 17.12.1998, Rs C-306/97 Connemara Machine Turf, RdN 34).

Eine bloß nachprüfende Kontrolle der Leitung bzw eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle ex post vermögen das nicht zu vermitteln (vgl EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, Truley, RdN 70). Hingegen können aktive Aufsichtsbefugnisse, die die Geschäftspolitik der Einrichtung betreffen (zB Bestimmung des Geschäftsführungsprofils, Kontrolle des Jahresabschlusses und der laufenden Gebarung etc), sofern diese eine ständige Kontrolle implizieren, eine vergaberechtlich relevante enge Bindung mit der öffentlichen Hand schaffen (vgl. Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 7 Rz 78). Dabei ist es unerheblich, ob die Leistungsaufsicht über privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Instrumente verwirklicht wird. Eine bloß nachprüfende Kontrolle der Leitung bzw eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle ex post vermögen das nicht zu vermitteln vergleiche EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, Truley, RdN 70). Hingegen können aktive Aufsichtsbefugnisse, die die Geschäftspolitik der Einrichtung betreffen (zB Bestimmung des Geschäftsführungsprofils, Kontrolle des Jahresabschlusses und der laufenden Gebarung etc), sofern diese eine ständige Kontrolle implizieren, eine vergaberechtlich relevante enge Bindung mit der öffentlichen Hand schaffen vergleiche Holoubek/Fuchs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 7, Rz 78). Dabei ist es unerheblich, ob die Leistungsaufsicht über privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Instrumente verwirklicht wird.

Zustimmungsrecht der Gemeinde Mattersburg:

Unternehmensgegenstand der KEG ist gemäß § 3 des Gesellschaftsvertrages: Unternehmensgegenstand der KEG ist gemäß Paragraph 3, des Gesellschaftsvertrages:

- -Strichaufzählung
die Förderung des Tourismus in Mattersburg
- -Strichaufzählung

- der Ankauf, die Errichtung, die Vermietung und Verpachtung von Liegenschaften und Gebäuden
- -Strichaufzählung
der Ankauf und die Vermietung von beweglichen Investitionsgütern
- -Strichaufzählung
die Durchführung und Finanzierung von infrastrukturellen Maßnahmen in der Stadt Mattersburg, somit grundsätzlich die Ergreifung von Maßnahmen zur Stadtentwicklung
- -Strichaufzählung
das Eingehen von Beteiligungen.

Gemäß § 7 Abs 1 des Gesellschaftsvertrages obliegen die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft dem persönlich haftenden Gesellschafter (Anm: dem Tourismusverband Mattersburg). Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen, bedürfen im Innenverhältnis jedenfalls der Zustimmung des Kommanditisten. Als solche außerordentlichen Handlungen gelten: Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, des Gesellschaftsvertrages obliegen die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft dem persönlich haftenden Gesellschafter Anmerkung, dem Tourismusverband Mattersburg). Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen, bedürfen im Innenverhältnis jedenfalls der Zustimmung des Kommanditisten. Als solche außerordentlichen Handlungen gelten:

1. a) Litera a
Erwerb, Errichtung, Veräußerung und Belastung von Immobilien und Verpflichtungsgeschäften mit solchem oder ähnlichem Inhalt;
2. b) Litera b
Abschluss und Verlängerung von Miet- und Pachtverträgen über Liegenschaften;

[...]

1. e) Litera e
Entscheidungen über die Verwendung des Reingewinnes;

[...]

1. h) Litera h
Investitionen in Projekte, die jeweils einzeln oder insgesamt Euro 3.500,-- übersteigen;

[...]

1. j) Litera j
die Aufnahme von Darlehen und Krediten in einer Euro 3.500,-- übersteigenden Höhe;
2. k) Litera k
Eingehen von Dauerschuldverhältnissen aller Art, insbesondere Abschluss von Leasingverträgen

Die Geschäftsführung und Vertretung der KEG obliegen dem Tourismusverband. Geschäftsführer der KEG ist der Obmann des Tourismusverbandes Mattersburg. Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen, bedürfen jedoch im Innenverhältnis der Zustimmung des Kommanditisten (Anm.: Gemeinde Mattersburg). Durch diese sehr breite Zustimmungspflicht der Gemeinde, nämlich zu allen Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen, kann der "Staat" – sprich die Gemeinde Mattersburg – somit unzweifelhaft die Entscheidungen der KEG – auch in Bezug auf öffentliche Aufträge - zumindest mittelbar beeinflussen. Durch die gesellschaftsvertraglich vorgegebene starke Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Geschäftsführers der KEG im Bezug auf seine Befugnisse, ist eine staatliche Aufsicht im oben angesprochenen Sinn jedenfalls als gegeben anzunehmen. Für Geschäfte ohne Zustimmung der Gemeinde bleibt demnach so gut wie kein Raum. Durch die erwähnten umfangreichen Zustimmungsrechte der Gemeinde Mattersburg ist jedenfalls deren Einfluss auf die täglichen Geschäfte der KEG gegeben. Die Gemeinde kann damit auch die Entscheidungen der Einrichtung in Bezug auf öffentliche Aufträge zumindest mittelbar beeinflussen. Die Geschäftsführung und Vertretung der KEG obliegen dem Tourismusverband. Geschäftsführer der KEG ist der Obmann des Tourismusverbandes Mattersburg. Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen, bedürfen jedoch im Innenverhältnis der Zustimmung des Kommanditisten (Anmerkung, Gemeinde Mattersburg). Durch diese sehr breite Zustimmungspflicht der Gemeinde, nämlich zu allen Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen, kann der "Staat" – sprich die Gemeinde Mattersburg – somit unzweifelhaft die Entscheidungen der KEG – auch in Bezug auf öffentliche Aufträge - zumindest

mittelbar beeinflussen. Durch die gesellschaftsvertraglich vorgegebene starke Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Geschäftsführers der KEG im Bezug auf seine Befugnisse, ist eine staatliche Aufsicht im oben angesprochenen Sinn jedenfalls als gegeben anzunehmen. Für Geschäfte ohne Zustimmung der Gemeinde bleibt demnach so gut wie kein Raum. Durch die erwähnten umfangreichen Zustimmungsrechte der Gemeinde Mattersburg ist jedenfalls deren Einfluss auf die täglichen Geschäfte der KEG gegeben. Die Gemeinde kann damit auch die Entscheidungen der Einrichtung in Bezug auf öffentliche Aufträge zumindest mittelbar beeinflussen.

Aufsicht:

Gemäß § 7 Abs 3 Gesellschaftsvertrag ist die Gemeinde berechtigt, vom Komplementär Bericht über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände einzusehen und zu prüfen und damit auch einzelne Gesellschafter oder Sachverständige zu beauftragen. Auch diese aktiven Aufsichtsbefugnisse, die über eine bloß nachprüfende Rechtmäßigkeitskontrolle hinausgehen, sprechen für eine vergaberechtlich relevante enge Bindung an die öffentliche Hand. Gemäß Paragraph 7, Absatz 3, Gesellschaftsvertrag ist die Gemeinde berechtigt, vom Komplementär Bericht über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände einzusehen und zu prüfen und damit auch einzelne Gesellschafter oder Sachverständige zu beauftragen. Auch diese aktiven Aufsichtsbefugnisse, die über eine bloß nachprüfende Rechtmäßigkeitskontrolle hinausgehen, sprechen für eine vergaberechtlich relevante enge Bindung an die öffentliche Hand.

Gemäß § 12 Abs 3 Gesellschaftsvertrag sind die Gesellschafter innerhalb des Geschäftsjahres in regelmäßigen Abständen schriftlich oder mündlich über die Geschäftsentwicklung und die Finanzlage zu unterrichten. Nach Abs 4 hat, wenn Grund zu der Annahme unzuverlässiger Geschäftsführung besteht, jeder Gesellschafter das Recht, den Jahresabschluss und die erforderlichen Buchungsbelege von einem Wirtschaftstreuhänder [...] prüfen zu lassen. Gemäß Paragraph 12, Absatz 3, Gesellschaftsvertrag sind die Gesellschafter innerhalb des Geschäftsjahres in regelmäßigen Abständen schriftlich oder mündlich über die Geschäftsentwicklung und die Finanzlage zu unterrichten. Nach Absatz 4, hat, wenn Grund zu der Annahme unzuverlässiger Geschäftsführung besteht, jeder Gesellschafter das Recht, den Jahresabschluss und die erforderlichen Buchungsbelege von einem Wirtschaftstreuhänder [...] prüfen zu lassen.

Nicht zuletzt unterliegt die Gebarung der KEG einer Prüfung durch den Prüfungsausschuss des Gemeinderates. Desgleichen gilt bezüglich der Jahresgebarung. Auch wenn man davon ausgehen sollte, dass es sich bei den Prüfungen des Prüfungsausschusses nur um nachprüfende Kontrollen handelt, so ist doch die Kontrolle des Jahresabschlusses und der laufenden Gebarung als ständige Kontrolle anzusehen (arg. innerhalb des Geschäftsjahres in regelmäßigen Abständen....zu unterrichten), die nach dem vorher Gesagten eine vergaberechtlich relevante enge Bindung mit der öffentlichen Hand schaffen.

So hat etwa auch der EuGH in der Rs C-373/00, Truley, RdN 73/74 ausgeführt,

...dass das Kontrollamt berechtigt ist, nicht nur den Jahresabschluss dieser Gesellschaft zu prüfen, sondern auch die laufende Gebarung auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit. Dem Kontrollamt ist weiters erlaubt, die Betriebsräume und Anlagen der Gesellschaft zu besichtigen und über das Ergebnis dieser Prüfung den zuständigen Organen sowie den Gesellschaftern der Gesellschaft und der Stadt Wien zu berichten. Derartige Aufsichtsrechte ermöglichen eine aktive Aufsicht über die Leitung dieser Gesellschaft.

Eine bloß nachprüfende Kontrolle erfüllt nicht das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht über die Leitung. Dies wird jedoch von einem Sachverhalt erfüllt, bei dem zum einen die öffentliche Hand nicht nur die Jahresabschlüsse der Einrichtung kontrolliert, sondern auch ihre laufende Verwaltung im Hinblick auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, und, bei dem zum anderen, die öffentliche Hand berechtigt ist, die Betriebsräume und Anlagen dieser Einrichtung zu besichtigen und über das Ergebnis dieser Prüfung einer GKS zu berichten, die über eine andere Gesellschaft das Kapital der in Rede stehenden Einrichtung hält.

Es ist somit davon auszugehen, dass die der Gemeinde nach § 7 Abs 3 und § 12 Abs 3 des Gesellschaftsvertrages zustehenden Befugnisse insgesamt zu einer aktiven Aufsicht über die Leitung der KEG führen und dass die Entscheidungen der Einrichtung in Bezug auf öffentliche Aufträge zumindest mittelbar von der Gemeinde beeinflusst werden können. Dieses Kriterium ist somit als erfüllt anzusehen. Es ist somit davon auszugehen, dass die der

Gemeinde nach Paragraph 7, Absatz 3 und Paragraph 12, Absatz 3, des Gesellschaftsvertrages zustehenden Befugnisse insgesamt zu einer aktiven Aufsicht über die Leitung der KEG führen und dass die Entscheidungen der Einrichtung in Bezug auf öffentliche Aufträge zumindest mittelbar von der Gemeinde beeinflusst werden können. Dieses Kriterium ist somit als erfüllt anzusehen.

Zusammensetzung der Organe:

Auch ein entsprechender Einfluss auf die Zusammensetzung des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans der Einrichtung kann eine enge Bindung mit dem Staat hervorrufen. Auch eine mehrheitliche Beschickung dieser verantwortlichen Organe sichert der öffentlichen Hand bedeutende Einflussmöglichkeiten auf das Beschaffungsverhalten der Einrichtung.

Aus dem Burgenländischen Tourismusgesetz ergibt sich Folgendes:

Gemäß § 4 leg.cit. sind die Organe des örtlichen Tourismusverbandes die Vollversammlung, der Vorstand, der Obmann(stellvertreter) und 2 Rechnungsprüfer. Der Vorstand, der Obmann(stellvertreter) und die 2 Rechnungsprüfer werden auf die Dauer von 5 Jahren gewählt. Nach § 5 leg.cit. besteht die Vollversammlung aus sämtlichen, den örtlichen Tourismusverband bildenden Unternehmern, den freiwilligen Mitgliedern und den drei von der Gemeinde entsendeten Vorstandsmitgliedern (§ 6 Abs 1). Die entsendeten Vorstandsmitglieder [...] sind jedoch bei der Wahl der übrigen Vorstandsmitglieder nicht stimmberechtigt. Der Vollversammlung obliegt u.a. die Wahl der Vorstandsmitglieder und der beiden Rechnungsprüfer. Der Vorstand besteht gemäß § 6 Abs 1 aus sieben stimmberechtigten Mitgliedern, wobei 4 von der Vollversammlung gewählt werden und 3 [...] von der Gemeinde entsendet werden. Gemäß Paragraph 4, leg.cit. sind die Organe des örtlichen Tourismusverbandes die Vollversammlung, der Vorstand, der Obmann(stellvertreter) und 2 Rechnungsprüfer. Der Vorstand, der Obmann(stellvertreter) und die 2 Rechnungsprüfer werden auf die Dauer von 5 Jahren gewählt. Nach Paragraph 5, leg.cit. besteht die Vollversammlung aus sämtlichen, den örtlichen Tourismusverband bildenden Unternehmern, den freiwilligen Mitgliedern und den drei von der Gemeinde entsendeten Vorstandsmitgliedern (Paragraph 6, Absatz eins,). Die entsendeten Vorstandsmitglieder [...] sind jedoch bei der Wahl der übrigen Vorstandsmitglieder nicht stimmberechtigt. Der Vollversammlung obliegt u.a. die Wahl der Vorstandsmitglieder und der beiden Rechnungsprüfer. Der Vorstand besteht gemäß Paragraph 6, Absatz eins, aus sieben stimmberechtigten Mitgliedern, wobei 4 von der Vollversammlung gewählt werden und 3 [...] von der Gemeinde entsendet werden.

Gemäß § 7 leg.cit. werden der Obmann und der Obmannstellvertreter vom Vorstand aus dessen Mitte mit einfacher Stimmenmehrheit gewählt. Gemäß Paragraph 7, leg.cit. werden der Obmann und der Obmannstellvertreter vom Vorstand aus dessen Mitte mit einfacher Stimmenmehrheit gewählt.

Der Vorstand besteht aus 7 stimmberechtigten Mitgliedern, wobei 4 von der Vollversammlung gewählt werden und 3 von der Gemeinde entsendet werden. Bei der Wahl dieser 4 Mitglieder aus der Vollversammlung sind die 3 Mitglieder der Gemeinde aber nicht stimmberechtigt. Die Gemeinde hat also keinen überwiegenden Einfluss auf die Zusammensetzung des Vorstandes. Da der Vorstand aber – mit einfacher Stimmenmehrheit – aus seiner Mitte den Obmann wählt, hat die Gemeinde keinen überwiegenden Einfluss auf die Person des Obmannes.

Da der Obmann des Tourismusverbandes aber Geschäftsführer der KEG ist, kommt der Gemeinde nach dem Gesagten auch kein (mittelbarer) Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe der KEG zu.

Dieses (Alternativ-)Kriterium trifft gegenständlich nicht zu.

Conclusio:

Da die Kriterien "staatliche Finanzierung" (zumindest materiell) und die "Aufsicht über die Leitung" (auch formal) gegeben sind und auch eine gebotene Gesamtbetrachtung der drei Alternativkriterien keinen Zweifel an einer "staatlichen Beherrschung" der KEG lässt, ist diese als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG anzusehen. Die wird KEG jedoch nicht vom Bund, sondern von der Gemeinde Mattersburg "beherrscht" (siehe hiezu oben). Da die Kriterien "staatliche Finanzierung" (zumindest materiell) und die "Aufsicht über die Leitung" (auch formal) gegeben sind und auch eine gebotene Gesamtbetrachtung der drei Alternativkriterien keinen Zweifel an einer "staatlichen Beherrschung" der KEG lässt, ist diese als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG anzusehen. Die wird KEG jedoch nicht vom Bund, sondern von der Gemeinde Mattersburg "beherrscht" (siehe hiezu oben).

Zuständigkeit des BVA:

Nach § 291 Abs 2 BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Die Kontrollbefugnis des BVA erstreckt sich also auf Auftraggeber iSd BVergG, insoweit diese nach der Kompetenzbestimmung des Art. 14b Abs 2 Z 1 lit a bis g B-VG in den Bereich der Bundesvollziehung fallen. Nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Die Kontrollbefugnis des BVA erstreckt sich also auf Auftraggeber iSd BVergG, insoweit diese nach der Kompetenzbestimmung des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a bis g B-VG in den Bereich der Bundesvollziehung fallen.

Der Bund ist nicht Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Er wird nicht zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftraggebers. Eine Nachprüfungszuständigkeit des Bundesvergabeamtes aufgrund des Art. 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG kommt somit nicht in Betracht. Der Bund ist nicht Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Er wird nicht zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftraggebers. Eine Nachprüfungszuständigkeit des Bundesvergabeamtes aufgrund des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG kommt somit nicht in Betracht.

Auch die Fälle des Art 14 b Abs 2 Z 1 lit b bis d leg.cit. kommen gegenständlich nicht in Betracht. Beim Auftraggeber handelt es sich weder um eine Stiftung, einen Fonds noch eine Anstalt iSd Art. 126 b Abs 1 B-VG. Auch erfolgt die Vergabe nicht durch eine Unternehmung iSd Art. 126 b Abs 2 B-VG, bei der die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder. Auch handelt es sich beim Auftraggeber nicht um eine bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaft. Eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aufgrund der lit b bis d B-VG besteht daher nicht. Auch die Fälle des Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, Litera b bis d leg.cit. kommen gegenständlich nicht in Betracht. Beim Auftraggeber handelt es sich weder um eine Stiftung, einen Fonds noch eine Anstalt iSd Artikel 126, b Absatz eins, B-VG. Auch erfolgt die Vergabe nicht durch eine Unternehmung iSd Artikel 126, b Absatz 2, B-VG, bei der die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder. Auch handelt es sich beim Auftraggeber nicht um eine bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaft. Eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aufgrund der Litera b bis d B-VG besteht daher nicht.

Nach lit e der zitierten Bestimmung wäre die Vollziehung weiters dann Bundessache, wenn die Vergabe von Aufträgen durch in lit a bis d und Z 2 lit a bis d nicht genannte Rechtsträger erfolgt, die Nach Litera e, der zitierten Bestimmung wäre die Vollziehung weiters dann Bundessache, wenn die Vergabe von Aufträgen durch in Litera a bis d und Ziffer 2, Litera a bis d nicht genannte Rechtsträger erfolgt, die

- -Strichaufzählung
vom Bund finanziert werden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie jener der Länder (sublit aa), oder vom Bund finanziert werden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie jener der Länder (Sub-Litera, a, a.), oder
- -Strichaufzählung
hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen (sublit bb), oder hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen (Sub-Litera, b, b.), oder
- -Strichaufzählung
deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Bund ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder (sublit cc). deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Bund ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder (Sub-Litera, c, c.).

Die in den sublit aa bis cc leg.cit. genannten Voraussetzungen beziehen sich gemäß dem klaren Wortlaut und dem der Bestimmung immanenten Sinn auf den Rechtsträger und nicht – wie die Antragstellerin fälschlicher Weise vermeint – auf den Auftrag. Da der vergebende Rechtsträger nach den eindeutigen Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens aber weder überwiegend vom Bund finanziert wird, noch hinsichtlich seiner Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegt oder

seine Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Bund ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder, kommt die Bestimmung der lit e leg.cit. gegenständlich nicht zur Anwendung. Somit greift Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegenständlich nicht. Die in den Sub-Litera a, a bis c, c leg.cit. genannten Voraussetzungen beziehen sich gemäß dem klaren Wortlaut und dem der Bestimmung immanenten Sinn auf den Rechtsträger und nicht – wie die Antragstellerin fälschlicher Weise vermeint – auf den Auftrag. Da der vergebende Rechtsträger nach den eindeutigen Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens aber weder überwiegend vom Bund finanziert wird, noch hinsichtlich seiner Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegt oder seine Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Bund ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder, kommt die Bestimmung der Litera e, leg.cit. gegenständlich nicht zur Anwendung. Somit greift Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegenständlich nicht.

Auch Art. 14b Abs 2 Z 1 lit f B-VG findet gegenständlich keine Anwendung, da es sich nicht um eine gemeinsamen Vergabe durch den Bund und die Länder handelt. Bei einer gemeinsamen Vergabe durch den Bund und die Länder wäre eine Zuständigkeit des BVA dann gegeben, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß wie die Summe der Anteile der Länder ist. Eine solche gemeinsame Vergabe von Gebietskörperschaften liegt gegenständlich aber erwiesener Maßen nicht vor. Der Bund wird nicht zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin führen selbst Mitwirkungsrechte einer anderen Gebietskörperschaft (Anm.: des Bundes; ev iSd 4. Nachtrages) und sogar eine 100%-ige Finanzierung durch eine andere Gebietskörperschaft nicht dazu, dass eine gemeinsame Auftraggebereigenschaft vorliegt (vgl VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215). Auch Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, lit f B-VG findet gegenständlich keine Anwendung, da es sich nicht um eine gemeinsamen Vergabe durch den Bund und die Länder handelt. Bei einer gemeinsamen Vergabe durch den Bund und die Länder wäre eine Zuständigkeit des BVA dann gegeben, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß wie die Summe der Anteile der Länder ist. Eine solche gemeinsame Vergabe von Gebietskörperschaften liegt gegenständlich aber erwiesener Maßen nicht vor. Der Bund wird nicht zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin führen selbst Mitwirkungsrechte einer anderen Gebietskörperschaft Anmerkung, des Bundes; ev iSd 4. Nachtrages) und sogar eine 100%-ige Finanzierung durch eine andere Gebietskörperschaft nicht dazu, dass eine gemeinsame Auftraggebereigenschaft vorliegt vergleiche VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215).

Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG normiert schließlich eine Zuständigkeit des BVA für den Fall der Vergabe von Aufträgen durch in lit a bis f und Z 2 nicht genannte Rechtsträger (Auffangtatbestand). Dies ist jedoch gegenständlich nicht der Fall, da es sich bei der KEG – wie bereits dargestellt - um eine Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Art 14b Abs 2 Z 2 lit e B-VG handelt. Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG normiert schließlich eine Zuständigkeit des BVA für den Fall der Vergabe von Aufträgen durch in Litera a bis f und Ziffer 2, nicht genannte Rechtsträger (Auffangtatbestand). Dies ist jedoch gegenständlich nicht der Fall, da es sich bei der KEG – wie bereits dargestellt - um eine Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e, B-VG handelt.

Eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Nachprüfung des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist somit nicht gegeben.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins. :

Gemäß § 291 Abs 2 BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iSd BVergG aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. In den Vollziehungsbereich des Bundes fallen aber nur die Vergaben von Aufträgen durch den Bund (vgl. Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit a B-VG) sowie die Fälle der lit. b bis f leg.cit. Da aber, wie bereits dargestellt, Auftraggeber nicht der Bund ist und auch die Fälle der lit. b bis f B-VG nicht vorliegen (Anm.: insbesondere liegt keine gemeinsame Auftragsvergabe vor und auch der Auffangtatbestand der lit g leg.cit. greift nicht), fällt die gegenständliche Vergabe in den Vollziehungsbereich des Landes Burgenland. Daraus folgt, dass zur Nachprüfung der UVS für das Land Burgenland zuständig ist. Der Antrag war zurückzuweisen, da das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung des gegenständlichen Vergabeverfahrens unzuständig ist. Gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iSd BVergG aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. In den

Vollziehungsbereich des Bundes fallen aber nur die Vergaben von Aufträgen durch den Bund (vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG) sowie die Fälle der Litera b bis f leg.cit. Da aber, wie bereits dargestellt, Auftraggeber nicht der Bund ist und auch die Fälle der Litera b bis f B-VG nicht vorliegen (Anmerkung, insbesondere liegt keine gemeinsame Auftragsvergabe vor und auch der Auffangtatbestand der Litera g, leg.cit. greift nicht), fällt die gegenständliche Vergabe in den Vollziehungsbereich des Landes Burgenland. Daraus folgt, dass zur Nachprüfung der UVS für das Land Burgenland zuständig ist. Der Antrag war zurückzuweisen, da das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung des gegenständlichen Vergabeverfahrens unzuständig ist.

Abgesehen davon, dass eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht gegeben ist, ginge das Vorbringen der Antragstellerin aber ohnedies auch inhaltlich ins Leere:

Gemäß § 2 Z 48 BVergG ist die Zuschlagsentscheidung die an die Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Wenn nun die Antragstellerin verneint, dass durch eine allfällige Nichteinhaltung der Bestimmung des Punktes 2.2.19. des Geschäftsführungsvertrages durch die BIG die Zuschlagsentscheidung "unzulässig" gewesen sein solle, so ist dies unrichtig. Falls die erwähnte Bestimmung seitens der BIG tatsächlich nicht eingehalten worden sein sollte – was nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden konnte – könnte dies allenfalls zu Schadenersatzansprüchen der KEG gegen die BIG führen (vgl auch Punkt 4. Abs 1 Geschäftsführungsvertrag). Zu einer "Unzulässigkeit" oder gar Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung würde dies jedoch nicht führen. So ergibt sich etwa auch aus dem Erkenntnis des VwGH vom 27.1.2006, 2005/04/0202, dass es dahingestellt bleiben kann, ob die Regelungen betreffend die interne Willensbildung für das Zustandekommen der Zuschlagsentscheidung eingehalten wurden. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Zuschlagsentscheidung keine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern lediglich eine vorläufige Wissenserklärung darstellt, die auch revidiert werden kann. Auch ist davon auszugehen, dass die Bieter den Inhalt des Geschäftsführungsvertrages weder kannten noch diesen kennen mussten. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG ist die Zuschlagsentscheidung die an die Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Wenn nun die Antragstellerin verneint, dass durch eine allfällige Nichteinhaltung der Bestimmung des Punktes 2.2.19. des Geschäftsführungsvertrages durch die BIG die Zuschlagsentscheidung "unzulässig" gewesen sein solle, so ist dies unrichtig. Falls die erwähnte Bestimmung seitens der BIG tatsächlich nicht eingehalten worden sein sollte – was nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden konnte – könnte dies allenfalls zu Schadenersatzansprüchen der KEG gegen die BIG führen (vergleiche auch Punkt 4. Absatz eins, Geschäftsführungsvertrag). Zu einer "Unzulässigkeit" oder gar Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung würde dies jedoch nicht führen. So ergibt sich etwa auch aus dem Erkenntnis des VwGH vom 27.1.2006, 2005/04/0202, dass es dahingestellt bleiben kann, ob die Regelungen betreffend die interne Willensbildung für das Zustandekommen der Zuschlagsentscheidung eingehalten wurden. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Zuschlagsentscheidung keine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern lediglich eine vorläufige Wissenserklärung darstellt, die auch revidiert werden kann. Auch ist davon auszugehen, dass die Bieter den Inhalt des Geschäftsführungsvertrages weder kannten noch diesen kennen mussten.

Zur Frage der beruflichen (Un-)Zuverlässigkeit:

Gemäß § 68 Abs 1 Z 5 BVergG, hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde. § 68 Abs 1 Z 5 BVergG umschreibt einen Bereich der beruflichen Unzuverlässigkeit, der von einer "Nachweislichkeit" einer schweren Verfehlung abhängt. Die Beweislast für das Vorliegen einer schweren Verfehlung trifft den Auftraggeber (vgl. Gölle in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen § 51 Z 4 BVergG 2002, Rz 32). Gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde. Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG umschreibt einen Bereich der beruflichen Unzuverlässigkeit, der von einer "Nachweislichkeit" einer schweren Verfehlung abhängt. Die Beweislast für das Vorliegen einer schweren Verfehlung trifft den Auftraggeber (vergleiche Gölle in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG 2002, Rz 32).

Es obliegt somit dem Auftraggeber, nachzuweisen, dass eine schwere berufliche Verfehlung vorliegt, die den

Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren rechtfertigt. Wie dieser Nachweis durch den Auftraggeber zu erfolgen hat, regelt das BVergG nicht (vgl. auch Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 306). Dem Gesetzeswortlaut des § 68 Abs 1 Z 5 BVergG ist nicht explizit zu entnehmen, wie der Nachweis einer beruflichen Verfehlung iSd § 68 Abs 1 Z 5 BVergG zu erfolgen hat bzw was unter einer nachweislichen Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung zu verstehen ist. Daher ist der Wille des Gesetzgebers anhand der Erläuterungen zu erforschen. Nach den Materialien zum BVergG 2006, 1171 der Beilagen XXII GP, Regierungsvorlage, ergibt sich aus der systematischen Interpretation mit den weiteren Ausschlussstatbeständen sowie den Regelungen des § 70, dass das Gesetz an diesen Nachweis strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit legt. Die Tatsache, dass der Auftraggeber ein bestimmtes in einem früheren Auftragsverhältnis gesetztes Verhalten des Bewerbers, über dessen Bewertung er gerade mit dem Bewerber im Rechtsstreit liegt, als schwere Verfehlung wertet, stellt keinen objektiven Kriterien genügenden Nachweis dar. Die Umstände, auf die sich der Nachweis der schweren beruflichen Verfehlung durch den Auftraggeber gründet, müssen wesentlich von objektiv vorliegenden und nicht erst künftiger gerichtlicher Klärung unterliegender und bedürftiger Umstände abhängen. Es obliegt somit dem Auftraggeber, nachzuweisen, dass eine schwere berufliche Verfehlung vorliegt, die den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren rechtfertigt. Wie dieser Nachweis durch den Auftraggeber zu erfolgen hat, regelt das BVergG nicht vergleiche auch Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 306). Dem Gesetzeswortlaut des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG ist nicht explizit zu entnehmen, wie der Nachweis einer beruflichen Verfehlung iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zu erfolgen hat bzw was unter einer nachweislichen Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung zu verstehen ist. Daher ist der Wille des Gesetzgebers anhand der Erläuterungen zu erforschen. Nach den Materialien zum BVergG 2006, 1171 der Beilagen römisch 22 GP, Regierungsvorlage, ergibt sich aus der systematischen Interpretation mit den weiteren Ausschlussstatbeständen sowie den Regelungen des Paragraph 70,, dass das Gesetz an diesen Nachweis strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit legt. Die Tatsache, dass der Auftraggeber ein bestimmtes in einem früheren Auftragsverhältnis gesetztes Verhalten des Bewerbers, über dessen Bewertung er gerade mit dem Bewerber im Rechtsstreit liegt, als schwere Verfehlung wertet, stellt keinen objektiven Kriterien genügenden Nachweis dar. Die Umstände, auf die sich der Nachweis der schweren beruflichen Verfehlung durch den Auftraggeber gründet, müssen wesentlich von objektiv vorliegenden und nicht erst künftiger gerichtlicher Klärung unterliegender und bedürftiger Umstände abhängen.

Laut Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen § 51 Z 4 BVergG 2002, muss der Auftraggeber in objektivierbarer und nachvollziehbarer Weise zur vollen Überzeugung von der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Unternehmers gelangt sein. Unspezifizierte Vorwürfe, ein bloßer Verdacht oder Mutmaßungen genügen nicht; auch nicht ein noch nicht rechtskräftiges Zivilgerichtsverfahren, in dem der Auftraggeber Verfehlungen behauptet (vgl. BVA 6.3.1996, N-1/96-14, N-2/96-13; B-VKK 18.12.1998, S-89/98-9B-VKK 31.1.1996, S-1/96-11). Laut Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG 2002, muss der Auftraggeber in objektivierbarer und nachvollziehbarer Weise zur vollen Überzeugung von der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Unternehmers gelangt sein. Unspezifizierte Vorwürfe, ein bloßer Verdacht oder Mutmaßungen genügen nicht; auch nicht ein noch nicht rechtskräftiges Zivilgerichtsverfahren, in dem der Auftraggeber Verfehlungen behauptet vergleiche BVA 6.3.1996, N-1/96-14, N-2/96-13; B-VKK 18.12.1998, S-89/98-9B-VKK 31.1.1996, S-1/96-11).

Gegenständlich liegt aber unbestrittener Maßen weder ein Geständnis der Antragstellerin in einem behördlichen Ermittlungsverfahren vor, noch ist ein eventuelles Fehlverhalten unbestritten. Vielmehr bestreitet die Antragstellerin, eine schwere berufliche Verfehlung begangen zu haben. Ebenso wenig kann sich im gegenständlichen Fall – wie gefordert – eine volle Überzeugung der vergebenden Stelle von der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit aufgrund von objektiven Feststellungen anderer Stellen (etwa eines Rechnungshofes oder eines Kontrollamtes) ergeben, da solche Feststellungen (siehe hiezu unten) nicht vorliegen. Auch liegen weder ein noch nicht rechtskräftiges und schon gar kein rechtskräftiges Urteil oder ein Bescheid, die das Fehlverhalten zum Gegenstand haben, vor. Vielmehr hat die Antragstellerin selbst ein zivilgerichtliches Verfahren gegen die BIG eingeleitet. Zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin lag keine gutachterliche Stellungnahme zu einer schweren beruflichen Verfehlung der Antragstellerin betreffend das Projekt Z*** vor.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine schwere berufliche Verfehlung der Antragstellerin seitens des Auftraggebers iSd § 68 Abs 1 Z 5 BVergG nicht nachweislich festgestellt wurde. Die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes

der Antragstellerin ist daher zumindest stark in Zweifel zu ziehen. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine schwere berufliche Verfehlung der Antragstellerin seitens des Auftraggebers iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG nicht nachweislich festgestellt wurde. Die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin ist daher zumindest stark in Zweifel zu ziehen.

Zur Punktbewertung:

Dem BVergG liegt das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen [vgl. BVergG § 2 Z 16 (RV 1171 BlgNR XXII GP 13)] mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden, flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen (§ 321 BVergG) zugrunde. Die Präklusionswirkung im BVergG bezieht sich grundsätzlich auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen [vgl. RV 1171 BlgNR XXII GP 137f; Dem BVergG liegt das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen [vgl. BVergG Paragraph 2, Ziffer 16, Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 Gesetzgebungsperiode 13]] mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden, flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen (Paragraph 321, BVergG) zugrunde. Die Präklusionswirkung im BVergG bezieht sich grundsätzlich auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen [vgl. Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 Gesetzgebungsperiode 137f;

siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38;

29.8.2003, 13N-72/03-11; 20.6.2003, 17N-46/03-34; sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f].

Die Antragstellerin hat die gegenständliche Ausschreibung nicht innerhalb der in § 321 Abs 2 BVergG 2006 vorgesehenen Frist angefochten. Diese hat daher Bestandskraft erlangt (vgl. VwGH 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25 u.a.). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Diese stellen in der Folge die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote dar. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhält. Eine solche Bindung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des § 19 Abs 1 BVergG entscheidend [vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtssprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs-C-87/94, Kommission/Belgien, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25]. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass (auch) die Bestimmungen des Punktes 18.2. der Ausschreibung bestandfest geworden und der Bestbieterermittlung zugrunde zu legen sind. Die darin festgelegte Vorgangsweise zur Punkteermittlung ist somit anzuwenden. Wie sich aus Punkt 18.2. ergibt, wird die Punkteanzahl wie folgt ermittelt: Die Antragstellerin hat die gegenständliche Ausschreibung nicht innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 vorgesehenen Frist angefochten. Diese hat daher Bestandskraft erlangt (vergleiche VwGH 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25 u.a.). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Diese stellen in der Folge die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote dar. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhält. Eine solche Bindung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtssprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs-C-87/94, Kommission/Belgien, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25]. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass (auch) die Bestimmungen des Punktes 18.2. der Ausschreibung bestandfest geworden und der Bestbieterermittlung zugrunde zu legen sind. Die darin festgelegte Vorgangsweise zur Punkteermittlung ist somit anzuwenden. Wie sich aus Punkt 18.2. ergibt, wird die Punkteanzahl wie folgt ermittelt:

Im Falle der Auftragserteilung nach dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gelten für diese im Zuge der Angebotsprüfung nicht ausgeschiedenen Angebote nachstehende [...]

Kriterien:

1. 1.Ziffer eins

Gesamtpreis Gewichtung 98%

Anmerkung: Die Bewertung des Gesamtpreises erfolgt mittels nachstehender Formel:

Gewichtete Punkteermittlung = (Gesamtpreis des nicht ausgeschiedenen Billigstbieters) : (Gesamtpreis des jeweiligen Bieters) x (100) x (Gewichtung)

1. 4.Ziffer 4

Angeborene Gewährleistungsfristen Gewichtung 2%

Anmerkung: Die Bewertung der angebotenen Gewährleistungsfrist(en) erfolgt mittels nachstehender Formel:

Mindestgewährleistungsfrist: 73 Punkte

Pro angebotenem zusätzlichen Gewährleistungsjahr:

+ 9 Punkte (maximal + 27 Punkte) *)-

Gewichtete Punkteermittlung = (jeweilige Gesamtpunktzahl) x (Gewichtung)

Die Bestimmung des Punktes 18.2. ist nach deren klarem Wortlaut eindeutig so zu verstehen, dass jener Bieter Bestbieter ist, der in Summe der beiden (gewichteten) Zuschlagskriterien die höchste Punktzahl erreicht. Die Bestimmung enthält keine Aussagen dazu, dass die ermittelte Punktzahl etwa auf- oder abzurunden wäre oder dazu, wie viele Stellen "hinter dem Komma" relevant sind. Da also nach dem klaren Wortlaut der Ausschreibung die ermittelte Punktzahl weder aufzurunden noch abzurunden ist, kommt es allein auf die tatsächlich rechnerisch ermittelte Punktzahl an. Aus der Bestimmung ergibt sich auch nicht, dass – wie von der Antragstellerin vorgebracht – "halbe Punkte" nicht zählen würden. Auch der Fall einer allfälligen Punktegleichheit ist nicht geregelt. Eine solche liegt jedoch gegenständlich nicht vor.

Für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs-C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17] eindeutig erkennbar sein, dass iSd Bestimmungen des Punktes 18.2. der Zuschlag auf jenes Angebot erfolgen soll, das gemäß der beschriebenen Formel die meisten Punkte erhält. Dies ist – wie bereits dargestellt das Angebot der B***. Diese wäre somit auch bei Nichtausscheidung des Angebotes der Antragstellerin jedenfalls Bestbieterin, ein anderer Verfahrensausgang somit auch bei Nichtausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nicht gegeben.

Zu Spruchpunkt II.Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 318 Abs 1 BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß § 318 Abs. 2 Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß Paragraph 318, Absatz 2

1. 1.Ziffer eins

Satz leg. cit. nach dem vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren richtet. Gemäß § 318 Abs. 3 leg. cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten. Satz leg. cit. nach dem vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren richtet. Gemäß Paragraph 318, Absatz 3, leg. cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.

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

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn
Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung in der Höhe von jeweils Euro 2.500.- -, insgesamt somit Euro 5.000, wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung in der Höhe von jeweils Euro 2.500.- -, insgesamt somit Euro 5.000, wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet.

Da den Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkt I nicht stattgegeben wurde, und somit auch ein "teilweises Obsiegen" iSd § 319 Abs 1 BVergG nicht vorliegt, kommt es zu keinem Gebührenersatz für den Nachprüfungsantrag. Mit Bescheid vom 3.7.2007, N/0065-BVA/15/2007- EV36, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Da jedoch dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, kommt gemäß § 319 Abs. 2 BVergG ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht. Da den Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkt römisch eins nicht stattgegeben wurde, und somit auch ein "teilweises Obsiegen" iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG nicht vorliegt, kommt es zu keinem Gebührenersatz für den Nachprüfungsantrag. Mit Bescheid vom 3.7.2007, N/0065-BVA/15/2007- EV36, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Da jedoch dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, kommt gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht.

Schlagworte

Auftraggebereigenschaft; Einrichtung öffentlichen Rechts; Zuständigkeit; Antragslegitimation

Dokumentnummer

VERGT_20070807_N_0065_BVA_15_2007_75_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at