

TE Verg Bescheid 2007/2/8 VKS-3453/06

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.02.2007

Norm

WVRG §1 Abs1 und 2

WVRG §2 Abs1 und 3

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §345

AVG §6

WWG §1 Abs2

GewO §1 Abs1

WWFSG §9 Abs1

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. AVG § 6 heute
2. AVG § 6 gültig ab 01.02.1991

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Heinrich Rösch, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Vergabe des Bauauftrages zur Durchführung von Spenglerarbeiten THEWOSAN Sanierung in der Wohnhausanlage 1230 Wien, Altmannsdorferstraße 207-225, durch die Antragsgegnerin GESIBA Gemeinnützige Siedlungs- und Bauaktiengesellschaft, Eßlinggasse 8-10, 1010 Wien, vertreten durch Lessiak und Partner, Rechtsanwalts GmbH in Wien, diese vertreten durch Dr. Phillip Pelz, Rechtsanwalt in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

Der Antrag, der Vergabekontrollsenat Wien möge feststellen, dass der gegenständliche Zuschlag auf Grund von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz bzw. gegen die der Vergabe ausdrücklich zugrunde gelegte Ö-NORM A2050 nicht der Antragstellerin als Bestbieterin erteilt wurde und dieser dadurch ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1 und 2, 2 Abs. 1 und 3, WVRG, §§ 3 Abs. 1 Z 2, 345 BVergG 2006 § 6 AVG, § 1 Abs. 2 WWG, § 1 Abs. 1 GewO, § 9 Abs. 1 WWFSG. Paragraphen eins, Absatz eins und 2, 2 Absatz eins und 3, WVRG, Paragraphen 3, Absatz eins, Ziffer 2, 345, BVergG 2006, Paragraph 6, AVG, Paragraph eins, Absatz 2, WWG, Paragraph eins, Absatz eins, GewO, Paragraph 9, Absatz eins, WWFSG.

Begründung:

Die GESIBA Gemeinnützige Siedlungs- und Bauaktiengesellschaft (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat am 16.3.2006 die Vergabe von Spenglerarbeiten im Zuge der Sanierung von Siedlungsbauten in Wien 23., Altmannsdorferstraße 207- 225 im Rahmen eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 300.000,-- ohne Ust. ausgeschrieben und im Amtsblatt der Stadt Wien bekanntgemacht. Der Zuschlag sollte auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 20.4.2006, 9.00 Uhr. Am Verfahren haben sich insgesamt 8 Bieter, darunter auch die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Der Zuschlag wurde zwischenzeitig von der Antragsgegnerin erteilt.

Mit dem am 30.11.2006 eingelangte Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Feststellung, „dass der gegenständliche Zuschlag auf Grund von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz bzw. gegen die der Vergabe ausdrücklich zugrunde gelegte ÖNORM A2050 nicht der Antragstellerin als Bestbieterin erteilt wurde und dieser dadurch ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist.“ Sie führt begründend dazu aus, sie habe das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt und hätte daher den Zuschlag erhalten müssen. Als Leistungsfrist sei (ursprünglich) der Zeitraum ab April 2006 bis November 2006 vorgesehen gewesen. Entgegen den Erwartungen der Antragstellerin habe sie nach Angebotsöffnung weder eine Zuschlagsentscheidung erhalten noch sei sonst irgendetwas „geschehen“. Erst mit Schreiben vom 18.10.2006, der Antragstellerin am 20.10.2006 zugegangen, habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung Korrekturen notwendig geworden wären, die im Ergebnis zu einer Unreihung geführt hätten. Das Angebot der Antragstellerin komme daher nur mehr an zweiter Stelle zu liegen. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass „zwischenzeitlich der Auftrag nach Freigabe durch den Wohnfond bereits an ein anderes Unternehmen erteilt worden sei“.

Die Antragstellerin habe daraufhin mit Schreiben vom 25.10.2006 neuerlich die Zustellung einer Bekanntgabe im Sinne des § 131 BVergG verlangt. Nach einer weiteren Aufforderung vom 9.11.2006 habe die Antragsgegnerin ein mit 6.11.2006 datiertes, der Antragstellerin jedoch erst am 13.11.2006 zugegangenes Schreiben übermittelt, in welchem sie mitgeteilt habe, „dass nach erfolgter Angebotsöffnung intern eine Überprüfung der ausgeschrieben Leistungen und Mengenansätze vorgenommen worden sei und hierbei festgestellt werden musste, dass zwei Positionen Mengenfehler aufwiesen und bei diesen die tatsächlich zur Ausführung gelangende Menge jeweils nur 10% der ausgeschrieben Menge betrage. Alle Angebote seien daher unter Berücksichtigung der richtig gestellten Maßen neu durchgerechnet worden“, wodurch nunmehr sich das Angebot eines Mitbewerbers als billigstes errechnet habe. Die Antragstellerin habe daraufhin mit Schreiben vom 25.10.2006 neuerlich die Zustellung einer Bekanntgabe im Sinne des Paragraph 131, BVergG verlangt. Nach einer weiteren Aufforderung vom 9.11.2006 habe die Antragsgegnerin ein mit 6.11.2006 datiertes, der Antragstellerin jedoch erst am 13.11.2006 zugegangenes Schreiben übermittelt, in welchem sie mitgeteilt habe, „dass nach erfolgter Angebotsöffnung intern eine Überprüfung der ausgeschrieben Leistungen und Mengenansätze vorgenommen worden sei und hierbei festgestellt werden musste, dass zwei Positionen Mengenfehler aufwiesen und bei diesen die tatsächlich zur Ausführung gelangende Menge jeweils nur 10% der ausgeschrieben Menge betrage. Alle Angebote seien daher unter Berücksichtigung der richtig gestellten Maßen neu durchgerechnet worden“, wodurch nunmehr sich das Angebot eines Mitbewerbers als billigstes errechnet habe.

Die Antragstellerin hält diese Vorgangsweise der Antragsgegnerin als grob vergaberechtswidrig weil in Wahrheit der Antragstellerin „niemals eine Zuschlagsentscheidung samt Stillhaltefrist mitgeteilt“ worden wäre, wodurch ihr die Möglichkeit genommen worden sei, die Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen. Überdies mache diese Vorgangsweise den Zuschlag absolut nichtig.

In weiterer Folge stellt die Antragstellerin die behaupteten Rechtswidrigkeiten ebenso dar wie den ihr durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin entstandenen Schaden. Die für ein Verfahren im Unterschwellenbereich zu entrichtenden Gebühren wurden beigebracht.

In ihrer Stellungnahme vom 15.12.2006 hat die Antragsgegnerin zunächst geltend gemacht, der Vergabekontrollsenat sei zur Behandlung des Feststellungsbegehrens nicht zuständig, weil es sich bei der GESIBA nicht um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 lit. a BVergG 2006 handle. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens wäre daher zurückzuweisen. Bereits in seiner Entscheidung vom 20.1.1997, MD-BD-7665/96, habe der Vergabekontrollsenat festgestellt, dass die Antragsgegnerin zwar als Unternehmen anzusehen sei, dass im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfülle, jedoch die von ihr entfalteten Tätigkeiten gewerblicher Art wären. Auch wenn an der Antragsgegnerin überwiegend Gebietskörperschaften beteiligt wären, komme ihr in Folge Gewerblichkeit ihrer Aufgabenerfüllung nicht die Qualität eines öffentlichen Auftraggebers zu. Daran ändere auch nichts, dass an einer einzigen Stelle der gesamten Ausschreibung (irrtümlich durch Übernahme einer Formulierung aus einem Muster) der Hinweis erfolgt sei, dass „die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung auf der Grundlage des Bundesvergabegesetzes (BVergG 2002) erfolgt“. Abgesehen davon, dass dieser Irrtum schon dadurch evident sei, dass in einer Ausschreibung im März 2006 richtig nicht auf das BVergG 2002 sondern auf das BVergG 2006 zu verweisen gewesen wäre, könne selbst die ausdrücklich Unterwerfung eines Verfahrens unter das BVergG keine Behördenzuständigkeit nach dem Vergaberegime begründen. Inhaltlich werden die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten bestritten. In ihrer Stellungnahme vom 15.12.2006 hat die Antragsgegnerin zunächst geltend gemacht, der Vergabekontrollsenat sei zur Behandlung des Feststellungsbegehrens nicht zuständig, weil es sich bei der GESIBA nicht um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2006 handle. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens wäre daher zurückzuweisen. Bereits in seiner Entscheidung vom 20.1.1997, MD-BD-7665/96, habe der Vergabekontrollsenat festgestellt, dass die Antragsgegnerin zwar als Unternehmen anzusehen sei, dass im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfülle, jedoch die von ihr entfalteten Tätigkeiten gewerblicher Art wären. Auch wenn an der Antragsgegnerin überwiegend Gebietskörperschaften beteiligt wären, komme ihr in Folge Gewerblichkeit ihrer Aufgabenerfüllung nicht die Qualität eines öffentlichen Auftraggebers zu. Daran ändere auch nichts, dass an einer einzigen Stelle der gesamten Ausschreibung (irrtümlich durch Übernahme einer Formulierung aus einem Muster) der Hinweis erfolgt sei, dass „die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung auf der Grundlage des Bundesvergabegesetzes (BVergG 2002) erfolgt“. Abgesehen davon, dass dieser Irrtum schon dadurch evident sei, dass in einer Ausschreibung im März 2006 richtig nicht auf das BVergG 2002 sondern auf das BVergG 2006 zu verweisen gewesen wäre, könne selbst die ausdrücklich Unterwerfung eines Verfahrens unter das BVergG keine Behördenzuständigkeit nach dem Vergaberegime begründen. Inhaltlich werden die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten bestritten.

Mit Schriftsatz vom 18.12.2006 hat die Antragstellerin auf das Vorbringen der Antragsgegnerin repliziert und zur Frage der Zuständigkeit ausgeführt, die von der Antragsgegnerin zitierte Entscheidung des Vergabekontrollsenates sei für das „gegenständliche Verfahren ohne jede Bedeutung, da sie (Antragsgegnerin) selbst in den dieser Vergabe zugrunde liegenden Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes bzw. der ÖNORM A2050 für anwendbar bzw. der Vergabe zugrunde zu legen erklärt“ habe. In einer weiteren Stellungnahme vertritt die Antragstellerin zum Problem der Zuständigkeit die Ansicht, dass die „diesbezüglich zitierte Entscheidung des Vergabekontrollsenates beim Amt der Wiener Landesregierung vom 20.1.1997 zur Zahl MD BD-7665/06 VKS gegenständlich nicht anwendbar „sei“. Weil „zwischenzeitlich sowohl das Bundesvergabegesetz, als auch das Wiener Vergaberechtsschutzgesetz geändert wurden“. Darüber hinaus stünde diese Entscheidung eindeutig im Widerspruch zur Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu dieser Rechtsfrage (insbesondere im Zusammenhang mit ähnlich konstruierten Gesellschaften in Frankreich und Deutschland) und lässt sich dort eindeutig die Tendenz erkennen, die Anwendbarkeit des Vergaberegimes auszuweiten. Dazu komme, dass die Antragsgegnerin selbst ausführe, dass Bauvereinigungen wie sie eine sei, durch § 1 Abs. 2 WGG ausdrücklich aus dem Geltungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen seien, womit sie (da sämtliche anderen Voraussetzungen vorliegen) mangels „Tätigkeit gewerblicher Art“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG ganz eindeutig dem Vergaberegime unterliegen würden. Eines der Hauptkriterien für das Vorliegen einer „Tätigkeit gewerblicher Art“ sei die Gewinnerzielungsabsicht und liege eine solche bei der Antragsgegnerin schon auf Grund ihrer eigenen Statuten nicht vor. Daran könne auch nichts ändern, wenn sie theoretisch Gewinne erzielen dürfte, da es eben an der Absicht fehle, solche auch tatsächlich zu erzielen. Gerade das von der Antragsgegnerin selbst zitierte „Kostendeckungsprinzip“ widerspreche eindeutig einer derartigen

Absicht. Die Antragsgegnerin besitze „daher sehr wohl die Qualität eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des Bundesvergabegesetzes, weswegen der Vergabekontrollsenat Wien auch zur Entscheidung über den gegenständlichen Antrag zuständig“ sei. Mit Schriftsatz vom 18.12.2006 hat die Antragstellerin auf das Vorbringen der Antragsgegnerin repliziert und zur Frage der Zuständigkeit ausgeführt, die von der Antragsgegnerin zitierte Entscheidung des Vergabekontrollsenates sei für das „gegenständliche Verfahren ohne jede Bedeutung, da sie (Antragsgegnerin) selbst in den dieser Vergabe zugrunde liegenden Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes bzw. der ÖNORM A2050 für anwendbar bzw. der Vergabe zugrunde zu legen erklärt“ habe. In einer weiteren Stellungnahme vertritt die Antragstellerin zum Problem der Zuständigkeit die Ansicht, dass die „diesbezüglich zitierte Entscheidung des Vergabekontrollsenates beim Amt der Wiener Landesregierung vom 20.1.1997 zur Zahl MD BD-7665/06 VKS gegenständlich nicht anwendbar „sei“. Weil „zwischenzeitlich sowohl das Bundesvergabegesetz, als auch das Wiener Vergaberechtsschutzgesetz geändert wurden“. Darüber hinaus stünde diese Entscheidung eindeutig im Widerspruch zur Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu dieser Rechtsfrage (insbesondere im Zusammenhang mit ähnlich konstruierten Gesellschaften in Frankreich und Deutschland) und lässt sich dort eindeutig die Tendenz erkennen, die Anwendbarkeit des Vergaberegimes auszuweiten. Dazu komme, dass die Antragsgegnerin selbst ausführe, dass Bauvereinigungen wie sie eine sei, durch Paragraph eins, Absatz 2, WGG ausdrücklich aus dem Geltungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen seien, womit sie (da sämtliche anderen Voraussetzungen vorliegen) mangels „Tätigkeit gewerblicher Art“ im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ganz eindeutig dem Vergaberegime unterliegen würden. Eines der Hauptkriterien für das Vorliegen einer „Tätigkeit gewerblicher Art“ sei die Gewinnerzielungsabsicht und liege eine solche bei der Antragsgegnerin schon auf Grund ihrer eigenen Statuten nicht vor. Daran könne auch nichts ändern, wenn sie theoretisch Gewinne erzielen dürfte, da es eben an der Absicht fehle, solche auch tatsächlich zu erzielen. Gerade das von der Antragsgegnerin selbst zitierte „Kostendeckungsprinzip“ widerspreche eindeutig einer derartigen Absicht. Die Antragsgegnerin besitze „daher sehr wohl die Qualität eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des Bundesvergabegesetzes, weswegen der Vergabekontrollsenat Wien auch zur Entscheidung über den gegenständlichen Antrag zuständig“ sei.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Senat auf Grund des Vorbringens der am Verfahren Beteiligten, der von ihnen vorgelegten Urkunden sowie des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine Bauvereinigung in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, die auf Grund des Bundesgesetzes vom 8. März 1979 über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz – WGG) ihre Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 WGG ausübt. Auf gemeinnützige Bauvereinigungen finden die Bestimmungen der Gewerbeordnung keine Anwendung. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine Bauvereinigung in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, die auf Grund des Bundesgesetzes vom 8. März 1979 über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz – WGG) ihre Tätigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, WGG ausübt. Auf gemeinnützige Bauvereinigungen finden die Bestimmungen der Gewerbeordnung keine Anwendung.

Die Antragsgegnerin hat mit Bekanntmachung vom 16.3.2006, mit Angebotsende 20.4.2006, 9.00 Uhr, im Amtsblatt der Stadt Wien das Bauvorhaben zur Durchführung von Spenglerarbeiten im Zuge der Sanierung einer Wohnhausanlage in Wien 23 ausgeschrieben. Der Auftragswert beträgt rund EUR 300.000,--. Der Zuschlag sollte auf das Angebot mit dem billigsten Preis erfolgen.

Unter anderem hat sich die Antragstellerin durch Legung eines Angebotes am Verfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung am 20.4.2006 wurde ihr Angebot als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

In der Folge ist der Antragstellerin eine Zuschlagsentscheidung nicht zugekommen. Erstmals hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.10.2006 die Antragstellerin dahin verständigt, dass als Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung deren Angebot an zweiter Stelle zu reihen war. Gleichzeitig wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass der Auftrag bereits einem anderen Unternehmen erteilt worden sei.

Der Antrag auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens ist am 30.11.2006 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten

sowie auf das Vorbringen der Parteien. Schwerpunkt des Verfahrens war zunächst die Prüfung der Frage, ob die Antragsgegnerin öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes 2006 ist oder nicht. Obwohl von keiner der Parteien dies beantragt wurde, hat der Senat zum Zwecke der rechtlichen Erörterung der Zuständigkeitsfrage eine mündliche Verhandlung durchgeführt, um letztlich die am Verfahren Beteiligten mit seiner Rechtsansicht nicht zu überraschen (§ 24 Abs. 1 WVRG). Die Erörterung der Sachlage in der mündlichen Verhandlung hat jedoch keine abweichenden Standpunkte oder neue Aspekte zur Zuständigkeitsfrage ergeben. Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie auf das Vorbringen der Parteien. Schwerpunkt des Verfahrens war zunächst die Prüfung der Frage, ob die Antragsgegnerin öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes 2006 ist oder nicht. Obwohl von keiner der Parteien dies beantragt wurde, hat der Senat zum Zwecke der rechtlichen Erörterung der Zuständigkeitsfrage eine mündliche Verhandlung durchgeführt, um letztlich die am Verfahren Beteiligten mit seiner Rechtsansicht nicht zu überraschen (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG). Die Erörterung der Sachlage in der mündlichen Verhandlung hat jedoch keine abweichenden Standpunkte oder neue Aspekte zur Zuständigkeitsfrage ergeben.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf den Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens (Bekanntmachung im Amtsblatt der Stadt Wien am 16.3.2006) auf den gegenständlichen Sachverhalt die Bestimmungen des BVergG 2006 mit den aus § 345 Abs. 3 leg. cit. ersichtlichen Ausnahmen anzuwenden sind. Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf den Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens (Bekanntmachung im Amtsblatt der Stadt Wien am 16.3.2006) auf den gegenständlichen Sachverhalt die Bestimmungen des BVergG 2006 mit den aus Paragraph 345, Absatz 3, leg. cit. ersichtlichen Ausnahmen anzuwenden sind.

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Antragsgegnerin unter Punkt 00.1101 festgelegt, dass „die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung auf der Grundlage des Bundesvergabegesetzes (BVergG 2002) erfolgt“.

Gemäß § 6 Abs. 1 AVG hat „die Behörde .. ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amtswegen wahrzunehmen“. Die Bestimmungen des AVG sind gemäß § 2 Abs. 3 WVRG, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, im Nachprüfungsverfahren vor dem Vergabekontrollsenat anzuwenden. Nach § 2 Abs. 1 WVRG unterliegt die Nachprüfung von Vergaben von Aufträgen nach dem Bundesvergabegesetz 2002 (nunmehr Bundesvergabegesetz 2006) durch die in § 1 des WVRG genannten Auftraggeber dem Vergabekontrollsenat. Im Zuge der amtlich vorzunehmenden Zuständigkeitsprüfung war daher zunächst zu prüfen, ob es sich bei der Antragsgegnerin, einer gemeinnützigen Siedlungs- und Bauaktiengesellschaft, um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, bzw. § 1 Abs. 1 und 2 WVRG handelt. Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, AVG hat „die Behörde .. ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amtswegen wahrzunehmen“. Die Bestimmungen des AVG sind gemäß Paragraph 2, Absatz 3, WVRG, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, im Nachprüfungsverfahren vor dem Vergabekontrollsenat anzuwenden. Nach Paragraph 2, Absatz eins, WVRG unterliegt die Nachprüfung von Vergaben von Aufträgen nach dem Bundesvergabegesetz 2002 (nunmehr Bundesvergabegesetz 2006) durch die in Paragraph eins, des WVRG genannten Auftraggeber dem Vergabekontrollsenat. Im Zuge der amtlich vorzunehmenden Zuständigkeitsprüfung war daher zunächst zu prüfen, ob es sich bei der Antragsgegnerin, einer gemeinnützigen Siedlungs- und Bauaktiengesellschaft, um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, bzw. Paragraph eins, Absatz eins und 2 WVRG handelt.

Unstrittig ist, dass die Antragsgegnerin als gemeinnützige Siedlungs- und Bauaktiengesellschaft den Vorgaben des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes entspricht und deshalb die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 auf ihre Tätigkeit keine Anwendung finden. Unstrittig ist auch, dass an der Antragsgegnerin die Stadt Wien mit jedenfalls mehr als der relativen Mehrheit beteiligt ist. Dennoch ist die Eigenschaft der Antragsgegnerin als „öffentlicher Auftraggeber“ zu verneinen.

Nach § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 sind öffentliche Auftraggeber Nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 sind öffentliche Auftraggeber:

„Einrichtungen, die

a.) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nichtgewerblicher Art sind und b.) zumindest teilrechtsfähig sind und

c.) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Zahl 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, ..c.) überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Zahl 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind, .."

Die Absätze 2 und 3 des § 3 WVRG 2006 sind gegenständlich nicht zur Lösung dieser Frage heranzuziehen, weil der Auftragswert ca. EUR 300.000,-- beträgt und damit im Unterschwellenbereich zu liegen käme. Die Absätze 2 und 3 des Paragraph 3, WVRG 2006 sind gegenständlich nicht zur Lösung dieser Frage heranzuziehen, weil der Auftragswert ca. EUR 300.000,-- beträgt und damit im Unterschwellenbereich zu liegen käme.

Unstrittig ist, dass die Antragsgegnerin im Allgemeininteresse liegende Aufgaben durchführt. Eine weitere, kumulative Voraussetzung für die Annahme der Qualifikation als „öffentlicher Auftraggeber“ ist jedoch die Besorgung von „Aufgaben nicht gewerblicher Art“. Der EuGH hat bei der Beurteilung des Vorliegens des Tatbestandsmerkmals „Aufgaben gewerblicher Art“ auf die Erbringung einer wirtschaftlichen Tätigkeit abgestellt, die auf dem Markt angeboten wird. Dabei ist von besonderer Bedeutung der Umstand, ob die Einrichtung, auch wenn sie keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, doch gemäß ihrer Satzung nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet. Soweit kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen ist und die Einrichtung daher selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, spricht dies grundsätzlich für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art (vergleiche EuGH RsC-283/00, RsC-18/01 ua). Unter einer Einrichtung, die Aufgaben „gewerblicher Art“ besorgt, ist folglich eine Einrichtung zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen (das heißt unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) ihres Handelns trägt (vgl. Elsner BVergG 2006, Rz. 213F). Diese Bedingungen wurden von der Antragsgegnerin erfüllt. Unstrittig ist, dass die Antragsgegnerin im Allgemeininteresse liegende Aufgaben durchführt. Eine weitere, kumulative Voraussetzung für die Annahme der Qualifikation als „öffentlicher Auftraggeber“ ist jedoch die Besorgung von „Aufgaben nicht gewerblicher Art“. Der EuGH hat bei der Beurteilung des Vorliegens des Tatbestandsmerkmals „Aufgaben gewerblicher Art“ auf die Erbringung einer wirtschaftlichen Tätigkeit abgestellt, die auf dem Markt angeboten wird. Dabei ist von besonderer Bedeutung der Umstand, ob die Einrichtung, auch wenn sie keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, doch gemäß ihrer Satzung nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet. Soweit kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen ist und die Einrichtung daher selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, spricht dies grundsätzlich für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art (vergleiche EuGH RsC-283/00, RsC-18/01 ua). Unter einer Einrichtung, die Aufgaben „gewerblicher Art“ besorgt, ist folglich eine Einrichtung zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen (das heißt unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) ihres Handelns trägt (vergleiche Elsner BVergG 2006, Rz. 213F). Diese Bedingungen wurden von der Antragsgegnerin erfüllt.

Im Zusammenhang hat die Antragsgegnerin – von der Antragstellerin nicht bestritten – vorgebracht, dass sie zwar durch das Kostendeckungsprinzip des WGG in ihren Möglichkeiten der Gewinnerzielungsabsicht beschränkt, jedoch nicht zur Gänze davon ausgeschlossen sei. Da die Gewinnerzielungsabsicht nicht ausgeschlossen sei und sich die Antragsgegnerin so marktorientiert verhalten kann, dass sie sich vom Marktauftritt gewerblicher Wohnbauunternehmen nicht wesentlich unterscheidet, zeige dies, dass die Antragsgegnerin gewerblich tätig ist. Tatsächlich verfolgt die Antragsgegnerin eine Gewinnerzielungsabsicht, was sich aus § 19 ihrer Satzung ergibt, in der die Möglichkeit einer Gewinnverteilung an die Aktionäre vorgesehen ist. In der Satzung findet sich auch kein Umstand, wonach ein Ausgleich finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen wäre. Im Zusammenhang hat die Antragsgegnerin – von der Antragstellerin nicht bestritten – vorgebracht, dass sie zwar durch das Kostendeckungsprinzip des WGG in ihren Möglichkeiten der Gewinnerzielungsabsicht beschränkt, jedoch nicht zur Gänze davon ausgeschlossen sei. Da die Gewinnerzielungsabsicht nicht ausgeschlossen sei und sich die Antragsgegnerin so marktorientiert verhalten kann, dass sie sich vom Marktauftritt gewerblicher

Wohnbauunternehmen nicht wesentlich unterscheidet, zeige dies, dass die Antragsgegnerin gewerblich tätig ist. Tatsächlich verfolgt die Antragsgegnerin eine Gewinnerzielungsabsicht, was sich aus Paragraph 19, ihrer Satzung ergibt, in der die Möglichkeit einer Gewinnverteilung an die Aktionäre vorgesehen ist. In der Satzung findet sich auch kein Umstand, wonach ein Ausgleich finanzieller Verluste durch die öffentliche Handlung vorgesehen wäre.

Die Antragsgegnerin übt ihre Tätigkeit in Konkurrenz mit anderen Unternehmen aus, sie ist also als typisch erwerbswirtschaftlich im Rahmen eines entwickelten Wettbewerbes tätig anzusehen. Zur Prüfung der Frage, ob die Antragsgegnerin Aufgaben gewerblicher Art erfüllt oder nicht, kann auch auf die Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zum Gewerbsmäßigkeitbegriff der Gewerbeordnung in der jeweils geltenden Fassung zurückgegriffen werden. So hat der Verwaltungsgerichtshof etwa ausgeführt, dass neben der Selbstständigkeit und Regelmäßigkeit gemäß § 1 Abs. 1 Gewerbeordnung als Voraussetzung für die Gewerbsmäßigkeit auch eine Ertragsabsicht, gleichgültig für welchen Zweck der allenfalls erzielte wirtschaftliche Vorteil bestimmt ist, erforderlich ist. Selbst wenn in einem Geschäftsfeld strikt nach dem Selbstkostenprinzip vorgegangen wird, Einnahmen daraus aber auch zur teilweisen Deckung der Kosten in einem anderen Geschäftsbereich herangezogen werden, liegt eine Ertragsabsicht vor (VwGH 19.3.1991-90/040130). Die Antragsgegnerin übt ihre Tätigkeit in Konkurrenz mit anderen Unternehmen aus, sie ist also als typisch erwerbswirtschaftlich im Rahmen eines entwickelten Wettbewerbes tätig anzusehen. Zur Prüfung der Frage, ob die Antragsgegnerin Aufgaben gewerblicher Art erfüllt oder nicht, kann auch auf die Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zum Gewerbsmäßigkeitbegriff der Gewerbeordnung in der jeweils geltenden Fassung zurückgegriffen werden. So hat der Verwaltungsgerichtshof etwa ausgeführt, dass neben der Selbstständigkeit und Regelmäßigkeit gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Gewerbeordnung als Voraussetzung für die Gewerbsmäßigkeit auch eine Ertragsabsicht, gleichgültig für welchen Zweck der allenfalls erzielte wirtschaftliche Vorteil bestimmt ist, erforderlich ist. Selbst wenn in einem Geschäftsfeld strikt nach dem Selbstkostenprinzip vorgegangen wird, Einnahmen daraus aber auch zur teilweisen Deckung der Kosten in einem anderen Geschäftsbereich herangezogen werden, liegt eine Ertragsabsicht vor (VwGH 19.3.1991-90/040130).

Dafür, dass die Tätigkeiten gemeinnütziger Bauvereinigungen grundsätzlich „gewerblicher Art“ sind, spricht auch die ausdrückliche Ausnahme von den Bestimmungen der Gewerbeordnung in § 1 Abs. 2 WGG, sowie inhaltlich das von der Lehre entwickelte Unterscheidungskriterium gegenüber nichtgemeinnützigen Trägern, wonach gemeinnützige Bauvereinigungen „im Prinzip durch partiellen Verzicht des Unternehmens auf Gewinnerzielung und partiellen Verzicht der Eigentümer des Unternehmens auf Gewinnausschüttung“ gekennzeichnet sind (Matzner u.a. „Aspekte der Wohnungsgemeinnützigkeit“ FGW-Studie 1992). Weiters kommt dazu, dass Gemeinnützige Bauvereinigungen am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen, was nicht nur bedeutet, dass sie im geförderten wie nicht geförderten Wohnbau im Anbieterwettbewerb zueinander sowie zu gewerblichen Wohnbauunternehmen und Gemeinden sondern auch in ihrer Tätigkeit als Vermieter in Konkurrenz zu sonstigen privaten oder gewerblichen Vermietern und Verwaltern stehen. Dafür, dass die Tätigkeiten gemeinnütziger Bauvereinigungen grundsätzlich „gewerblicher Art“ sind, spricht auch die ausdrückliche Ausnahme von den Bestimmungen der Gewerbeordnung in Paragraph eins, Absatz 2, WGG, sowie inhaltlich das von der Lehre entwickelte Unterscheidungskriterium gegenüber nichtgemeinnützigen Trägern, wonach gemeinnützige Bauvereinigungen „im Prinzip durch partiellen Verzicht des Unternehmens auf Gewinnerzielung und partiellen Verzicht der Eigentümer des Unternehmens auf Gewinnausschüttung“ gekennzeichnet sind (Matzner u.a. „Aspekte der Wohnungsgemeinnützigkeit“ FGW-Studie 1992). Weiters kommt dazu, dass Gemeinnützige Bauvereinigungen am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen, was nicht nur bedeutet, dass sie im geförderten wie nicht geförderten Wohnbau im Anbieterwettbewerb zueinander sowie zu gewerblichen Wohnbauunternehmen und Gemeinden sondern auch in ihrer Tätigkeit als Vermieter in Konkurrenz zu sonstigen privaten oder gewerblichen Vermietern und Verwaltern stehen.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass gemeinnützige Bauvereinigungen, auch wenn an ihnen überwiegend Gebietskörperschaften beteiligt sind, in Folge Gewerblichkeit ihrer Aufgabenerfüllung nicht die Qualität eines öffentlichen Auftraggebers besitzen, da gemeinnützige Bauvereinigungen im Anbieterwettbewerb untereinander sowie in Konkurrenz mit anderen gewerblichen Wohnbauunternehmen und Gemeinden stehen (Aicher, Gemeinnützige Bauvereinigungen mit Gebietskörperschaftlicher Mehrheitsbeteiligung als öffentliche Auftraggeber, FS Koppensteiner; Lessiak, Sozialwohnungsaktiengesellschaften als öffentliche Auftraggeber, ZVB2/2001).

Nach den Bestimmungen des Wiener Wohnbauförderungs- und Wohnhaussanierungsgesetzes (WWFSG) ist der Kreis, der Förderungen enthält, nicht auf gemeinnützige Bauvereinigungen beschränkt. Nach § 9 Abs. 1 Z 1 WWFSG können

Förderungsmaßnahmen an natürliche Personen und juristische Personen mit Sitz im Inland gewährt werden für die Einrichtung von Wohnungen (Geschäftsräumen) zur Überlassung in Miete, für die Errichtung von Wohnungen (Geschäftsräume) im bzw. zur Übertragung in das Wohnungseigentum sowie für die Errichtung von Eigenheimen. Förderungen erhalten, daher sowohl gewerbliche als auch private Wohnbauträger. Auch eine Förderung im Rahmen einer Wohnhaussanierung ist nicht auf gemeinnützige Bauvereinigungen beschränkt. Nach den Bestimmungen des Wiener Wohnbauförderungs- und Wohnhaussanierungsgesetzes (WWFSG) ist der Kreis, der Förderungen erhält, nicht auf gemeinnützige Bauvereinigungen beschränkt. Nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer eins, WWFSG können Förderungsmaßnahmen an natürliche Personen und juristische Personen mit Sitz im Inland gewährt werden für die Einrichtung von Wohnungen (Geschäftsräumen) zur Überlassung in Miete, für die Errichtung von Wohnungen (Geschäftsräume) im bzw. zur Übertragung in das Wohnungseigentum sowie für die Errichtung von Eigenheimen. Förderungen erhalten, daher sowohl gewerbliche als auch private Wohnbauträger. Auch eine Förderung im Rahmen einer Wohnhaussanierung ist nicht auf gemeinnützige Bauvereinigungen beschränkt.

Auch wenn an der Antragsgegnerin überwiegend Gebietskörperschaften beteiligt sind, ist sie nicht öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, weil sie ihre Tätigkeit in „gewerblicher Art“ im Rahmen eines entwickelten Wettbewerbes ausübt. Auch wenn an der Antragsgegnerin überwiegend Gebietskörperschaften beteiligt sind, ist sie nicht öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, weil sie ihre Tätigkeit in „gewerblicher Art“ im Rahmen eines entwickelten Wettbewerbes ausübt.

Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hat, dass „die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung auf der Grundlage des Bundesvergabegesetz (BVergG 2002) erfolgt“. Unabhängig davon, ob es sich dabei tatsächlich um einen Irrtum der Antragsgegnerin handelt oder nicht, käme einer derartigen Festlegung im Rahmen der zivilrechtlich zulässigen Privatautonomie keine andere Bedeutung zu, als eine vom Auftraggeber vorgegebene Regelung, unter welchen Bedingungen die Leistung vergeben werden soll. Im Sinne einer Selbstbindung des Auftraggebers ist dieser zweifellos daran gebunden und erklärt ein Bieter, der unter diesen Bedingungen zur Leistungserbringung bereit ist, für die Angebotslegung die vom Auftraggeber vorgegebenen Bedingungen zu erfüllen. Es handelt sich somit bei dieser Festlegung der Antragsgegnerin um eine im Rahmen der Privatautonomie vertraglich zulässige Regelung, die jedoch nicht geeignet ist, die Zuständigkeit der Nachprüfungsbehörde zu begründen. Die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde ist nur für Verfahren gegeben, die in den Anwendungsbereich des Vergaberegimes fallen, sohin nicht für Vergabeakte von Rechtsträgern, die nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechtes fallen (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, § 162 Rz 150). Auch die Bestimmung des § 6 Abs. 2 AVG, die gemäß § 2 WVRG vom VKS Wien anzuwenden sind, hält ausdrücklich fest, dass durch eine Vereinbarung der Parteien die Zuständigkeit der Behörde weder begründet noch geändert werden kann. Da die Festlegung der Antragsgegnerin, wonach die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung auf der Grundlage des Bundesvergabegesetzes erfolgen soll, nicht die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates Wien zu begründen vermag, die Antragsgegnerin nicht öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ist, war der Feststellungsantrag mangels Zuständigkeit der angerufenen Behörde als unzulässig zurückzuweisen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hat, dass „die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung auf der Grundlage des Bundesvergabegesetz (BVergG 2002) erfolgt“. Unabhängig davon, ob es sich dabei tatsächlich um einen Irrtum der Antragsgegnerin handelt oder nicht, käme einer derartigen Festlegung im Rahmen der zivilrechtlich zulässigen Privatautonomie keine andere Bedeutung zu, als eine vom Auftraggeber vorgegebene Regelung, unter welchen Bedingungen die Leistung vergeben werden soll. Im Sinne einer Selbstbindung des Auftraggebers ist dieser zweifellos daran gebunden und erklärt ein Bieter, der unter diesen Bedingungen zur Leistungserbringung bereit ist, für die Angebotslegung die vom Auftraggeber vorgegebenen Bedingungen zu erfüllen. Es handelt sich somit bei dieser Festlegung der Antragsgegnerin um eine im Rahmen der Privatautonomie vertraglich zulässige Regelung, die jedoch nicht geeignet ist, die Zuständigkeit der Nachprüfungsbehörde zu begründen. Die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde ist nur für Verfahren gegeben, die in den Anwendungsbereich des Vergaberegimes fallen, sohin nicht für Vergabeakte von Rechtsträgern, die nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechtes fallen (vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Paragraph 162, Rz 150). Auch die Bestimmung des Paragraph 6, Abs. 2 AVG, die gemäß Paragraph 2, WVRG vom VKS Wien anzuwenden sind, hält ausdrücklich fest, dass durch eine Vereinbarung der Parteien die Zuständigkeit der Behörde weder begründet noch geändert werden kann. Da die Festlegung der Antragsgegnerin, wonach die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung

auf der Grundlage des Bundesvergabegesetzes erfolgen soll, nicht die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates Wien zu begründen vermag, die Antragsgegnerin nicht öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ist, war der Feststellungsantrag mangels Zuständigkeit der angerufenen Behörde als unzulässig zurückzuweisen.

Schlagworte

Zurückweisung eines Feststellungsantrages; GESIBA kein öffentlicher Auftraggeber; Tätigkeit „gewerblicher Art“.

Dokumentnummer

VERGT_20070208_3453_06_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