

TE Verg Bescheid 2006/6/27 N/0038-BVA/04/2006-28

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.06.2006

Norm

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §3 Abs1 Z3

BVergG 2006 §4 Z1

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §106 Abs6

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §132 Abs1

BVergG 2006 §132 Abs2

BVergG 2006 §132 Abs3

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §322 Abs1

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

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
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 § 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4 Dr. Margit Möslinger-Gehmayr und GenLt Ing.Mag.Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "BAZ 03/06 - Klimatisierung Innstraße" des Auftraggebers Berufsförderungsinstitut Wien, Alfred Dallinger-Platz 1, 1030 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 18.5.2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4 Dr. Margit Möslinger-Gehmayr und GenLt Ing.Mag.Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz

2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend das Vergabeverfahren "BAZ 03/06 - Klimatisierung Innstraße" des Auftraggebers Berufsförderungsinstitut Wien, Alfred Dallinger-Platz 1, 1030 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 18.5.2006, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin lt Schreiben der Antragsgegnerin vom 9. Mai 2006 für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Die Anträge,

1. 1.Ziffer eins

"der Antragsgegnerin den Ersatz der Kosten des Nachprüfungsantrages aufzuerlegen" und

2. 2.Ziffer 2

"der Antragsgegnerin den Ersatz der Kosten des Provisorialantrages aufzuerlegen",

werden insoweit abgewiesen, als sie sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch den Auftraggeber beziehen. Die darüber hinaus gehenden Begehren werden zurückgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "BAZ 03/06 - Klimatisierung Innstraße" wurde am 11.3.2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik: Amtlicher Lieferanzeiger zu L296391 veröffentlicht. Aus der genannten Veröffentlichung ergibt sich, dass der Auftragsgegenstand gemäß ÖNORM A2050 zur öffentlichen Ausschreibung gelangt. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 10.4.2006, 08.30 Uhr, fixiert.

In den Angebotsunterlagen wird Nachfolgendes ausgeführt:

"....

1. 2.Ziffer 2

Bedingungen für die Lieferung, Gewährleistung und Vertragserstellung:

....

2.1. Die Lieferung der angebotenen Geräte und sonstige Leistungen hat nach Vereinbarung zu erfolgen. Die Lieferung gilt erst dann als durchgeführt, wenn die Geräte ordnungsgemäß aufgestellt, angeschlossen und installiert wurden. Bei Tischen, zusätzlichen Installationen und sonstigen Möbeln muss eine professionelle Aufstellung bzw. Montage bis zum festgesetzten Liefertermin erfolgt sein.

....

1. 3.Ziffer 3

Leistungsverzeichnis

Das Angebot ist zur besseren Vergleichbarkeit an der Punktation des nachstehenden Leistungsverzeichnisses zu orientieren.

....

Pos 3.1.2

Leistungen: Gerätemontage

- -Strichaufzählung

Die ordnungsgemäße Aufhängung u. Montage der Geräte

- -Strichaufzählung

Verlegung u. Anschluss der Kältemittel-, Elektro-, Steuer- u. Tauwasserleitungen

- -Strichaufzählung

Kommunikationsverdrahtung zw. Aussen u. Inneneinheiten, sowie E-Verbindungsleitungen intern (Fernbedienung ?)

Pos 3.1.3

Inbetriebnahme:

- -Strichaufzählung
Inbetriebnahme der Splitklimageräte
- -Strichaufzählung
Dichtheitsprüfung der kältetechn. Installation mit Nachweis
- -Strichaufzählung
Überprüfung der Richtigkeit der Verkabelungen
- -Strichaufzählung
Überprüfung des korrekten Tauwasserablaufes
- -Strichaufzählung
Einbringung der Kältemittelmenge

Pos 3.1.4

Demontage:

- -Strichaufzählung
Ordnungsgemäße Demontage vor Ort der Innen-, u. Außengeräte
- -Strichaufzählung
Absaugen u. fachgerechte Entsorgung des Kältemittels
- -Strichaufzählung
Abtransport u. Entsorgung der Anlagenteile nach den gesetzlichen Bestimmungen

Pos 3.1.5

Bauseitige Leistungen:

- -Strichaufzählung
Elektrozuleitungen für die Außeneinheit
- -Strichaufzählung
Eventuell erforderlicher Blitzschutz
- -Strichaufzählung
Verputzarbeiten

Pos 3.2. LIEFERUNG:

Die Lieferung hat ab der Auftragsvergabe innerhalb von 14 Tagen frei Haus inklusive aller erforderlichen Maßnahmen, Material und Arbeitszeit zur Aufstellung und Inbetriebnahme zu erfolgen.

...."

Neben vier weiteren Bietern legte die A*** (in der Folge Antragsteller) fristgerecht ein Angebot. Dem mit "Zusammenstellung" betitelten, dem Angebot des Antragstellers beiliegenden Beiblatt ist Nachfolgendes zu entnehmen:

".... nicht in unserem Lieferumfang enthalten sind:

- -Strichaufzählung
Elektrozuleitungen für die Geräte
- -Strichaufzählung
erforderlicher Blitzschutz
- -Strichaufzählung
Verputzarbeiten

Lieferzeit: derzeit ca. 1 bis 2 Wochen ab Bestelleingang

....".

Nach Öffnung der Angebote und Angebotsprüfung teilte das Berufsförderungsinstitut Wien (in der Folge BFI Wien) als Auftraggeber mit Schreiben vom 9.5.2006 dem Antragsteller sowie drei weiteren Bietern mit, dass ihre Angebote nicht berücksichtigt werden könnten. Die B*** wurde mit Schreiben vom 9.5.2006 vom Auftraggeber darüber informiert, dass ihr Angebot den Zuschlag erhalten habe und gleichzeitig der Auftrag erteilt werde.

Mit Schriftsatz vom 18.5.2006 stellte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruchpunkt I. ersichtlichen Begehren. Weiters wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Auferlegung des Ersatzes der Kosten des Nachprüfungsantrages an den Antragsgegner begehrt. Außerdem wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem auf Auferlegung des Ersatzes der Kosten des Provisorialantrages an den Antragsgegner gerichteten Begehren gestellt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8, stattgegeben. Mit Schriftsatz vom 18.5.2006 stellte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruchpunkt römisch eins. ersichtlichen Begehren. Weiters wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Auferlegung des Ersatzes der Kosten des Nachprüfungsantrages an den Antragsgegner begehrt. Außerdem wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem auf Auferlegung des Ersatzes der Kosten des Provisorialantrages an den Antragsgegner gerichteten Begehren gestellt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8, stattgegeben.

Begründend wurde in diesem Nachprüfungsantrag sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 6.6.2006 im Wesentlichen vorgebracht, dass es sich beim BFI Wien um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2006 handle. Seit 1990 existiere das BFI Wien als "autonomer, gemeinnütziger Landesverein, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei, sondern ein soziales Ziel verfolge". Das Berufsförderungsinstitut nehme zweckgemäß im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr. Als Verein verfüge das BFI Wien über Rechtsfähigkeit. Es werde sowohl von staatlicher Seite über das Arbeitsmarktservice, einem Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006, als auch von der Kammer für Arbeiter und Angestellte und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund (in der Folge ÖGB), sohin von Auftraggebern nach Z 2 leg.cit. finanziert. Als öffentliche Auftraggeber seien jedenfalls die Arbeiterkammer und das Arbeitsmarktservice einzustufen. Begründend wurde in diesem Nachprüfungsantrag sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 6.6.2006 im Wesentlichen vorgebracht, dass es sich beim BFI Wien um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 handle. Seit 1990 existiere das BFI Wien als "autonomer, gemeinnütziger Landesverein, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei, sondern ein soziales Ziel verfolge". Das Berufsförderungsinstitut nehme zweckgemäß im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr. Als Verein verfüge das BFI Wien über Rechtsfähigkeit. Es werde sowohl von staatlicher Seite über das Arbeitsmarktservice, einem Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, als auch von der Kammer für Arbeiter und Angestellte und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund (in der Folge ÖGB), sohin von Auftraggebern nach Ziffer 2, leg.cit. finanziert. Als öffentliche Auftraggeber seien jedenfalls die Arbeiterkammer und das Arbeitsmarktservice einzustufen.

Aus dem Tätigkeitsbericht des BFI Wien für das Jahr 2004 ergebe sich eine nahezu 75%ige Finanzierung durch die öffentliche Hand, wobei noch Subventionen durch Vereinsträger, welche wiederum Auftraggeber nach Z 2 seien, hinzukämen. Aufgrund dieser Finanzierungsverflechtung sei die Arbeiterkammer aus der Verantwortlichkeit heraus bereits zur Aufsicht über das BFI Wien verpflichtet. Aus dem Tätigkeitsbericht des BFI Wien für das Jahr 2004 ergebe sich eine nahezu 75%ige Finanzierung durch die öffentliche Hand, wobei noch Subventionen durch Vereinsträger, welche wiederum Auftraggeber nach Ziffer 2, seien, hinzukämen. Aufgrund dieser Finanzierungsverflechtung sei die Arbeiterkammer aus der Verantwortlichkeit heraus bereits zur Aufsicht über das BFI Wien verpflichtet.

Ein Unterlassen der Bekämpfung der Ausschreibung nehme dem Antragsteller nicht das Recht, weitere Vergabeschritte zu bekämpfen. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich kein Hinweis darauf, dass - entgegen der ausdrücklichen Bezeichnung - keine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werde bzw. der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber sei.

In den Ausschreibungsunterlagen seien in Position 3.1.5. diverse Leistungen ausdrücklich als "bauseitige Leistungen" umschrieben. Entgegen dem allgemeinen wie auch dem branchen- und fachspezifischen Sprachgebrauch nehme der Auftraggeber eine unzulässige "Umdeutung" des Begriffes der "bauseitigen Leistungen" vor. Solche seien vom Auftraggeber selbst oder über dessen gesonderten Auftrag von einem Dritten als Voraussetzungen oder Vorarbeiten des gegenständlichen Auftrages zu erbringen. Bauseitige Leistungen seien ausdrücklich vom Auftrag ausgenommen. Dementsprechend sei eine ausschreibungskonforme bauseitige Leistung nicht angeboten worden. Allfällige Angebote anderer Bieter, welche auch bauseitige Leistungen umfassen sollten, seien daher als preisunangemessen zu disqualifizieren. Mangels näherer Zuschlagskriterien sei jedenfalls dem Antragsteller als Billigbieter der Zuschlag zu erteilen. Obwohl sich das ausschreibungskonforme Angebot des Antragstellers bei der Anbotsöffnung am 12.4.2006 als

das Preisgünstigste erwiesen habe, sei dem Antragsteller mit Schreiben vom 9.5.2006, eingelangt am 11.5.2006, vom Auftraggeber mitgeteilt worden, dass sein Angebot leider nicht berücksichtigt werden könne. Diese Mitteilung habe weder eine Stillhaltefrist noch Gründe für die Ablehnung des Angebotes noch die Vergabesumme oder Merkmale und Vorteile des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers beinhaltet.

Eine telefonische Nachfrage beim Auftraggeber habe ergeben, dass die vom Bestbieter angebotene Splitanlage dem Auftraggeber bekannt sei, ihm "besser gefalle" und das Preis-Leistungsverhältnis besser sei. Im Leistungsverzeichnis sowie in den Ausschreibungsunterlagen seien die Anforderungen an die Splitanlage jedoch lediglich als funktionsmäßig tauglich und zur Klimatisierung der nach Quadratmetern umschriebenen Räume geeignet beschrieben worden. Der Auftragsgegenstand sei im Leistungsverzeichnis als Lieferung von Splitanlagen verbunden mit deren Montage/Demontage und deren Inbetriebnahme zusammengefasst gewesen. Eine Zuschlagsentscheidung sei bis dato nicht bekannt gegeben worden.

Der Antragsteller habe im gegenständlichen Vergabeverfahren des als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 BVergG 2006 einzustufenden Berufsförderungsinstitutes Wien fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und somit sein Interesse am Abschluss des Vertrages dokumentiert. Neben dem zu erwartenden Gewinn bestehe auch das Bestreben, ein Referenzprojekt im öffentlichen Bereich zu erlangen. Vom Antragsteller seien keinerlei Angaben zur Art des Vergabeverfahrens gemacht worden. Aus dem Inhalt der Ausschreibung ergebe sich jedenfalls, dass es sich um einen Lieferauftrag im Unterschwellenbereich handle, wofür auch ordnungsgemäß Gebühren in Höhe von Euro 1.600,- entrichtet worden seien. Durch die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers würden dem Antragsteller der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes und ein erheblicher finanzieller Schaden, der sich aus frustriertem Aufwand und entgangenem Gewinn zusammensetze, drohen. Der Antragsteller habe im gegenständlichen Vergabeverfahren des als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, BVergG 2006 einzustufenden Berufsförderungsinstitutes Wien fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und somit sein Interesse am Abschluss des Vertrages dokumentiert. Neben dem zu erwartenden Gewinn bestehe auch das Bestreben, ein Referenzprojekt im öffentlichen Bereich zu erlangen. Vom Antragsteller seien keinerlei Angaben zur Art des Vergabeverfahrens gemacht worden. Aus dem Inhalt der Ausschreibung ergebe sich jedenfalls, dass es sich um einen Lieferauftrag im Unterschwellenbereich handle, wofür auch ordnungsgemäß Gebühren in Höhe von Euro 1.600,- - entrichtet worden seien. Durch die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers würden dem Antragsteller der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes und ein erheblicher finanzieller Schaden, der sich aus frustriertem Aufwand und entgangenem Gewinn zusammensetze, drohen.

Der Antragsteller sei in Folge des Fehlens jedweder Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen und dem sohin geltenden Billigstbieterprinzip in seinem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten seines Angebotes, sowie auf Ausscheiden der Mitbieter wegen Preisunangemessenheit, in seinem Recht auf Beachtung der Ausschreibungsunterlagen, auf Beachtung des Grundsatzes des fairen und lautereren Wettbewerbes und auf Gleichbehandlung, in seinem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 und in seinem Recht auf gesetzeskonforme Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie auf Einhaltung des Vergaberechtsregimes verletzt. Aus prozessualer Vorsicht werde auch eine Verletzung des Rechts auf Ausscheiden der Angebote sämtlicher Mitbieter, die gegenüber dem Angebot des Antragstellers als preisüberhöht zu werten seien, geltend gemacht.

Mit Schriftsatz vom 23.5.2006 legte der Auftraggeber den Vergabeakt vor und nahm zum Antragsvorbringen Stellung. Zudem wurde ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt, der in der Folge mit Schriftsatz vom 24.5.2006 wieder zurückgezogen wurde. Nach Angaben des Auftraggebers sei der geschätzte Auftragswert mit Euro 40.000,- (exkl. USt.) zu beziffern, sodass jedenfalls kein Auftrag im Oberschwellenbereich vorliege.

In diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren vom 13.6.2006 brachte der Auftraggeber vor, dass es sich beim BFI Wien um keinen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG 2006 handle, der die Voraussetzungen des § 3 BVergG 2006 kumulativ erfülle. Wie sich aus den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum BVergG 2006 ergebe, würden in § 3 BVergG 2006 die europarechtlichen Vorgaben ins innerstaatliche Recht transformiert. Bei der Interpretation dieser Gesetzesstelle seien daher europarechtliche Vorgaben der Richtlinie und die diesbezügliche Judikatur des EuGH zu beachten. Dazu werde insbesondere auf die Erkenntnisse des Europäischen Gerichtshofes vom 13.1.2005, Rs C-84/03 und vom 10.5.2001, Rs C-223/99 und C- 260/99 verwiesen. In diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren vom 13.6.2006 brachte der Auftraggeber vor, dass es sich beim BFI Wien um keinen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG

2006 handle, der die Voraussetzungen des Paragraph 3, BVergG 2006 kumulativ erfülle. Wie sich aus den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum BVergG 2006 ergebe, würden in Paragraph 3, BVergG 2006 die europarechtlichen Vorgaben ins innerstaatliche Recht transformiert. Bei der Interpretation dieser Gesetzesstelle seien daher europarechtliche Vorgaben der Richtlinie und die diesbezügliche Judikatur des EuGH zu beachten. Dazu werde insbesondere auf die Erkenntnisse des Europäischen Gerichtshofes vom 13.1.2005, Rs C-84/03 und vom 10.5.2001, Rs C-223/99 und C- 260/99 verwiesen.

Aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH ergebe sich, dass der Begriff "Einrichtung des öffentlichen Rechts" autonom und einheitlich auszulegen sei, wobei die in Artikel 1 lit.b Unterabsatz 2 der Richtlinien 93/36/EWG und 93/37/EWG kumulativ angeführten Tatbestandselemente funktionell bestimmt seien. Ob die vom Auftraggeber wahrgenommenen Aufgaben solche seien, die im Allgemeininteresse lägen und nicht gewerblicher Art seien, bleibe bei den Ausführungen des Antragstellers völlig unberücksichtigt. Beim Begriffsmerkmal "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" handle es sich um den Kernbereich staatlicher Tätigkeit, der traditionellerweise von staatlichen Einrichtungen durchgeführt werde. Zwar werde das Betreiben einer Universität vom Europäischen Gerichtshof als im "Allgemeininteresse gelegene Aufgabe" qualifiziert. Diese Tätigkeit sei jedoch nicht auf den gegenständlichen Fall übertragbar, zumal das BFI Wien - wie diverse andere Schulungseinrichtungen - im Bereich der Erwachsenenbildung tätig sei. Aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH ergebe sich, dass der Begriff "Einrichtung des öffentlichen Rechts" autonom und einheitlich auszulegen sei, wobei die in Artikel 1 Litera b, Unterabsatz 2 der Richtlinien 93/36/EWG und 93/37/EWG kumulativ angeführten Tatbestandselemente funktionell bestimmt seien. Ob die vom Auftraggeber wahrgenommenen Aufgaben solche seien, die im Allgemeininteresse lägen und nicht gewerblicher Art seien, bleibe bei den Ausführungen des Antragstellers völlig unberücksichtigt. Beim Begriffsmerkmal "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" handle es sich um den Kernbereich staatlicher Tätigkeit, der traditionellerweise von staatlichen Einrichtungen durchgeführt werde. Zwar werde das Betreiben einer Universität vom Europäischen Gerichtshof als im "Allgemeininteresse gelegene Aufgabe" qualifiziert. Diese Tätigkeit sei jedoch nicht auf den gegenständlichen Fall übertragbar, zumal das BFI Wien - wie diverse andere Schulungseinrichtungen - im Bereich der Erwachsenenbildung tätig sei.

Das Begriffsmerkmal "Erfüllung von Aufgaben nicht gewerblicher Art" sei nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes nicht erfüllt, wenn die betreffende Einrichtung - selbst wenn sie keine Gewinnerzielungsabsicht verfolge - nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeite. Wesentlich sei dabei auch, ob die betreffende Einrichtung das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit selbst trage oder ob ein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste vorgesehen sei.

Der Geschäftsbetrieb des Auftraggebers sei zwar nicht auf Gewinnerzielungsabsicht ausgerichtet, dennoch sei die Geschäftsführung eindeutig an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien orientiert. Der Auftraggeber sei in einem (äußerst) wettbewerblich geprägten Umfeld tätig. Zudem gebe es keinerlei Einrichtungen, die allfällige wirtschaftliche Verluste auffangen würden. Selbst die Vereinsmitglieder des BFI Wien würden den Auftraggeber gleich einem anderen wirtschaftlich agierenden Geschäftspartner behandeln. Das BFI Wien trage damit das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit ausschließlich selbst.

Dass der Auftraggeber zu gleichen Bedingungen am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnehme, zeige sich vor allem daran, dass der Auftraggeber für die von der Arbeiterkammer Wien überlassenen Schulungsräume eine marktübliche Miete zu bezahlen habe. Auch könnten die von der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien ausgegebenen "Bildungsgutscheine" nicht nur ausschließlich beim BFI Wien eingelöst werden. Geförderte Kursteilnehmer könnten vielmehr frei entscheiden, wo der Bildungsgutschein der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien eingelöst werde.

Die vom AMS vergebenen Aufträge im Bildungsbereich seien als nicht prioritäre Dienstleistungen auch Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt gewesen. Das BFI Wien könne sich neben etwa 80 Bildungsträgern um die vom AMS im Bildungsbereich zu vergebenden Aufträge bewerben. Um bei dem enormen Wettbewerb bestehen zu können, sei auch das BFI Wien nach den Vorgaben ISO 9.001:2000 zertifiziert.

Abgesehen davon, dass sich bereits daraus ergebe, dass der Auftraggeber nicht im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfülle, die nicht gewerblicher Art seien, werde der Auftraggeber auch nicht - entgegen der Ansicht des Antragstellers - zu knapp 75 % von einem öffentlichen Auftraggeber subventioniert. Unter dem Begriff "Finanzierung" würden nämlich allein solche Zuwendungen fallen, die nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb durch die Einrichtung

erwirtschaftet worden seien. Hätte der Auftraggeber tatsächlich Subventionen im Sinne von finanziellen Zuwendungen ohne konkrete Gegenleistung erhalten, so wäre dies im Tätigkeitsbericht des BFI Österreich zu berücksichtigen gewesen.

Aus der im Tätigkeitsbericht des BFI Österreich publizierten Übersicht ergebe sich klar, dass die gesamten an das BFI Wien ergehenden Subventionen nur 2,1 % des Gesamtumsatzes betragen würden. Dies sei auch im Tätigkeitsbericht für den Aussichtsrat des BFI Wien festgehalten und lasse sich zudem aus der Gewinn- und Verlustrechnung des Auftraggebers für das Geschäftsjahr 2004 entnehmen.

Selbst bei einer sehr extensiven Interpretation des Begriffs "staatliche Subventionen" würden sich diese auf maximal 8,8 Mio. Euro belaufen. Auch diese Summe würde nur knapp 23,1 % des Gesamtumsatzerlöses in der Höhe von Euro 38 Mio. ausmachen. Es könne daher bei weitem nicht von einer überwiegenden Finanzierung im Sinne von § 3 Abs. 2 Z 2 lit.c BVergG 2006 gesprochen werden. Selbst bei einer sehr extensiven Interpretation des Begriffs "staatliche Subventionen" würden sich diese auf maximal 8,8 Mio. Euro belaufen. Auch diese Summe würde nur knapp 23,1 % des Gesamtumsatzerlöses in der Höhe von Euro 38 Mio. ausmachen. Es könne daher bei weitem nicht von einer überwiegenden Finanzierung im Sinne von Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2006 gesprochen werden.

Aus diesen Ausführungen ergebe sich, dass das BFI Wien weder die Voraussetzung der lit.a noch jene der lit.c des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 erfülle, sodass jedenfalls nicht vom Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers iSd zitierten Gesetzesstelle auszugehen sei. M***, der mit der Erstellung eines vom Auftraggeber in Auftrag gegebene Gutachtens beauftragt wurde, käme ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Argumentation des Antragstellers nicht zielführend sei und dem BFI Wien keinesfalls die Stellung eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne von § 3 BVergG 2006 zukomme. Aus diesen Ausführungen ergebe sich, dass das BFI Wien weder die Voraussetzung der Litera a, noch jene der Litera c, des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 erfülle, sodass jedenfalls nicht vom Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers iSd zitierten Gesetzesstelle auszugehen sei. M***, der mit der Erstellung eines vom Auftraggeber in Auftrag gegebene Gutachtens beauftragt wurde, käme ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Argumentation des Antragstellers nicht zielführend sei und dem BFI Wien keinesfalls die Stellung eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne von Paragraph 3, BVergG 2006 zukomme.

Der von der Mitgliederversammlung gewählte Aufsichtsrat des BFI Wien setze sich derzeit aus 5, auf Vorschlag der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien und aus 4, auf Vorschlag des ÖGB gewählten Mitgliedern zusammen. Die Mitgliederversammlung werde neben den Trägerorganisationen (Arbeiterkammer Wien und ÖGB) auch noch aus 3 weiteren Einzelpersonen, die als ordentliche Vereinsmitglieder zu werten seien, gebildet. Die Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien als öffentlicher Auftraggeber habe sohin keine überwiegende Einflussmöglichkeit auf den Auftraggeber.

Auch die Bekanntmachung in der Wiener Zeitung zum gegenständlichen Auftrag lasse darauf schließen, dass es sich beim BFI Wien um keinen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG 2006 handle. Das ergebe sich daraus, dass die Ausschreibung auf der ÖNORM A 2050 beruhe. Obwohl der Antragsteller die Ansicht vertrete, dass Ausschreibungen des Berufsförderungsinstitutes Wien dem BVergG 2006 unterlägen, habe er es ungeachtet dessen unterlassen, diese Ausschreibung sowie sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu bekämpfen.

Auftragsgegenstand sei die Herstellung von im Freien aufzustellenden Klimageräten, die über eine derartige Kapazität verfügen müssten, um die Kubikmeterangaben gemäß Position 3.1.1. der Ausschreibungsunterlagen abzukühlen. Da im Zuge der Installation und Inbetriebnahme der Klimaanlage bauliche Veränderungen nötig seien, sei auch in der Ausschreibung darauf Bezug genommen worden. Dem Angebot des Antragstellers würden für eine funktionierende Klimaanlage nötige bauseitige Maßnahmen fehlen. Dies werde im Angebot des Antragstellers auch durch den Hinweis bestätigt, dass vom Lieferumfang die Elektroleitungen für die Geräte, der erforderliche Blitzschutz und die Verputzarbeiten ausgenommen seien. Damit liege ein ausschreibungswidriges Angebot vor, welches auszuschneiden sei.

Der Stellungnahme des Auftraggebers vom 13.6.2006 lag auch das vom Auftraggeber in Auftrag gegebene Gutachten des M*** zur Auftraggebereigenschaft des Berufsförderungsinstitutes Wien bei, in dem unter Punkt III. Nachfolgendes ausgeführt wird: Der Stellungnahme des Auftraggebers vom 13.6.2006 lag auch das vom Auftraggeber in Auftrag

gegebene Gutachten des M*** zur Auftraggebereigenschaft des Berufsförderungsinstitutes Wien bei, in dem unter Punkt römisch drei. Nachfolgendes ausgeführt wird:

"III. Das Berufsförderungsinstitut Wien als öffentlicher Auftraggeber?

Im Folgenden ist anhand der vorstehend erläuterten Tatbestandsmerkmale des § 3 Abs 1 Z 2 lit a) bis c) zu prüfen, ob das BFI öffentlicher Auftraggeber ist. Dabei wird so vorgegangen, dass zunächst für jedes Tatbestandsmerkmal und erforderlichenfalls der für einzelne "Subkriterien" relevante Sachverhalt dargestellt wird. Daran schließt die Subsumtion unter das jeweils relevante Kriterium. Im Folgenden ist anhand der vorstehend erläuterten Tatbestandsmerkmale des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a,) bis c) zu prüfen, ob das BFI öffentlicher Auftraggeber ist. Dabei wird so vorgegangen, dass zunächst für jedes Tatbestandsmerkmal und erforderlichenfalls der für einzelne "Subkriterien" relevante Sachverhalt dargestellt wird. Daran schließt die Subsumtion unter das jeweils relevante Kriterium.

A. Rechtspersönlichkeit (§ 3 Abs 1 Z 2 lit b)A. Rechtspersönlichkeit (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b,)

Das BFI ist ein gemeinnütziger Verein nach dem VereinsG 2002, der im zentralen Vereinsregister zur ZVR-Zahl 022826001 eingetragen ist.⁷⁸ Es ist daher nicht zweifelhaft, dass das BFI Rechtsfähigkeit besitzt (§ 1 Abs 1 iVm § 2 Abs 1 VerG). Das BFI erfüllt somit die Voraussetzung des § 3 Abs 1 Z 2 lit b)Das BFI ist ein gemeinnütziger Verein nach dem VereinsG 2002, der im zentralen Vereinsregister zur ZVR-Zahl 022826001 eingetragen ist.⁷⁸ Es ist daher nicht zweifelhaft, dass das BFI Rechtsfähigkeit besitzt (Paragraph eins, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 2, Absatz eins, VerG). Das BFI erfüllt somit die Voraussetzung des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b,).

B. Staatliche Finanzierung oder Kontrolle (§ 3 Abs 1 Z 2 lit c)B. Staatliche Finanzierung oder Kontrolle (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c,)

Für dieses Tatbestandsmerkmal ist zunächst die Mitgliederstruktur des BFI darzustellen und deren

nähere Qualifikation vorzunehmen. Aus der inneren Ordnung des Vereins muss sich ergeben, ob das Kontrollkriterium erfüllt ist.

Für die überwiegende staatliche Finanzierung ist der

Klarstellung halber festzuhalten, dass unter staatliche

Finanzierung jede "gegenleistungslose" Finanzhilfe eines

öffentlichen Auftraggebers fällt. Auch für das Kontrollkriterium

genügt entsprechender Einfluss durch einen öffentlichen

Auftraggeber (arg: "überwiegend von ... 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 ... anderen Einrichtungen im Sinne

der Z 2 ernannt worden sind").

⁷⁸ Siehe Vereinsregisterauszug zum Stichtag 01.06.2006. Träger des Vereins und ordentliche Vereinsmitglieder⁷⁹ sind der ÖGB und die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (AK Wien).⁸⁰

Anders als der ÖGB ist die AK Wien öffentlicher Auftraggeber.⁸¹ Daher ist es im Hinblick auf das Kontrollkriterium und/oder allenfalls im Verein mit Finanzierungen durch andere öffentliche Auftraggeber an sich möglich, dass das BFI die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 Z 2 lit c) erfüllt.Anders als der ÖGB ist die AK Wien öffentlicher Auftraggeber.⁸¹ Daher ist es im Hinblick auf das Kontrollkriterium und/oder allenfalls im Verein mit Finanzierungen durch andere öffentliche Auftraggeber an sich möglich, dass das BFI die Voraussetzungen des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c,) erfüllt.

Überwiegende staatliche Finanzierung

Gemäß § 3 Z 3 Statuten werden die erforderlichen materiellen Mittel aufgebracht durch Mitgliedsbeiträge, Spenden und sonstige Zuwendungen, Subventionen, Einnahmen aus den Tätigkeiten zur Erfüllung des Vereinszweckes. Gemäß Paragraph 3, Ziffer 3, Statuten werden die erforderlichen materiellen Mittel aufgebracht durch Mitgliedsbeiträge, Spenden und sonstige Zuwendungen, Subventionen, Einnahmen aus den Tätigkeiten zur Erfüllung des Vereinszweckes.

Laut G+V-Rechnung 2004 beträgt das Aufkommen aus Mitgliedsbeiträgen Euro 414,25 und ist daher vernachlässigbar.

Hinsichtlich der Förderungen, die als staatliche Finanzierung des BFI in die "Überwiegensrechnung" im Verhältnis zu den Gesamtmitteln, über welche die Einrichtung (einschließlich solcher, die aus ihrer Tätigkeit stammen) verfügt, einzustellen sind, erweist sich die Sachlage als komplexer.

Wie aus dem von der C*** testierten Jahresabschluss für das Jahr 2004 zu ersehen ist, betrugen die Umsatzerlöse 38 Mio. Euro (im Vorjahr 32,4), wovon folgender Teil auf Subventionen entfällt:

Vereinsmitglied Arbeiterkammer Wien:

In der G+V-Rechnung findet sich unter Position 127 Pkt A "Verrechnungskreis Wien" die Zuwendung der Arbeiterkammer Wien in der Höhe von Euro 73.300,-. Diese ist laufend sinkend und hat beispielsweise im Jahr 2005 nur noch Euro 50.000,-

betrugen.⁸²

Verrechnungskreis C "Schule Magaretenstraße":

Die Zuwendungen von öffentlichen Auftraggebern und privaten Sponsoren gemeinsam betrugen unter diesem Titel im Jahr 2004 insgesamt Euro 206.597,26. Die Zuwendung des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur (öffentlicher Auftraggeber) in der Höhe von Euro 174.414,80 bleibt jährlich in etwa gleich. In dem Gesamtbetrag von Euro 206.597,52 sind jedoch auch Zuwendungen von privater Seite (wie zB Elternverein, Verein der Freunde der Schulen, etc) enthalten, die -gewiss nicht staatliche Finanzierung sind.

Rechnet man diese der Einfachheit halber in den aus beiden Verrechnungskreisen zusammengesetzten "Subventionstopf", ergibt dies eine Summe von Euro 279.597,52 und damit einen Anteil von 0,73 % der Umsatzerlöse, der auf staatliche Zuwendungen entfällt.

Einen Sonderfall bildet das Berufsausbildungszentrum. Wenngleich Rechtsträger der Verein "Berufsförderungsinstitut Wien" ist, so ist die finanzielle Verantwortung für diesen Teilbereich gesondert zu sehen. Aufgrund eines Förderungsvertrages mit dem AMS wird seitens des BFI jedes Jahr ein Budget zum Betrieb dieses Berufsbildungszentrums erstellt und auch dem AMS vorgelegt. Das Jahresbudget beträgt pro Jahr gleich bleibend ungefähr Euro 8 Mio. Dieser dem AMS vorzulegende, von diesem auch zu genehmigende Betrag, wie er im Jahresbudget ausgewiesen ist, wird in monatlichen Teilbeträgen akontiert und im Folgejahr abgerechnet. Zusätzlich zu diesem durch das Budget abgedeckten und vom AMS zu refinanzierenden Betrag gibt es beim AMS ein so genanntes "Investitionsbudget". Dieses beläuft sich auf etwa 400.000 bis 500.000 Euro pro Jahr.

79 Daneben sind noch drei Einzelpersonen Vereinsmitglieder. 80 § 1 Statuten 79 Daneben sind noch drei Einzelpersonen Vereinsmitglieder. 80 Paragraph eins, Statuten.

81 So für die Bundesarbeitskammer BVA 22.4.2003, 05N-36/03-11; vgl auch für Wirtschaftskammer 81 So für die Bundesarbeitskammer BVA 22.4.2003, 05N-36/03-11; vergleiche auch für Wirtschaftskammer

Österreich BVA 23.7.2004, 04N-50/04-46; Wirtschaftskammer

Niederösterreich BVA 30.9.2003, 05N-96/03-13.

82 Vlg Schreiben der AK Wien vom 26.9.2005.

Die Zuwendungen des AMS für den vorgenannten Verrechnungskreis "Berufsausbildungszentrum" werden im Hinblick auf den Umstand, dass es sich dabei um nicht steuerbare Umsätze handelt⁸³ nicht gesondert, sondern unter der Position Bewertungsreserve im Jahresabschluss ausgewiesen.

Bezüglich dieser auf der Grundlage des AMSG gewährten investitiven Förderung (Euro 8-8,5 Mio), die das BFI gemäß dem Förderungsvertrag zum Betrieb des Berufsausbildungszentrums nach den Vorgaben des AMS und unter dessen

formeller und materieller Kontrolle verwenden muss, ist jedoch nachhaltig zu bezweifeln, ob es sich dabei um eine "Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung" handelt, wie es für staatliche Finanzierung iSd § 3 Abs 1 Z 2 lit c) gefordert ist. Vielmehr handelt es sich um die Refundierung eines Aufwandes für beauftragte Leistungen. Selbst wenn man sämtliche Zuwendungen, also unter Einschluss derer von privater Seite und der AMS-Zuwendung in der Überwiegensrechnung auf der Seite staatlicher Finanzierung bucht, ergeben sich folgende Summen: Bezüglich dieser auf der Grundlage des AMSG gewährten investitiven Förderung (Euro 8-8,5 Mio), die das BFI gemäß dem Förderungsvertrag zum Betrieb des Berufsausbildungszentrums nach den Vorgaben des AMS und unter dessen formeller und materieller Kontrolle verwenden muss, ist jedoch nachhaltig zu bezweifeln, ob es sich dabei um eine "Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung" handelt, wie es für staatliche Finanzierung iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c,) gefordert ist. Vielmehr handelt es sich um die Refundierung eines Aufwandes für beauftragte Leistungen. Selbst wenn man sämtliche Zuwendungen, also unter Einschluss derer von privater Seite und der AMS-Zuwendung in der Überwiegensrechnung auf der Seite staatlicher Finanzierung bucht, ergeben sich folgende Summen:

Arbeiterkammer Wien: Euro 73.000 (bzw 2005 nur mehr 50.000)

Verrechnungskreis Margaretensstraße: Euro 206.597,52

Berufsausbildungszentrum: Euro bis 8,5 Mio.

Der Gesamtbetrag dieser vorgenannten Positionen ergibt daher maximal ca 8,8 Mio. Euro und somit knapp 23,1 % der gesamten Umsatzerlöse (38 Mio.).

Damit ist aber auch erwiesen, dass eine überwiegende staatliche Finanzierung des BFI nicht gegeben ist.

Es ist aber zu bedenken, dass die Arbeiterkammer Förderungen an Kursinteressenten vornimmt, indem sie "Bildungsgutscheine" an diese Förderungsempfänger vergibt. Da die so erhaltenen Gutscheine nicht nur beim BFI, sondern auch bei anderen Schulungseinrichtungen eingelöst werden können⁸⁴, ist diese Förderungsmaßnahme der AK Wien nicht so konzipiert, dass diese Begünstigung dem BFI zukommen muss. Sie trägt daher viel eher den Charakter einer Individualförderung als den einer staatlichen Finanzierung des BFI. Selbst wenn man dieses "Subventionsäquivalent" noch der vorhin aufgestellten Gesamtrechnung fälschlicherweise hinzurechnen wollte, bleibt die "Fördergrenze" immer noch weit unter der Hälfte.

1. 2. Ziffer 2

Leitungsaufsicht und Zusammensetzung der Organe

Unter diesem Blickwinkel ist zu fragen, ob der AK Wien als öffentlicher Auftraggeber eine qualifizierte Aufsicht über das Leitungsorgan des BFI zukommt⁸⁵ und/oder ob die Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorganes des BFI von der AK Wien bestellt sind.⁸⁶ Für die Beantwortung dieser Frage ist vornehmlich das Statut des BFI maßgeblich. Hierfür ist festzuhalten, dass hinsichtlich des Aufsichtskriteriums auch gesellschaftsrechtlich-verbandsintern begründete Aufsichtsmöglichkeiten, über die Einfluss auf die Geschäftsführung ausgeübt werden kann, genügen und zwar auch dann, wenn sie im Verein mit Gesetz und Satzung ihren Grund nur in der Eigentümerstellung des Staates bzw des öffentlichen Auftraggebers haben.

Gemäß § 10 Statut sind Organe des Vereines Gemäß Paragraph 10, Statut sind Organe des Vereines

- -Strichaufzählung
die Mitgliederversammlung
- -Strichaufzählung
der Aufsichtsrat
- -Strichaufzählung
die Geschäftsführung
- -Strichaufzählung
die Kontrolle

Der Mitgliederversammlung obliegen gemäß § 11 Z 7 Statut die Wahl des Aufsichtsrates sowie seines Vorsitzenden und seiner zwei Stellvertreter, die Wahl der Kontrolle, die Festlegung allgemeiner Richtlinien für die Tätigkeit des Aufsichtsrates und der Geschäftsführung und andere der Mitgliederversammlung als oberstem Willensbildungsorgan von Gesetzes wegen oder üblicherweise zustehende Beschlussgegenstände. Der Mitgliederversammlung obliegen gemäß Paragraph 11, Ziffer 7, Statut die Wahl des Aufsichtsrates sowie seines Vorsitzenden und seiner zwei

Stellvertreter, die Wahl der Kontrolle, die Festlegung allgemeiner Richtlinien für die Tätigkeit des Aufsichtsrates und der Geschäftsführung und andere der Mitgliederversammlung als oberstem Willensbildungsorgan von Gesetzes wegen oder üblicherweise zustehende Beschlussgegenstände.

83 Vgl dazu die Stellungnahme der C*** vom 01.06.2006. 84 Siehe die Übersicht "Institute", für die der AK-Bildungsgutschein gilt.

85 Dass sie für den Staat bzw für anderen öffentliche Auftraggeber bestünde, ist nicht ersichtlich.

86 Dass sie vom Staat oder durch andere öffentliche Auftraggeber bestellt werden könnten, ist nicht ersichtlich.

Von grundlegenden Beschlüssen abgesehen genügt für die Beschlussfassung einfache Stimmenmehrheit. Dies gilt daher auch für die Wahl und die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 11 Z 6 Statut). In der Mitgliederversammlung sind die ordentlichen Mitglieder stimmberechtigt. Mangels abweichender Satzungsbestimmung hat jedes Mitglied eine Stimme. Von grundlegenden Beschlüssen abgesehen genügt für die Beschlussfassung einfache Stimmenmehrheit. Dies gilt daher auch für die Wahl und die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern (Paragraph 11, Ziffer 6, Statut). In der Mitgliederversammlung sind die ordentlichen Mitglieder stimmberechtigt. Mangels abweichender Satzungsbestimmung hat jedes Mitglied eine Stimme.

Da neben der AK Wien und dem ÖGB auch drei Einzelpersonen ordentliche Mitglieder sind, lässt sich nicht sagen, dass der AK Wien in der Mitgliederversammlung des BFI ein statutarisch verfasstes Übergewicht zukommt.

Zudem bestimmt § 13 Z 2 Statut, dass angestrebt werden sollte, dass der ÖGB und die AK Wien im Aufsichtsrat annähernd stark vertreten sind. Dem Aufsichtsrat obliegt ua die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung, wofür wie für die anderen Beschlussgegenstände auch einfache Stimmenmehrheit genügt (§ 13 Z 7 und 8 Statut). Zudem bestimmt Paragraph 13, Ziffer 2, Statut, dass angestrebt werden sollte, dass der ÖGB und die AK Wien im Aufsichtsrat annähernd stark vertreten sind. Dem Aufsichtsrat obliegt ua die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung, wofür wie für die anderen Beschlussgegenstände auch einfache Stimmenmehrheit genügt (Paragraph 13, Ziffer 7 und 8 Statut).

Ein gleiches Stärkeverhältnis besteht derzeit gleichwohl nicht. Derzeit besteht der Aufsichtsrat aus fünf Mitgliedern, die auf Vorschlag der AK Wien gewählt wurden, wogegen nur vier auf Vorschlag des ÖGB bestellte Mitglieder dem Aufsichtsrat angehören. Bisher hat der ÖGB von seiner Möglichkeit, ebenfalls ein weiteres Mitglied zu nominieren nicht Gebrauch gemacht. Das dürfte aber eher auf einer Zufälligkeit beruhen. Denn in der Vergangenheit sind durch 13 Jahre hindurch immer vier AK- und vier ÖGB-Aufsichtsratsmitglieder bestellt worden und wurden auch die Geschäftsführer auch für die nunmehrige Bestellungsperiode (bis 29.10.2006) stets von Aufsichtsräten im Verhältnis 4:4 bestellt.⁸⁷

Zwar lässt eine Gesamtschau der Kontroll- und Einwirkungsbefugnisse des Aufsichtsrates und des Organes "Kontrolle", das auf die bei Vereinen übliche Gebarungskontrolle mit Einsichtsrechten in die Geschäftsunterlagen und Berichtspflichten gegenüber der Mitgliederversammlung und dem Aufsichtsrat verbunden mit dem Antragsrecht auf Entlastung von Geschäftsführung und Aufsichtsrat, beschränkt ist (§ 15 Statut) nicht zwingend den Eindruck entstehen, dass die Leitung des BFI unter der Kontrolle der AK Wien steht, die eine Beeinflussung der Geschäftspolitik und der Beschaffungsentscheidung im Sinne von Vorgaben der AK Wien ermöglicht. Dies auch deshalb, weil der Geschäftsführung statutengemäß eine autonome und eigenverantwortliche Geschäftsführung auch in außergewöhnlichen Geschäften im Rahmen des vom Aufsichtsrat genehmigten Budgets obliegt (§ 14 Z 3 und 4 Statut) und der Katalog jener Geschäfte, die nach der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Zustimmung des Aufsichtsrates unterliegen, äußerst eng umschrieben ist (Pkt 11). Zwar lässt eine Gesamtschau der Kontroll- und Einwirkungsbefugnisse des Aufsichtsrates und des Organes "Kontrolle", das auf die bei Vereinen übliche Gebarungskontrolle mit Einsichtsrechten in die Geschäftsunterlagen und Berichtspflichten gegenüber der Mitgliederversammlung und dem Aufsichtsrat verbunden mit dem Antragsrecht auf Entlastung von Geschäftsführung und Aufsichtsrat, beschränkt ist (Paragraph 15, Statut) nicht zwingend den Eindruck entstehen, dass die Leitung des BFI unter der Kontrolle der AK Wien steht, die eine Beeinflussung der Geschäftspolitik und der Beschaffungsentscheidung im Sinne von Vorgaben der AK Wien ermöglicht. Dies auch deshalb, weil der Geschäftsführung statutengemäß eine autonome und eigenverantwortliche Geschäftsführung auch in außergewöhnlichen Geschäften im Rahmen des vom Aufsichtsrat genehmigten Budgets obliegt (Paragraph 14, Ziffer 3 und 4 Statut) und der Katalog jener Geschäfte, die nach der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der

Zustimmung des Aufsichtsrates unterliegen, äußerst eng umschrieben ist (Pkt 11).

Das kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass derzeit (und auch im Zeitpunkt des gegenständlich bekämpften Vergabeverfahrens) das Aufsichtsorgan des BFI mehrheitlich (5:4) aus Mitgliedern besteht, die von der AK Wien "ernannt" iSv auf deren Vorschlag von der Mitgliederversammlung bestellt wurden. Das hat auch Rückschlagswirkung auf das Aufsichtskriterium. Denn der "AK-dominierte" Aufsichtsrat hätte die Möglichkeit, die Geschäftsführung abuberufen und den eigenständigen Entscheidungsspielraum der Geschäftsführung durch einzelne Weisungsbeschlüsse, an welche diese gebunden wäre (§ 14 Z 3 und Z 4 Statut), einzuschränken. Das sind Ingerenzmöglichkeiten, die - wie oben dargelegt - für eine Aufsicht der AK Wien über die Leitung des BFI genügen. Das kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass derzeit (und auch im Zeitpunkt des gegenständlich bekämpften Vergabeverfahrens) das Aufsichtsorgan des BFI mehrheitlich (5:4) aus Mitgliedern besteht, die von der AK Wien "ernannt" iSv auf deren Vorschlag von der Mitgliederversammlung bestellt wurden. Das hat auch Rückschlagswirkung auf das Aufsichtskriterium. Denn der "AK-dominierte" Aufsichtsrat hätte die Möglichkeit, die Geschäftsführung abuberufen und den eigenständigen Entscheidungsspielraum der Geschäftsführung durch einzelne Weisungsbeschlüsse, an welche diese gebunden wäre (Paragraph 14, Ziffer 3 und Ziffer 4, Statut), einzuschränken. Das sind Ingerenzmöglichkeiten, die - wie oben dargelegt - für eine Aufsicht der AK Wien über die Leitung des BFI genügen.

Eine gebotene Zusammenschau der bestehenden Ingerenzmöglichkeiten eines von der AK-Wien mehrheitlich besetzten Aufsichtsrates des BFI nötigt zu dem Schluss, dass auch der Beherrschungstatbestand des § 3 Abs 1 Z 2 lit c) gegeben ist. Eine gebotene Zusammenschau der bestehenden Ingerenzmöglichkeiten eines von der AK-Wien mehrheitlich besetzten Aufsichtsrates des BFI nötigt zu dem Schluss, dass auch der Beherrschungstatbestand des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c,) gegeben ist.

C. Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (§ 3 Abs 1 Z 2 lit a) C. Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a.)

Nach den Statuten des BFI unterliegt es keinem Zweifel, dass das BFI zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu besorgen.

87 Siehe dazu Schreiben X*** vom 02.06.2006.

Nach § 2 Statuten fördert das BFI das Gemeinwohl durch die Planung und Durchführung von Kursen und Lehrveranstaltungen im Rahmen vornehmlich arbeitnehmerorientierter beruflicher Aus- und Fortbildung, Erwachsenenbildung und Rehabilitation. Weiters fördert der Verein die Entwicklung und Erprobung neuer Lehrgänge, Lehrmaterialien und Ausbildungsmethoden sowie wissenschaftliche Projekte (§ 3 Statut). Nach Paragraph 2, Statuten fördert das BFI das Gemeinwohl durch die Planung und Durchführung von Kursen und Lehrveranstaltungen im Rahmen vornehmlich arbeitnehmerorientierter beruflicher Aus- und Fortbildung, Erwachsenenbildung und Rehabilitation. Weiters fördert der Verein die Entwicklung und Erprobung neuer Lehrgänge, Lehrmaterialien und Ausbildungsmethoden sowie wissenschaftliche Projekte (Paragraph 3, Statut).

Diesem ideellen Vereinszweck entspricht auch das tatsächliche Tätigkeitsfeld des BFI. An verschiedenen Standorten in Wien werden die im Kursprogramm veröffentlichten Schulungsangebote im Bereich der Erwachsenenbildung durchgeführt. Darüber hinaus ist das BFI im selben Kernbereich auch Träger weiterer Bildungseinrichtungen, nämlich der "Schule Margaretenstraße" und des "Berufsausbildungszentrums". Beiden Institutionen kommt keine gesonderte Rechtsfähigkeit zu, sondern ist Rechtsträger jeweils der Verein BFI.

Angesichts des oben⁸⁸ einlässlich dargelegten weiten Verständnisses des Begriffes "Allgemeininteresse" durch den EuGH ist davon auszugehen, dass eine der staatlichen Arbeitsmarktpolitik förderliche Erwachsenenbildung im Allgemeininteresse liegt. Es besteht auch eine einschlägige Spruchspraxis, dass der Betrieb von Universitäts- und Schulungseinrichtungen sowie der Wissenschaftspflege dienender Einrichtungen dem Allgemeininteresse dient.⁸⁹

Ganz anders verhält es sich indessen mit dem Kriterium der Aufgaben "nicht gewerblicher Art".

Zwar ist - wie oben dargelegt - das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, die jedem ideellen Verein insofern eigen ist als er nicht auf Gewinnausschüttung zielen darf (§ 1 Abs 2 VerG), und das im konkreten Fall durch die zuerkannte Gemeinnützigkeit iSd §§ 34 ff BAO dokumentiert ist, ein Indiz für die Nichtgewerblichkeit. Zwar ist - wie oben dargelegt -

das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, die jedem ideellen Verein insofern eigen ist als er nicht auf Gewinnausschüttung zielen darf (Paragraph eins, Absatz 2, VerG), und das im konkreten Fall durch die zuerkannte Gemeinnützigkeit iSd Paragraphen 34, ff BAO dokumentiert ist, ein Indiz für die Nichtgewerblichkeit.

Entscheidend ist jedoch, dass - wie oben einlässlich dargelegt⁹⁰ - die Einrichtung gemäß ihrer Satzung nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien bei "entwickeltem" Wettbewerb in einem wettbewerblich geprägten Umfeld dem Markt Leistungen unter den gleichen rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen erbringt wie andere Wirtschaftsteilnehmer, insbesondere wie diese das wirtschaftliche Risiko ihrer geschäftlichen Entscheidungen alleine trägt, ohne auf die rettende öffentliche Hand vertrauen zu können. Eine solche Einrichtung wird, wie der EuGH in der Rs Korhonen⁹¹ trefflich bemerkt hat, "keine Vergabeverfahren zu Bedingungen durchführen, die wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind".

Diese für die Gewerblichkeit der Aufgabenbesorgung sprechenden Kriterien sind beim BFI allesamt erfüllt.

Das BFI bietet vornehmlich Schulungs- und Ausbildungsleistungen auf dem Markt der beruflichen Weiterbildung für Erwachsene (relevanter Produktmarkt) im Großraum Wien (relevanter räumlicher Markt) an. Auf diesem Markt besteht eine Situation sehr "entwickelten Wettbewerbs". Hier steht das BFI in Konkurrenz mit zahlreichen Bildungsträgern.⁹²

Einer der Hauptauftraggeber im Schulungsbereich ist das AMS. Diese vom AMS als öffentlichem Auftraggeber ausgeschriebenen Aufträge werden nach den Vorgaben des Vergaberechts als nicht prioritäre Dienstleistungen vergeben und allenfalls auch im Wege der Nachprüfung vor dem BVA kontrolliert. Das BFI steht in diesem Kernbereich seiner Tätigkeit 80 unmittelbaren Konkurrenten gegenüber⁹³. Einer der Hauptkonkurrenten ist das WIFI der WKÖ.

88 Siehe GA oben S 7 f (II.B.a))⁸⁸ Siehe GA oben S 7 f (römisch zwei.B.a))

89 EuGH, 03.10.2000, Rs C-380/98-University of Cambridge; OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m; BVA 24.05.2004, 17N-48/04-8- Österreichische Akademie der Wissenschaften; BVA 08.10.2004, 04N91/04-17-Universität für Bodenkultur.

90 Siehe GA oben S 15f.

91 EuGH, 22.05.2003, Rs C-18/01, Rz 51.

92 Vgl die Liste anerkannter Bildungsträger, Stand 31.12.2003.

93 Vgl die Liste der Betriebe, die in Wien um die AMS Aufträge

konkurrieren und im Jahr 2005 auch

Aufträge erhalten haben.

Das BFI ist insoweit intensivem Wettbewerbsdruck in einem "wettbewerblich geprägten Umfeld" ausgesetzt, der es zwingt, nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien zu arbeiten. Das zeigt sich daran, dass das BFI ausgeglichen bilanziert (kein "Zuschussbetrieb") und die üblichen Instrumente einsetzt, um im (Qualitäts-)Wettbewerb zu reüssieren.⁹⁴

Dabei kommt dem BFI weder rechtlich noch faktisch eine privilegierte Wettbewerbsposition zu. Dem BFI ist kein diesbezügliches besonderes oder gar ausschließliches Recht zugestanden; umgekehrt besteht für Mitbewerber ein schrankenloser Zugang zum relevanten Markt. Es lässt sich auch nicht sagen, dass das BFI durch den Betriebsführungsvertrag betreffend das Berufsausbildungszentrum eine begünstigte Wettbewerbsposition besitzt. Dabei handelt es sich um einen Aufwandsersatz für vom AMS beauftragte Leistungen, die dem BFI keine "Auslastungsgarantie" vermittelt. Gleiches gilt auch für die von der AK Wien Kursinteressierten zu Verfügung gestellten "Bildungsscheine".

Des Weiteren ist festzuhalten, dass das BFI Schulungsräume von dritter Seite anmietet und im Rahmen der geschlossenen Mietverträge Entgelt dafür bezahlt. Einer der Vermieter ist auch die AK Wien, der das BFI - gleich anderen Mietern - einen marktangemessenen Mietzins zu bezahlen hat. ⁹⁵

Hinsichtlich der Förderungen, die das BFI von öffentlichen Auftraggebern erhält, ist festzuhalten, dass diese betragsmäßig weit davon entfernt sind, überwiegende Finanzierung zu sein und dass sie sich auch in absoluten Zahlen in einem Ausmaß bewegen, das dem BFI keinen relevanten Wettbewerbsvorsprung vermittelt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch Konkurrenten des BFI als Bildungsträger Subventionen erhalten.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das wirtschaftliche Risiko der geschäftlichen Tätigkeit ausschließlich bei BFI

liegt. Gemäß § 4 Z 2 Statuten ist der Verein für die finanzielle Gebarung des Vereins voll verantwortlich und voll haftbar. Es ist kein Instrumentarium vorgesehen, mit dem allfällige Verluste aus der Geschäftstätigkeit von den Vereinsmitgliedern aufgefangen werden würden. Auch von dritter Seite ist eine derartige Abdeckung allfälliger Verluste nicht vorgesehen oder auch nur zu erwarten. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das wirtschaftliche Risiko der geschäftlichen Tätigkeit ausschließlich bei BFI liegt. Gemäß Paragraph 4, Ziffer 2, Statuten ist der Verein für die finanzielle Gebarung des Vereins voll verantwortlich und voll haftbar. Es ist kein Instrumentarium vorgesehen, mit dem allfällige Verluste aus der Geschäftstätigkeit von den Vereinsmitgliedern aufgefangen werden würden. Auch von dritter Seite ist eine derartige Abdeckung allfälliger Verluste nicht vorgesehen oder auch nur zu erwarten.

Eine Gesamtbetrachtung zeigt, dass das BFI in einem wettbewerblich geprägten Umfeld und auf eigenes wirtschaftliches Risiko Leistungen auf dem umkämpften Markt der Erwachsenenbildung anbietet. Es ist daher nicht anzunehmen, dass das BFI sich bei seinen Vergabeentscheidungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt. 96

IV. Zusammenfassendes Ergebnis römisch vier. Zusammenfassendes Ergebnis

Das BFI erbringt zwar im Allgemeininteresse gelegene Leistungen:

Aus den dargelegten Gründen wurde es jedoch, nicht zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. 97 Das BFI ist daher kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Aus den dargelegten Gründen wurde es jedoch, nicht zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. 97 Das BFI ist daher kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Wiener Neudorf, am 12. Juni 2006 M***"

94 So ist das BFI ISO-zertifiziert.

95 Siehe Schreiben der AK Wien vom 26.11.2004 betreffend die Miete Dezember 2004.

96 Das zeigt letztlich auch der Umstand, dass das BFI - wie im Anlassfall - seine Leistungen nach der ÖNORM A 2050 ausschreibt. 97 Nur der Vollständigkeit halber darf - bezogen auf das konkrete Nachprüfungsverfahren - ergänzt werden, dass das BFI auch nicht gemäß § 3 Abs 2 BVergG gehalten ist, bei der Vergabe dieses Auftrages, obwohl kein öffentlicher Auftraggeber, das BVergG anzuwenden. Abgesehen davon, dass diese Bestimmung nur für den Oberschwellenbereich gilt, ist kein Hinweis darauf ersichtlich, dass das konkrete Projekt (Anschaffung von Klimageräten) von einem öffentlichen Auftraggeber zu mehr als 50 % direkt subventioniert werden würde." 96 Das zeigt letztlich auch der Umstand, dass das BFI - wie im Anlassfall - seine Leistungen nach der ÖNORM A 2050 ausschreibt. 97 Nur der Vollständigkeit halber darf - bezogen auf das konkrete Nachprüfungsverfahren - ergänzt werden, dass das BFI auch nicht gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG gehalten ist, bei der Vergabe dieses Auftrages, obwohl kein öffentlicher Auftraggeber, das BVergG anzuwenden. Abgesehen davon, dass diese Bestimmung nur für den Oberschwellenbereich gilt, ist kein Hinweis darauf ersichtlich, dass das konkrete Projekt (Anschaffung von Klimageräten) von einem öffentlichen Auftraggeber zu mehr als 50 % direkt subventioniert werden würde."

Im Vereinsstatut des Berufsförderungsinstitutes Wien ist Nachfolgendes festgehalten:

"§ 1, Name und Sitz

1. 1. Ziffer eins

Der Verein führt den Namen "Berufsförderungsinstitut Wien". Er hat seinen Sitz in Wien, seine Tätigkeit erstreckt sich auf das Bundesland Wien. Die Träger des BFI Wien sind der ÖGB und die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien.

....

§ 2, Zweck Paragraph 2,, Zweck

1. 1. Ziffer eins

Der Verein dessen Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist, fördert das Gemeinwohl ausschließlich und unmittelbar durch gemeinnützige und mildtätige Zwecke. Diese sind die Planung und Durchführung von Kursen und Lehrveranstaltungen im Rahmen vornehmlich arbeitnehmerorientierter beruflicher Aus- und Fortbildung, Erwachsenenbildung und Rehabilitation.

2. 2.Ziffer 2

Weiters ist es Aufgabe des Vereins, das BFI Österreich in seiner Aufgabenerfüllung zu unterstützen und die gemeinsamen, insbesondere bildungspolitischen Interessen des BFI Österreich zu wahren und zu fördern.

....

§ 4, Beziehung zum BFI Österreich Paragraph 4,, Beziehung zum BFI Österreich

1. 1.Ziffer eins

Der Verein ist Mitglied des BFI Österreich und erklärt, auch diesem nur nach 3/4 - Zustimmung der Mitgliederversammlung auszutreten und ein diesbezügliches Einvernehmen mit dem Aufsichtsrat des BFI Österreich anzustreben (unter Bedachnahme auf ----- § 11 Ziffer 6) Der Verein ist Mitglied des BFI Österreich und erklärt, auch diesem nur nach 3/4 - Zustimmung der Mitgliederversammlung auszutreten und ein diesbezügliches Einvernehmen mit dem Aufsichtsrat des BFI Österreich anzustreben (unter Bedachnahme auf ----- Paragraph 11, Ziffer 6)

2. 2.Ziffer 2

Für die finanzielle Gebarung des Vereins ist der Verein voll verantwortlich und voll haftbar.

3. 3.Ziffer 3

Der Verein wird, falls die Einnahmen des BFI Österreich, insbesondere Mitgliederbeiträge der Trägerorganisationen, Subventionen, Spenden sowie Erträge aus Aktivitäten nicht zur Deckung der Kosten des BFI Österreich ausreichen, diesem nach entsprechenden einvernehmlichen Beschlüssen im Aufsichtsrat des BFI Österreich finanzielle Zuschüsse leisten. Dabei ist auf die finanzielle Lage des Landes besonders Bedacht zu nehmen.

4. 4.Ziffer 4

Der Verein wird dem BFI Österreich über die Bestellung der Geschäftsführung berichten, die Jahresabschlüsse und Budgets dem BFI Österreich 1 Monat nach Beschlussfassung zur Kenntnis vorlegen und an allen Maßnahmen mitwirken, die zur Wahrung der gemeinsamen Interessen des BFI Österreich und der Landesvereine förderlich und notwendig sind. § 5, Mitgliedschaft Der Verein wird dem BFI Österreich über die Bestellung der Geschäftsführung berichten, die Jahresabschlüsse und Budgets dem BFI Österreich 1 Monat nach Beschlussfassung zur Kenntnis vorlegen und an allen Maßnahmen mitwirken, die zur Wahrung der gemeinsamen Interessen des BFI Österreich und der Landesvereine förderlich und notwendig sind. Paragraph 5,, Mitgliedschaft

5. 1.Ziffer eins

Der Verein besteht aus ordentlichen und unterstützenden Mitgliedern und Ehrenmitgliedern.

....

§ 8, Rechte der Mitglieder Paragraph 8,, Rechte der Mitglieder

1. 1.Ziffer eins

Die Delegierten der ordentlichen Mitglieder besitzen das aktive und passive Wahlrecht. Außerdem haben sie das Recht, bei Abstimmungen in allen Mitgliederversammlungen das Stimmrecht auszuüben sowie Anträge und Anfragen in allen Mitgliederversammlungen zu stellen.

....

§ 10, Organe des Vereins Paragraph 10,, Organe des Vereins

1. 1.Ziffer eins

Organe des Vereins sind:

1. a) Litera a

die Mitgliederversammlung und die außerordentliche Mitgliederversammlung

2. b) Litera b

der Aufsichtsrat

3. c) Litera c

die Geschäftsführung

4. d) Litera d

die Kontrolle

....

§ 11, die Mitgliederversammlung Paragraph 11,, die Mitgliederversammlung

1. 1.Ziffer eins

Die Mitgliederversammlung wird vom Vorsitzenden des Aufsichtsrates bzw. im Verhinderungsfall von einem seiner Stellvertreter nach Bedarf, mindestens aber 1 Mal jährlich, einberufen.

....

1. 2.Ziffer 2

Die Mitgliederversammlung setzt sich aus folgenden Teilnehmern zusammen:

1. a) Litera a
den Delegierten der ordentlichen Mitglieder
2. b) Litera b
den unterstützenden Mitgliedern mit beratender Stimme
3. c) Litera c
den Mitgliedern des Aufsichtsrates
4. d) Litera d
die Geschäftsführung mit beratender Stimme
5. e) Litera e
den Mitgliedern der Kontrolle
6. f) Litera f
den Ehrenmitgliedern mit beratender Stimme
7. g) Litera g
2 Vertretern des Betriebsrates ohne Stimmrecht

....

1. 7.Ziffer 7

Der Mitgliederversammlung obliegen folgende Aufgaben.

1. a) Litera a
Wahl des Aufsichtsrates, des Vorsitzenden des Aufsichtsrates und seiner 2 Stellvertreter
2. b) Litera b
Bestätigung der Bestellung bzw. einer allfälligen Abberufung der Geschäftsführung

....

§ 13, der Aufsichtsrat Paragraph 13,, der Aufsichtsrat

1. 1.Ziffer eins

Der Aufsichtsrat besteht aus 8 bis 12 Mitgliedern (inkl. Vorsitzender und 2 Stellvertreter, die von der Mitgliederversammlung gewählt werden).

2. 2.Ziffer 2

Es sollte angestrebt werden, dass der ÖGB und die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien im Aufsichtsrat annähernd gleich stark vertreten sind.

....

1. 8.Ziffer 8

Der Aufsichtsrat überwacht die Geschäftsführung hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen und nimmt die Interessen des Vereins gegenüber der Geschäftsführung wahr. In den Aufgabenbereich des Aufsichtsrates fallen jedenfalls:

1. a) Litera a
Bestellung der Geschäftsführung
2. b) Litera b
Abberufung der Geschäftsführung
3. c) Litera c
Beschlussfassung über die Geschäftsordnung der Geschäftsführung
4. d) Litera d
Bestellung, der von der Geschäftsführung vorgeschlagenen Mitglieder von Arbeitsausschüssen
5. e) Litera e
Beschlussfassung über den, von der Geschäftsführung vorgelegten Budgetplan und über sonstige Anträge

der Geschäftsführung

6. f) Litera f

Beschluss des, von der Geschäftsführung vorgelegten Jahresabschluss

2. 9. Ziffer 9

Die Tätigkeit des Aufsichtsrates wird durch eine von ihm erlassene Geschäftsordnung geregelt.

§ 14, Die Geschäftsführung (Leitungsorgan) Paragraph 14,, Die Geschäftsführung (Leitungsorgan)

1. 1. Ziffer eins

Die Geschäftsführung, die aus einem oder mehreren Mitgliedern und zumindest einem Stellvertreter besteht, wird gemäß § 13 Abs. 8 vom Aufsichtsrat aus dem Kreis der ordentlichen Mitglieder oder der Delegierten der ordentlichen Mitglieder des Vereins bestellt und abberufen. Die Bestellung erfolgt jeweils für den Zeitraum von 4 Jahren. Bei Nachbesetzung können durch Eintritt in eine Funktionsperiode zunächst kürzere Fristen gegeben sein. Die Geschäftsführung, die aus einem oder mehreren Mitgliedern und zumindest einem Stellvertreter besteht, wird gemäß Paragraph 13, Absatz 8, vom Aufsichtsrat aus dem Kreis der ordentlichen Mitglieder oder der Delegierten der ordentlichen Mitglieder des Vereins bestellt und abberufen. Die Bestellung erfolgt jeweils für den Zeitraum von 4 Jahren. Bei Nachbesetzung können durch Eintritt in eine Funktionsperiode zunächst kürzere Fristen gegeben sein.

2. 2. Ziffer 2

Der Verein wird durch die Geschäftsführung nach außen vertreten.

....

1. 4. Ziffer 4

Der Geschäftsführung obliegen alle Aufgaben, die vom Statut nicht einem anderen Vereinsorgan zugewiesen sind. Hiezu gehören insbesondere:

1. a. Litera a

die autonome und eigenverantwortliche Führung sämtlicher Vereinsgeschäfte im Rahmen des dem Aufsichtsrat vorgelegten und von diesem genehmigten Budgets. Für einzelne Teilbereiche können durch besonderen Beschluss des Aufsichtsrates zusätzliche Berichts- und Beschlusserfordernisse vorgesehen sein.

2. b. Litera b

Wesentliche negative Abweichungen vom Wirtschaftsplan sind dem Aufsichtsrat unverzüglich zur Kenntnis zu bringen.

3. c. Litera c

Erstattung des vom Aufsichtsrat genehmigten Rechenschaftsberichts in der Mitgliederversammlung.

....

§ 15, die Kontrolle Paragraph 15,, die Kontrolle

1. 1. Ziffer eins

Die aus 3 bis 5 Mitgliedern bestehende Kontrolle wird von der Mitgliederversammlung für einen Zeitraum von längstens 4 Geschäftsjahren aus dem Kreis, der von den ordentlichen Vereinsmitgliedern vorgeschlagenen Personen gewählt.

....

1. 2. Ziffer 2

Der Kontrolle obliegt die Prüfung der gesamten Tätigkeit des Vereins, die Erstattung eines schriftlichen Kontrollberichtes in der Mitgliederversammlung sowie die Antragstellung auf Erteilung der Entlastung von Geschäftsführung und Aufsichtsrat.

...."

Aufgrund einer schriftlichen Anfrage seitens des Bundesvergabebeamten teilte Frau L***, die als Delegierte der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien dem Aufsichtsrat des Berufsförderungsinstitutes angehört, am 9.6.2006 schriftlich mit, dass der Aufsichtsrat des Berufsförderungsinstitutes Wien seit 23.10.2003 aus 9 Mitgliedern bestehe, wobei 5 Mitglieder Delegierte der Kammer für Arbeiter und Angestellte und 4 Mitglieder dem ÖGB zuzuordnen seien. Die Kontrolle setze sich aus 5 Personen zusammen, wobei 3 Kontrolleure dem ÖGB und 2 Kontrolleure der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien zuzuordnen seien. Derzeit gebe es 4 ordentliche Mitglieder des

Berufsförderungsinstitutes Wien. Dazu zählten 2 juristische Personen, nämlich der ÖGB (mit 26 Delegierten) und die Kammer für Arbeiter und Angestellte (mit 29 Delegierte) und 2 physische Personen (Geschäftsführer und stv. Geschäftsführer).

Aus dem Tätigkeitsbericht des Berufsförderungsinstitutes Österreich (in der Folge BFI Ö) aus dem Jahr 2004, in dem einleitend auf die Probleme am Arbeitsmarkt Bezug genommen wird, ergibt sich, dass das BFI Ö ein Dachverband der Berufsförderungsinstitute ist, der die Interessen des BFI auf Bundesebene in zahlreichen Gremien, Arbeitsgemeinschaften, Beiräten und Projekten vertritt. Gegenüber Unternehmen fungiert der Dachverband zum Teil als General-Vertragspartner für alle Berufsförderungsinstitute. Weiters koordiniert das BFI Ö arbeitsmarkt- und bildungspolitische Initiativen, bundesweite Schulungs- und Kursangebote und wirkt an nationalen sowie an EU-Projekten mit. Im Hinblick auf den Österreich-Konvent ist unter Mitwirkung des BFI Österreich auch ein Grundsatzpapier erarbeitet worden, in dem dafür plädiert worden ist, das Recht auf Zugang zur Weiterbildung in der Verfassung zu verankern und in dem weiters gefordert wird, dass der Bund seine Verantwortung zur Weiterentwicklung der Erwachsenenbildung in Österreich stärker als bisher wahrnehmen solle. Weiters ergibt sich aus dem genannten Tätigkeitsbereich des BFI Ö, dass zu den dem BFI Ö angehörenden Berufsförderungsinstituten der Bundesländer auch das Berufsförderungsinstitut Salzburg und das Bildungscenter Vorarlberg zählen, die beide als Abteilungen der Kammer der Arbeiter und Angestellten im jeweiligen Bundesland geführt werden.

In der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 gab der Antragsteller an, dass unter dem Begriff Kosten des Nachprüfungsverfahrens und des Provisorialverfahrens neben Pauschalgebühren, auch die Vertretungskosten und sonstige Kosten des Verfahrens zu verstehen seien. Die Verständigung, dass das Angebot des Antragstellers keine Berücksichtigung finde, sei als Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers zu verstehen.

Der Auftraggeber verwies zur Höhe der Kosten für die zu liefernden Klimageräte einerseits und zur Höhe der Kosten für die Demontage und Montage der zu liefernden Klimageräte samt Elektrozuleitungen, Verputzarbeiten und eventuellem Blitzschutz andererseits auf die Angaben in den Angeboten, die mit den Unterlagen zum Vergabeverfahren vorgelegt worden seien. Selbst für den Fall, dass das BVergG 2006 im gegenständlichen Vergabeverfahren anzuwenden wäre, komme dem Antragsteller keine Antragslegitimation zu, da sein Angebot nicht den Ausschreibungsbestimmungen entspreche.

Der Antragsteller führte zum Begriff "nicht gewerblich" aus, dass dieser Begriff auch wirtschaftliche Überlegungen inkludiere, andernfalls ein nicht-gewerblicher Betrieb nicht geführt werden könne. Im Bildungsbereich gebe es keinen Wettbewerb im herkömmlichen Sinne. Die Hauptkonkurrenten auf diesem Gebiet seien das der WKÖ zuzuordnende WIFI und das der Kammer für Arbeiter und Angestellte zuzuordnende BFI, welches vom AMS jedenfalls indirekt gefördert werde. Dies spiegle sich auch im Geschäftsbericht des BFI Ö wieder. Das BFI Wien sei als Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 zu werten, zumal es aus zwei Verbänden, nämlich dem ÖGB und der Kammer für Arbeiter und Angestellte, bestehe, von denen zumindest jedenfalls einer öffentlicher Auftraggeber sei. Der Antragsteller führte zum Begriff "nicht gewerblich" aus, dass dieser Begriff auch wirtschaftliche Überlegungen inkludiere, andernfalls ein nicht-gewerblicher Betrieb nicht geführt werden könne. Im Bildungsbereich gebe es keinen Wettbewerb im herkömmlichen Sinne. Die Hauptkonkurrenten auf diesem Gebiet seien das der WKÖ zuzuordnende WIFI und das der Kammer für Arbeiter und Angestellte zuzuordnende BFI, welches vom AMS jedenfalls indirekt gefördert werde. Dies spiegle sich auch im Geschäftsbericht des BFI Ö wieder. Das BFI Wien sei als Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 zu werten, zumal es aus zwei Verbänden, nämlich dem ÖGB und der Kammer für Arbeiter und Angestellte, bestehe, von denen zumindest jedenfalls einer öffentlicher Auftraggeber sei.

Dem hielt der Auftraggeber die Ausführungen von M*** in seinem Gutachten auf Seite 3. entgegen. Daraus ergebe sich, dass das BFI Wien nicht als öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 3 zu werten sei. Der Wettbewerb im Bildungsbereich sei enorm. Es liege nur eine 2,1 %ige öffentliche Finanzierung vor. Selbst wenn man zum Ergebnis käme, dass die 23%ige Finanzierung als öffentliche Finanzierung zu werten sei, liege keine überwiegende öffentliche Finanzierung des BFI Wien vor. Dem hielt der Auftraggeber die Ausführungen von M*** in seinem Gutachten auf Seite 3. entgegen. Daraus ergebe sich, dass das BFI Wien nicht als öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, zu werten sei. Der Wettbewerb im Bildungsbereich sei enorm. Es liege nur eine 2,1 %ige öffentliche Finanzierung vor. Selbst wenn man zum Ergebnis käme, dass die 23%ige Finanzierung als öffentliche Finanzierung zu werten sei, liege keine überwiegende öffentliche Finanzierung des BFI Wien vor.

Der als Zeuge vernommene Geschäftsführer des BFI Wien, O***, gab an, dass ordentliche Mitglieder des BFI Wien 2 juristischen (dem ÖGB und der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien) und 2 physischen Personen (Geschäftsführer und dessen Stellvertreter) seien. Die 2 genannten juristischen Personen würden durch Delegierte vertreten. Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien werde durch 29 und der ÖGB durch 26 Mitglieder repräsentiert. Der Aufsichtsrat setze sich derzeit nur aus Delegierten der ordentlichen Vereinsmitglieder zusammen. Den Aufgabenbereich des Berufsförderungsinstitutes Wien schilderte der Zeuge O*** als äußerst umfassend. Er erstrecke sich hauptsächlich auf die Erwachsenenbildung. Zu den drei 100%igen Töchtern des BFI Wien zählten die Fachhochschule, eine gemeinnützige Arbeitskräfteüberlassung und eine gemeinnützige Arbeitskräftevermittlung. Das BFI Wien engagiere sich primär für benachteiligte Erwachsene und Jugendliche. Das Ziel des BFI Wien sei nicht darauf ausgerichtet, Gewinne zu maximieren, sondern es würden Rücklagen im Hinblick auf die Erhaltung des Vereins gebildet. Als Vereinsmitglied des BFI Ö unterstützte das BFI Wien die Ziele des BFI Ö. Außerdem werde ein Mitgliedsbeitrag an den Dachverband BFI Ö bezahlt, der keine operativen Tätigkeiten durchführe. Das BFI Wien führe auch die Buchhaltung und Lohnverrechnung für das BFI Ö durch.

Der als Zeuge vernommene Geschäftsführer des BFI Ö, P***, führte zu dem als Verein tätigen BFI Ö aus, dass dessen Mitglieder als juristische Personen einzustufen seien, zu denen der ÖGB, die Bundesarbeitskammer und sämtliche BFI der Bundesländer zählten. Das BFI Salzburg werde durch die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Salzburg und das Bildungscenter Vorarlberg durch die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Vorarlberg repräsentiert. Das nicht im operativen Bereich tätige BFI Ö, das von vier Mitarbeitern geführt werde, repräsentiere die Landesorganisationen auf Bundesebene und biete den Landesorganisationen im Innenverhältnis Dienstleistungen wie beispielsweise Arbeitskreise oder die Führung eines Internetportals an.

Nach Angaben von P*** sei das BFI Ö gemeinnützige tätig und verfolge soziale Ziele. Als gemeinnütziger und arbeitnehmerorientierter Verein würden benachteiligte Arbeitnehmer bei der Weiterbildung und der Berufsausbildung unterstützt. Das BFI Wien setze den Vereinszweck des BFI Ö um. Dies gelte insbesondere bei der Förderung von benachteiligten Arbeitnehmern im Bereich der Berufsbildung. Die ideologischen, auf benachteiligte Arbeitnehmer ausgerichteten Ziele des BFI Ö würden durch das BFI Wien unterstützt. Die Mitgliedsbeiträge des ÖGB und der Bundesarbeitskammer beliefen sich auf je Euro 120.000,- und jener des BFI Wien auf Euro 2.000,-. Die 75%ige öffentliche Finanzierung des BFI Wien im Tätigkeitsbericht des BFI Ö sei dahingehend zu verstehen, dass es sich dabei um Gelder handle, die beispielsweise das AMS dem BFI Wien für auf Grund von Ausschreibungen durchgeführte Aufträge bezahle. Das BFI Wien habe jedenfalls bei dieser Finanzierung eine adäquate Gegenleistung zu erbringen. Die finanziellen Zuwendungen ohne Gegenleistung für das BFI Wien beliefen sich lediglich auf 0,17 %. Für die Teilnahme an Kursen erhielten Mitglieder des ÖGB 5% Ermäßigung.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

1. 1. Ziffer eins

Auftraggebereigenschaft des Berufsförderungsinstitutes Wien

1.1 Allgemeines

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers ist § 3 BVergG 2006. In der gegenständlichen Fallkonstellation ist insbesondere zu prüfen, ob das BFI Wien die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Z 2 leg. cit., der inhaltlich unverändert § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 entspricht, erfüllt. Durch die Übernahme der Terminologie des Gemeinschaftsrechts in die genannte Gesetzesbestimmung (vgl. dazu insbesondere RL 2004/17/EG; 2004/18/EG) wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG 2006 mit jenem der Richtlinien gleich zu gestalten. Daraus folgt zwingend eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des § 3 BVergG 2006 sowie eine Orientierung an der Judikatur des EuGH (RV 1171 BlgNR 22.GP 22ff). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers ist Paragraph 3, BVergG 2006. In der gegenständlichen Fallkonstellation ist insbesondere zu prüfen, ob das BFI Wien die Voraussetzungen des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, leg. cit., der inhaltlich unverändert Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 entspricht, erfüllt. Durch die Übernahme der Terminologie des Gemeinschaftsrechts in die genannte Gesetzesbestimmung vergleiche dazu insbesondere RL 2004/17/EG; 2004/18/EG) wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des

BVergG 2006 mit jenem der Richtlinien gleich zu gestalten. Daraus folgt zwingend eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des Paragraph 3, BVergG 2006 sowie eine Orientierung an der Judikatur des EuGH Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 22ff).

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers iSd BVergG 2006 ist grundsätzlich nicht im streng institutionellen, sondern im funktionalen Sinne zu verstehen [EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding); 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau); 27.2.2003, Rs C-373/00 (Trully); 22.5.2003 Rs C-18/01 (Korhonen)]. Somit ist nicht ausschlaggebend, ob die betreffende Einrichtung formell in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist, sondern ob sie nach Maßgabe bestimmter Kriterien eine gewisse "Staatsnähe" aufweist [vgl. RV 1171 BlgNR. 22. GP 22 ff; ebenso zu § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht² (2005) 36; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhramm/Thienel, § 7 RZ 4; Potacs, Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 47]. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers iSd BVergG 2006 ist grundsätzlich nicht im streng institutionellen, sondern im funktionalen Sinne zu verstehen [EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding); 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau); 27.2.2003, Rs C-373/00 (Trully); 22.5.2003 Rs C-18/01 (Korhonen)]. Somit ist nicht ausschlaggebend, ob die betreffende Einrichtung formell in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist, sondern ob sie nach Maßgabe bestimmter Kriterien eine gewisse "Staatsnähe" aufweist [vgl. Regierungsvorlage 1171 BlgNR. 22. Gesetzgebungsperiode 22 ff; ebenso zu Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht² (2005) 36; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhramm/Thienel, Paragraph 7, RZ 4; Potacs, Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 47].

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

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

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

1.2.1 Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben

Wie sich aus § 2 des oben wiedergegebenen Vereinsstatuts des Berufsförderungsinstitutes Wien ergibt, ist gemäß Abs. 1 seine Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet, sondern es gilt das Gemeinwohl ausschließlich und unmittelbar durch gemeinnützige und mildtätige Zwecke zu fördern. Zu diesen zählen die Planung und Durchführung von Kursen und Lehrveranstaltungen im Rahmen vornehmlich arbeitnehmerorientierter beruflicher Aus- und Fortbildung, Erwachsenenbildung und Rehabilitation. Außerdem hat das BFI Wien gemäß Abs. 2, das BFI Ö in seiner Aufgabenerfüllung zu unterstützen, wobei gemeinsame, bildungspolitische Interessen des BFI Ö gewahrt und gefördert werden. Wie sich aus Paragraph 2, des oben wiedergegebenen Vereinsstatuts des Berufsförderungsinstitutes Wien ergibt, ist gemäß Absatz eins, seine Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet, sondern es gilt das Gemeinwohl ausschließlich und unmittelbar durch gemeinnützige und mildtätige Zwecke zu fördern. Zu diesen zählen

die Planung und Durchführung von Kursen und Lehrveranstaltungen im Rahmen vornehmlich arbeiternehmerorientierter beruflicher Aus- und Fortbildung, Erwachsenenbildung und Rehabilitation. Außerdem hat das BFI Wien gemäß Absatz 2,, das BFI Ö in seiner Aufgabenerfüllung zu unterstützen, wobei gemeinsame, bildungspolitische Interessen des BFI Ö gewahrt und gefördert werden.

Der in § 2 Abs. 1 des Vereinsstatuts auf berufliche Aus- und Fortbildung ausgerichtete Vereinszweck dient nicht der Förderung subjektiver Einzelinteressen, sondern der Förderung gemeinsamer Interessen einer bestimmten Bevölkerungsgruppe, die an der beruflichen Aus- und Fortbildung bzw. Erwachsenenbildung oder Rehabilitation interessiert ist (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 7 RZ 34). Eine Zentrierung auf ein gewisses Allgemeininteresse und auf ein mit der staatlichen Aufgabensetzung in Zusammenhang stehendes Gemeinwohl liegt damit jedenfalls vor, da dieser Vereinszweck im weiteren Sinne neben bildungspolitischen auch wirtschafts- und sozialpolitische Zwecke verfolgt, wie beispielsweise Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, Reduktion der Arbeitslosenzahlen und lebenslanges Lernen in Verbindung mit beruflicher Weiterentwicklung [vgl dazu auch EuGH 10.5.2001, Rs C-223/99 und C-260/99 (Agorá); 3.10.2000, Rs C-380/98, (University of Cambridge)]. Der in Paragraph 2, Absatz eins, des Vereinsstatuts auf berufliche Aus- und Fortbildung ausgerichtete Vereinszweck dient nicht der Förderung subjektiver Einzelinteressen, sondern der Förderung gemeinsamer Interessen einer bestimmten Bevölkerungsgruppe, die an der beruflichen Aus- und Fortbildung bzw. Erwachsenenbildung oder Rehabilitation interessiert ist (vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 7, RZ 34). Eine Zentrierung auf ein gewisses Allgemeininteresse und auf ein mit der staatlichen Aufgabensetzung in Zusammenhang stehendes Gemeinwohl liegt damit jedenfalls vor, da dieser Vereinszweck im weiteren Sinne neben bildungspolitischen auch wirtschafts- und sozialpolitische Zwecke verfolgt, wie beispielsweise Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, Reduktion der Arbeitslosenzahlen und lebenslanges Lernen in Verbindung mit beruflicher Weiterentwicklung [vgl dazu auch EuGH 10.5.2001, Rs C-223/99 und C-260/99 (Agorá); 3.10.2000, Rs C-380/98, (University of Cambridge)].

Dies spiegelt sich auch in den Zeugenaussagen des Geschäftsführers des BFI Wien, O***, in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 wieder, der von einem primär auf benachteiligte Erwachsene und Jugendliche ausgerichteten Engagement des BFI Wien sprach und findet auch in den dem BFI Wien zuzuordnenden 100%igen Töchtern, und zwar einer gemeinnützigen Arbeitskräfteüberlassung und einer gemeinnützigen Arbeitskräfteübermittlung, seine Bestätigung. Auch der in der Verhandlung als Zeuge vernommene Geschäftsführer des BFI Ö, P***, verwies auf die Förderung von benachteiligten Arbeitnehmern im Bereich der Berufsausbildung.

Dass der Vereinszweck des BFI Wien auf die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ausgerichtet ist, ergibt sich auch aus dem in § 2 Abs. 2 verankerten Vereinszweck des BFI Wien nämlich der Förderung des BFI Ö in seiner Aufgabenerfüllung. Das BFI Ö setzt sich in seinem Tätigkeitsbericht 2004 auch mit Arbeitsmarkt- und Bildungspolitikfragen im Hinblick auf den beruflichen Ein- bzw. Wiedereinstieg auseinander. Ferner setzt es sich für die Verankerung des Rechts auf Zugang zu Weiterbildung in der Verfassung ein und plädiert dafür, dass der Bund seine Verantwortung zur Weiterentwicklung der Erwachsenenbildung in Österreich stärker als bisher wahrnimmt. Der Zeuge P*** gab in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 an, dass die ideologischen, auf benachteiligte Arbeitnehmer ausgerichteten Ziele des BFI Ö durch das BFI Wien unterstützt würden. Der als gemeinnützig und arbeiternehmerorientiert einzustufende Verein, BFI Ö, verfolge demnach soziale Ziele. Der Zeuge O*** bestätigte, dass das dem Verein BFI Ö angehörende Vereinsmitglied BFI Wien die Ziele des BFI Ö unterstütze, was sich auch aus dem Vereinsstatut ergebe. Dass der Vereinszweck des BFI Wien auf die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ausgerichtet ist, ergibt sich auch aus dem in Paragraph 2, Absatz 2, verankerten Vereinszweck des BFI Wien nämlich der Förderung des BFI Ö in seiner Aufgabenerfüllung. Das BFI Ö setzt sich in seinem Tätigkeitsbericht 2004 auch mit Arbeitsmarkt- und Bildungspolitikfragen im Hinblick auf den beruflichen Ein- bzw. Wiedereinstieg auseinander. Ferner setzt es sich für die Verankerung des Rechts auf Zugang zu Weiterbildung in der Verfassung ein und plädiert dafür, dass der Bund seine Verantwortung zur Weiterentwicklung der Erwachsenenbildung in Österreich stärker als bisher wahrnimmt. Der Zeuge P*** gab in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 an, dass die ideologischen, auf benachteiligte Arbeitnehmer ausgerichteten Ziele des BFI Ö durch das BFI Wien unterstützt würden. Der als gemeinnützig und arbeiternehmerorientiert einzustufende Verein, BFI Ö, verfolge demnach soziale Ziele. Der Zeuge O*** bestätigte, dass das dem Verein BFI Ö angehörende Vereinsmitglied BFI Wien die Ziele des BFI Ö unterstütze, was sich auch aus dem Vereinsstatut ergebe.

1.2.2. Erfüllung von Aufgaben nicht gewerblicher Art Wie in § 2 Abs. 1 des Vereinsstatutes festgelegt, ist die Tätigkeit

des Berufsförderungsinstitutes Wien nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet. Die fehlende Gewinnerzielungsabsicht ist zwar ein Indiz für die Nicht-Gewerblichkeit einer Tätigkeit [vgl SA GA Alber 11.7.2002, Rs C- 18/01 (Finnische Bauträger)], aber nicht alleine ausschlaggebend für die Qualifizierung als nicht gewerbliche Tätigkeit. Umgekehrt hat der EuGH einer Einrichtung nicht bereits deshalb zwingend die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber abgesprochen, weil diese auf einem Markt tätig ist, auf dem ein Konkurrenzverhältnis zu anderen privaten Anbietern besteht. Ein Abstellen auf das Merkmal der "Konkurrenzlosigkeit" würde den Begriff des öffentlichen Auftraggebers entleeren, zumal es beinahe keine Tätigkeit gibt, die nicht auch von Privaten ausgeführt werden könnte [vgl EuGH 10.11.1998, Rs C-360/93 (BFI-Holding)].

1.2.2. Erfüllung von Aufgaben nicht gewerblicher Art Wie in Paragraph 2, Absatz eins, des Vereinsstatutes festgelegt, ist die Tätigkeit des Berufsförderungsinstitutes Wien nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet. Die fehlende Gewinnerzielungsabsicht ist zwar ein Indiz für die Nicht-Gewerblichkeit einer Tätigkeit [vgl SA GA Alber 11.7.2002, Rs C- 18/01 (Finnische Bauträger)], aber nicht alleine ausschlaggebend für die Qualifizierung als nicht gewerbliche Tätigkeit. Umgekehrt hat der EuGH einer Einrichtung nicht bereits deshalb zwingend die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber abgesprochen, weil diese auf einem Markt tätig ist, auf dem ein Konkurrenzverhältnis zu anderen privaten Anbietern besteht. Ein Abstellen auf das Merkmal der "Konkurrenzlosigkeit" würde den Begriff des öffentlichen Auftraggebers entleeren, zumal es beinahe keine Tätigkeit gibt, die nicht auch von Privaten ausgeführt werden könnte [vgl EuGH 10.11.1998, Rs C-360/93 (BFI-Holding)].

Wesentlich für die Qualifizierung als öffentlicher Auftraggeber ist, dass die zu beurteilende, auf Gewinnerzielung ausgerichtete Einrichtung einem "entwickelten Wettbewerb" ausgesetzt ist, wobei das Kostenrisiko und das wirtschaftliche Risiko für die erbrachten Leistungen von diesem alleine getragen werden [vgl EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 (Spanische Gefängnisse)]. Das BFI Wien steht bei seinen Bewerbungen um Aufträge im Schulungs- und Ausbildungsbereich mitunter zahlreichen Konkurrenten gegenüber und ist damit jedenfalls einem entwickelten Wettbewerb ausgesetzt. Dies zeigte sich bereits in anderen beim Bundesvergabeamt anhängigen Nachprüfungsverfahren des Auftraggebers AMS (vgl beispielsweise 20.2.2004, 10N-142/03-27, 10N-143/02-20; 3.9.2004, 10N-57/04-34).

Wesentlich für die Qualifizierung als öffentlicher Auftraggeber ist, dass die zu beurteilende, auf Gewinnerzielung ausgerichtete Einrichtung einem "entwickelten Wettbewerb" ausgesetzt ist, wobei das Kostenrisiko und das wirtschaftliche Risiko für die erbrachten Leistungen von diesem alleine getragen werden [vgl EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 (Spanische Gefängnisse)]. Das BFI Wien steht bei seinen Bewerbungen um Aufträge im Schulungs- und Ausbildungsbereich mitunter zahlreichen Konkurrenten gegenüber und ist damit jedenfalls einem entwickelten Wettbewerb ausgesetzt. Dies zeigte sich bereits in anderen beim Bundesvergabeamt anhängigen Nachprüfungsverfahren des Auftraggebers AMS vergleiche beispielsweise 20.2.2004, 10N-142/03-27, 10N-143/02-20; 3.9.2004, 10N-57/04-34).

Wie sich aus § 4 Abs. 2 de Vereinsstatutes des BFI Wien ergibt, ist das BFI Wien für die finanzielle Gebarung voll verantwortlich und voll haftbar. Ein allfälliger Auffangtatbestand bei Verlusten ist nicht vorgesehen. Der Anteil von Subventionen der öffentlichen Hand stellt nur einen niedrigen Prozentsatz am Budget des Berufsförderungsinstitutes Wien dar. Dies wird auch durch die glaubwürdige Aussage des Zeugen P*** in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 bestätigt. Dieser wies darauf hin, dass die finanziellen Zuwendungen ohne Gegenleistungen für das BFI Wien nur bei 0,17 % des Gesamtbudgets liegen würden.

Wie sich aus Paragraph 4, Absatz 2, de Vereinsstatutes des BFI Wien ergibt, ist das BFI Wien für die finanzielle Gebarung voll verantwortlich und voll haftbar. Ein allfälliger Auffangtatbestand bei Verlusten ist nicht vorgesehen. Der Anteil von Subventionen der öffentlichen Hand stellt nur einen niedrigen Prozentsatz am Budget des Berufsförderungsinstitutes Wien dar. Dies wird auch durch die glaubwürdige Aussage des Zeugen P*** in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 bestätigt. Dieser wies darauf hin, dass die finanziellen Zuwendungen ohne Gegenleistungen für das BFI Wien nur bei 0,17 % des Gesamtbudgets liegen würden.

Unter diesem Aspekt betrachtet wäre davon auszugehen, dass das BFI Wien Aufgaben gewerblicher Art erfüllt und somit nicht als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 zu qualifizieren wäre. Zu diesem Schluss kommt auch M*** in seinem oben zitierten Gutachten.

Unter diesem Aspekt betrachtet wäre davon auszugehen, dass das BFI Wien Aufgaben gewerblicher Art erfüllt und somit nicht als öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu qualifizieren wäre. Zu diesem Schluss kommt auch M*** in seinem oben zitierten Gutachten.

Keine Berücksichtigung fand in diesem Gutachten jedoch der im Vereinsstatut des Berufsförderungsinstitutes Wien in §

2 Abs. 2 angeführte Vereinszweck. Bei der Förderung der Aufgabenerfüllung ist das BFI Wien weder einem entwickelten Wettbewerb ausgesetzt, noch trägt es das volle Kostenrisiko bzw das wirtschaftliche Risiko. Vielmehr ist im Vereinsstatut verankert, dass für den Fall, dass die Einnahmen des BFI Ö nicht ausreichen, diesem nach entsprechenden einvernehmlichen Beschlüssen im Aufsichtsrat des BFI Ö durch das BFI Wien finanzielle Zuschüsse geleistet und dabei auf die finanzielle Lage des Landesvereins besonders Bedacht genommen wird. Keine Berücksichtigung fand in diesem Gutachten jedoch der im Vereinsstatut des Berufsförderungsinstitutes Wien in Paragraph 2, Absatz 2, angeführte Vereinszweck. Bei der Förderung der Aufgabenerfüllung ist das BFI Wien weder einem entwickelten Wettbewerb ausgesetzt, noch trägt es das volle Kostenrisiko bzw das wirtschaftliche Risiko. Vielmehr ist im Vereinsstatut verankert, dass für den Fall, dass die Einnahmen des BFI Ö nicht ausreichen, diesem nach entsprechenden einvernehmlichen Beschlüssen im Aufsichtsrat des BFI Ö durch das BFI Wien finanzielle Zuschüsse geleistet und dabei auf die finanzielle Lage des Landesvereins besonders Bedacht genommen wird.

Das BFI Ö setzt sich unter anderem - wie oben aufgezeigt und auch im Tätigkeitsbericht 2004 wiedergegeben - für bildungspolitische Ziele, wie etwa die Verankerung des Rechts auf Zugang zu Weiterbildung in der Verfassung ein und plädiert dafür, dass der Bund seine Verantwortung zur Weiterentwicklung der Erwachsenenbildung in Österreich stärker als bisher wahrnimmt. Der in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 zeugenschaftlich einvernommene Geschäftsführer des BFI Ö, P***, führte aus, dass das BFI Ö als gemeinnützig tätiger, arbeitnehmerorientierter und nicht im operativen Bereich tätige Verein benachteiligte Arbeitnehmer bei der Weiterbildung und Berufsausbildung unterstützt und soziale Ziele verfolgt. Die ideologischen, auf benachteiligte Arbeitnehmer ausgerichteten Ziele des BFI Ö würden durch das BFI Wien unterstützt. Auch wies dieser Zeuge darauf hin, dass dem BFI Ö für das Bundesland Salzburg auch das BFI Salzburg, welches als Abteilung der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Salzburg geführt werde, und für das Bundesland Vorarlberg das Bildungscenter Vorarlberg angehören würden, das ebenfalls als Abteilung der Kammer für Arbeiter und Angestellt für Vorarlberg geführt werde. Der ebenfalls in dieser Verhandlung einvernommene Zeuge O***, Geschäftsführer des BFI Wien, bestätigte die Unterstützung des BFI Ö durch dessen Vereinsmitglied BFI Wien.

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

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

1.3. Teilrechtsfähigkeit (§ 3 Abs. 1 Z 2 lit b BVergG 2006) 1.3. Teilrechtsfähigkeit (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG 2006)

Das Berufsförderungsinstitut besitzt als Verein Rechtsfähigkeit [vgl BVA 28.3.2006, N/0016-BVA/10/2006-11 (NEUSTART - Bewährungshilfe, Konfliktregelung, Soziale Arbeit); 28.1.2004, 10N-3/04-9 (Verein Österreich Werbung)]. Als solcher nimmt es am Wirtschaftsleben teil, schließt Verträge ab und begründet Rechte und Pflichten. Damit ist auch das zweite Tatbestandselement für die Qualifizierung als öffentlicher Auftraggeber gegeben.

1.4. Überwiegende Finanzierung oder Kontrolltatbestand durch Aufsicht oder Mitgliebernennung (§ 3 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2006) 1.4. Überwiegende Finanzierung oder Kontrolltatbestand durch Aufsicht oder Mitgliebernennung (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2006)

1.4.1. Überwiegende Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs.1 Z 1 oder 2 BVergG 2006 1.4.1. Überwiegende Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 BVergG 2006

Für das Vorliegen einer überwiegenden Finanzierung ist wesentlich, dass nur finanzielle Leistungen zu berücksichtigen sind, die ohne spezifische Gegenleistung die Tätigkeit der betreffenden Einrichtung finanzieren oder unterstützen, wobei mehr als 50% aller Mittel der Einrichtung von Auftraggebern iSv § 3 Abs. 1 Z 1 oder 2 BVergG 2006 stammen müssen [vgl EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98 (Universität Cambridge)]. Für das Vorliegen einer überwiegenden

Finanzierung ist wesentlich, dass nur finanzielle Leistungen zu berücksichtigen sind, die ohne spezifische Gegenleistung die Tätigkeit der betreffenden Einrichtung finanzieren oder unterstützen, wobei mehr als 50% aller Mittel der Einrichtung von Auftraggebern iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 BVergG 2006 stammen müssen [vgl EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98 (Universität Cambridge)].

Als öffentliche Auftraggeber kommen im Zusammenhang mit dem BFI Wien die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (vgl BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30; 22.1.2003, 05N-36/03-11), die als Vereinsmitglied des zu prüfenden Auftraggebers Mitgliedsbeitrag leistet und Subventionen zahlt, bzw im Hinblick auf Subventionen der Bund (Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) in Betracht. Der Mitgliedsbeitrag der Kammer für Arbeiter und Angestellte ist im Verhältnis des gesamten Budgets des Berufsförderungsinstitutes Wien verschwindend gering (Euro 414,25). Auch der Prozentsatz der Subventionen die von der genannten Kammer (lt Gewinn- und Verlustrechnung Euro 73.300,-- im Jahr 2004) bzw vom Bund herrühren ist im Vergleich zu den sonstigen Einnahmen verhältnismäßig gering. Als öffentliche Auftraggeber kommen im Zusammenhang mit dem BFI Wien die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien vergleiche BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30; 22.1.2003, 05N-36/03-11), die als Vereinsmitglied des zu prüfenden Auftraggebers Mitgliedsbeitrag leistet und Subventionen zahlt, bzw im Hinblick auf Subventionen der Bund (Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) in Betracht. Der Mitgliedsbeitrag der Kammer für Arbeiter und Angestellte ist im Verhältnis des gesamten Budgets des Berufsförderungsinstitutes Wien verschwindend gering (Euro 414,25). Auch der Prozentsatz der Subventionen die von der genannten Kammer (lt Gewinn- und Verlustrechnung Euro 73.300,-- im Jahr 2004) bzw vom Bund herrühren ist im Vergleich zu den sonstigen Einnahmen verhältnismäßig gering.

Das vom AMS als öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 (vgl BVA 28.1.2004, 10N-136/03-12; 27.11.2003, 10N- 120/03-7 und 10N-121/03-7) stammende Entgelt ist mit einer Gegenleistung des Berufsförderungsinstitutes im Zusammenhang mit öffentlichen Auftragsvergaben verbunden. Dies bestätigte auch der Zeuge P*** in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006. Er wies darauf hin, dass die im Tätigkeitsbericht des BFI Ö angeführte 75%ige öffentliche Finanzierung des BFI Wien dahingehend zu verstehen sei, dass es sich dabei um Gelder handle, die beispielsweise das AMS dem BFI Wien für auf Grund von Ausschreibungen durchgeführte Aufträge bezahle. Das BFI Wien habe jedenfalls bei dieser Finanzierung eine adäquate Gegenleistung zu erbringen. Die finanziellen Zuwendungen ohne Gegenleistung für das BFI beliefen sich hingegen nur auf 0,17%. Das vom AMS als öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 vergleiche BVA 28.1.2004, 10N-136/03-12; 27.11.2003, 10N- 120/03-7 und 10N-121/03-7) stammende Entgelt ist mit einer Gegenleistung des Berufsförderungsinstitutes im Zusammenhang mit öffentlichen Auftragsvergaben verbunden. Dies bestätigte auch der Zeuge P*** in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006. Er wies darauf hin, dass die im Tätigkeitsbericht des BFI Ö angeführte 75%ige öffentliche Finanzierung des BFI Wien dahingehend zu verstehen sei, dass es sich dabei um Gelder handle, die beispielsweise das AMS dem BFI Wien für auf Grund von Ausschreibungen durchgeführte Aufträge bezahle. Das BFI Wien habe jedenfalls bei dieser Finanzierung eine adäquate Gegenleistung zu erbringen. Die finanziellen Zuwendungen ohne Gegenleistung für das BFI beliefen sich hingegen nur auf 0,17%.

Die "Bildungsscheine" des AMS können nicht nur beim Berufsförderungsinstitut sondern auch bei anderen Bildungseinrichtungen eingelöst werden. Die Gewinn- und Verlustrechnung des Berufsförderungsinstitutes lässt zudem nicht den Schluss auf eine überwiegende Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber im oben dargestellten Sinne zu. Zu diesem Ergebnis gelangt auch M*** im oben zitierten Gutachten.

1.4.2. Kontrolltatbestand durch Aufsicht oder Mitgliederernennung

Nach der Judikatur des EuGH ist der Kontrolltatbestand der Aufsicht über die Leitung durch einen öffentlichen Auftraggeber danach zu beurteilen, ob die Entscheidungen des Rechtsträgers einer Aufsicht der öffentlichen Hand unterliegen, die es ermöglicht, die Entscheidungen des Rechtsträgers in Bezug auf einen öffentlichen Auftrag zu beeinflussen [vgl EuGH 1.2.2001, Rs C-237/99 (Kommission/ Frankreich)]. Dabei ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen [vgl RV 1171 BlgNR 22.GP, 25]. Nach der Judikatur des EuGH ist der Kontrolltatbestand der Aufsicht über die Leitung durch einen öffentlichen Auftraggeber danach zu beurteilen, ob die Entscheidungen des Rechtsträgers einer Aufsicht der öffentlichen Hand unterliegen, die es ermöglicht, die Entscheidungen des Rechtsträgers in Bezug auf einen öffentlichen Auftrag zu beeinflussen [vgl EuGH 1.2.2001, Rs C-237/99 (Kommission/ Frankreich)]. Dabei ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen [vgl Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22.GP, 25].

Im Vereinsstatut des Berufsförderungsinstitutes Wien sind in § 10 Abs. 1 die Organe des Vereins angeführt, zu denen die Mitgliederversammlung und die außerordentliche Mitgliederversammlung, der Aufsichtsrat, die Geschäftsführung und die Kontrolle zählen. Im Vereinsstatut des Berufsförderungsinstitutes Wien sind in Paragraph 10, Absatz eins, die Organe des Vereins angeführt, zu denen die Mitgliederversammlung und die außerordentliche Mitgliederversammlung, der Aufsichtsrat, die Geschäftsführung und die Kontrolle zählen.

Eine wesentliche Rolle kommt hierbei dem Aufsichtsrat zu, der gemäß § 11 Abs. 7 lit. a des Vereinsstatutes von der Mitgliederversammlung gewählt wird, wobei den Delegierten der ordentlichen Mitglieder gemäß § 8 Z 1 das aktive und passive Wahlrecht zukommt. Zu den ordentlichen Mitgliedern zählen zwei juristische Personen, nämlich die mit 29 Delegierten vertretene Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien und der mit 26 Delegierten vertretene ÖGB, sowie zwei physischen Personen, zu denen der Geschäftsführer und dessen Stellvertreter gehören. Die Delegierten der ordentlichen Mitglieder der Mitgliederversammlung werden somit von 29 Delegierten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien dominiert. Diese Delegiertenzahlen werden sowohl vom Zeugen, O***, in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 als auch von Frau L*** im Schreiben vom 9.6.2006 bestätigt. O*** gab auch an, dass sich der Aufsichtsrat derzeit nur aus Delegierten der ordentlichen Vereinsmitglieder zusammensetzt. Eine wesentliche Rolle kommt hierbei dem Aufsichtsrat zu, der gemäß Paragraph 11, Absatz 7, Litera a, des Vereinsstatutes von der Mitgliederversammlung gewählt wird, wobei den Delegierten der ordentlichen Mitglieder gemäß Paragraph 8, Ziffer eins, das aktive und passive Wahlrecht zukommt. Zu den ordentlichen Mitgliedern zählen zwei juristische Personen, nämlich die mit 29 Delegierten vertretene Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien und der mit 26 Delegierten vertretene ÖGB, sowie zwei physischen Personen, zu denen der Geschäftsführer und dessen Stellvertreter gehören. Die Delegierten der ordentlichen Mitglieder der Mitgliederversammlung werden somit von 29 Delegierten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien dominiert. Diese Delegiertenzahlen werden sowohl vom Zeugen, O***, in der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 als auch von Frau L*** im Schreiben vom 9.6.2006 bestätigt. O*** gab auch an, dass sich der Aufsichtsrat derzeit nur aus Delegierten der ordentlichen Vereinsmitglieder zusammensetzt.

Grundsätzlich ist für den Aufsichtsrat in § 13 Abs. 2 des Vereinstatutes festgehalten, dass angestrebt werden soll, dass der ÖGB und die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien im Aufsichtsrat annähernd gleich stark vertreten sind. Bei der derzeitigen Zusammensetzung des Aufsichtsrates des BFI Wien besteht ein Überhang der von der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien entsandten Mitglieder, zumal sich der Aufsichtsrat laut Angaben der Aufsichtsrätin L*** im Schreiben vom 9.6.2006 aus 5 Delegierten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien und aus 4 Delegierten des ÖGB zusammensetzt. Dies geht auch aus dem vom Auftraggeber vorgelegten Gutachten von M*** hervor. Grundsätzlich ist für den Aufsichtsrat in Paragraph 13, Absatz 2, des Vereinstatutes festgehalten, dass angestrebt werden soll, dass der ÖGB und die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien im Aufsichtsrat annähernd gleich stark vertreten sind. Bei der derzeitigen Zusammensetzung des Aufsichtsrates des BFI Wien besteht ein Überhang der von der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien entsandten Mitglieder, zumal sich der Aufsichtsrat laut Angaben der Aufsichtsrätin L*** im Schreiben vom 9.6.2006 aus 5 Delegierten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien und aus 4 Delegierten des ÖGB zusammensetzt. Dies geht auch aus dem vom Auftraggeber vorgelegten Gutachten von M*** hervor.

Die dominierende Stellung des Aufsichtsrates, der seine Tätigkeit gemäß § 13 Abs. 8 Z 9 des Vereinstatutes des BFI Wien durch eine von ihm erlassene Geschäftsordnung regelt, ergibt sich aus seinen im Vereinsstatut festgelegten Funktionen. Gemäß § 13 Abs. 8 des Vereinsstatutes überwacht er die von ihm aus dem Kreis der ordentlichen Mitglieder bestellte Geschäftsführung (§ 14 Abs. 1), die auch von ihm abberufen werden kann und den Verein nach außen vertritt, hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen durch den Verein und nimmt die Interessen des Vereins gegenüber der Geschäftsführung wahr. Der Aufsichtsrat fasst auch den Beschluss über die Geschäftsordnung der Geschäftsführung. Gemäß § 14 Abs. 4 lit. a des Vereinsstatuts können durch Beschlussfassung des Aufsichtsrates zusätzliche Berichts- und Beschlusserfordernisse vorgesehen werden. Abweichungen vom Wirtschaftsplan sind dem Aufsichtsrat unverzüglich zur Kenntnis zu bringen. Der Rechenschaftsbericht der Geschäftsführung ist ebenfalls vom Aufsichtsrat zu genehmigen. Die dominierende Stellung des Aufsichtsrates, der seine Tätigkeit gemäß Paragraph 13, Absatz 8, Ziffer 9, des Vereinstatutes des BFI Wien durch eine von ihm erlassene Geschäftsordnung regelt, ergibt sich aus seinen im Vereinsstatut festgelegten Funktionen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 8, des Vereinsstatutes überwacht er die von ihm aus dem Kreis der ordentlichen Mitglieder bestellte Geschäftsführung (Paragraph 14, Absatz eins), die auch von ihm abberufen werden kann und den

Verein nach außen vertritt, hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen durch den Verein und nimmt die Interessen des Vereins gegenüber der Geschäftsführung wahr. Der Aufsichtsrat fasst auch den Beschluss über die Geschäftsordnung der Geschäftsführung. Gemäß Paragraph 14, Absatz 4, Litera a, des Vereinsstatuts können durch Beschlussfassung des Aufsichtsrates zusätzliche Berichts- und Beschlusserfordernisse vorgesehen werden. Abweichungen vom Wirtschaftsplan sind dem Aufsichtsrat unverzüglich zur Kenntnis zu bringen. Der Rechenschaftsbericht der Geschäftsführung ist ebenfalls vom Aufsichtsrat zu genehmigen.

Auf Grund der Mehrheit der Delegierten, die von der als öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 zu qualifizierenden Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (vgl. BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30; 22.11.2003, 05N-36/03-11) entsendet werden, mit fünf Mitgliedern im Aufsichtsrat gegenüber vier Mitgliedern, die vom ÖGB entsendet werden, ist vor dem Hintergrund der oben dargestellten dominierenden Stellung des Aufsichtsrates, davon auszugehen, dass das BFI Wien auch das dritte Tatbestandselement, das in § 3 Abs. 1 Z 2 lit c BVergG 2006 gefordert wird, erfüllt. Auf Grund der Mehrheit der Delegierten, die von der als öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu qualifizierenden Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien vergleiche BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30; 22.11.2003, 05N-36/03-11) entsendet werden, mit fünf Mitgliedern im Aufsichtsrat gegenüber vier Mitgliedern, die vom ÖGB entsendet werden, ist vor dem Hintergrund der oben dargestellten dominierenden Stellung des Aufsichtsrates, davon auszugehen, dass das BFI Wien auch das dritte Tatbestandselement, das in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2006 gefordert wird, erfüllt.

1. 2. Ziffer 2

Schlussfolgerungen

Da somit sämtliche drei Tatbestandselemente der Bestimmung des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 durch das BFI Wien kumulativ erfüllt werden, ist davon auszugehen, dass das BFI Wien öffentlicher Auftraggeber ist und als solcher dem persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 unterliegt. Die Vergabe von Aufträgen durch das BFI Wien hat daher gemäß den Bestimmungen des BVergG zu erfolgen. Das Vergabeverfahren "BSZ 03/06 - Klimatisierung Innstraße" ist somit auf Grundlage der Bestimmungen des BVergG 2006 abzuwickeln, wovon der Auftraggeber jedoch nicht ausgegangen ist und sich daher Widersprüche zu den Bestimmungen des BVergG 2006 ergeben. Wie sich aus den Bestimmungen des § 132 Abs. 1 BVergG 2006 ergibt, darf ein Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist erteilt werden. Ebenso ist gemäß § 132 Abs. 2 leg. cit. ein unter Verstoß gegen die gemäß § 131 erster Satz bestehende Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgter Zuschlag absolut nichtig. Dies gilt auch für die gegenständliche Fallkonstellation. Da somit sämtliche drei Tatbestandselemente der Bestimmung des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 durch das BFI Wien kumulativ erfüllt werden, ist davon auszugehen, dass das BFI Wien öffentlicher Auftraggeber ist und als solcher dem persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 unterliegt. Die Vergabe von Aufträgen durch das BFI Wien hat daher gemäß den Bestimmungen des BVergG zu erfolgen. Das Vergabeverfahren "BSZ 03/06 - Klimatisierung Innstraße" ist somit auf Grundlage der Bestimmungen des BVergG 2006 abzuwickeln, wovon der Auftraggeber jedoch nicht ausgegangen ist und sich daher Widersprüche zu den Bestimmungen des BVergG 2006 ergeben. Wie sich aus den Bestimmungen des Paragraph 132, Absatz eins, BVergG 2006 ergibt, darf ein Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist erteilt werden. Ebenso ist gemäß Paragraph 132, Absatz 2, leg. cit. ein unter Verstoß gegen die gemäß Paragraph 131, erster Satz bestehende Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgter Zuschlag absolut nichtig. Dies gilt auch für die gegenständliche Fallkonstellation.

Bei einer Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde, dass eine Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Verfahren beteiligt waren, und dies auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig ist, sieht § 132 Abs. 3 leg. cit. sogar vor, dass das Vertragsverhältnis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung nichtig ist. Bei einer Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde, dass eine Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Verfahren beteiligt waren, und dies auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig ist, sieht Paragraph 132, Absatz 3, leg. cit. sogar vor, dass das Vertragsverhältnis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung nichtig ist.

Es ist daher von einer Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 leg. cit. zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte auszugehen. Es ist daher von einer Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten gemäß Paragraph 312,

Absatz 2, Ziffer 2, leg. cit. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte auszugehen.

Der Nachprüfungsantrag des Antragstellers erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 leg. cit. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Nachprüfungsantrag des Antragstellers erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, leg. cit. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

II. Qualifizierung des Auftrages römisch zwei. Qualifizierung des Auftrages

Wie sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt, umfasst der gegenständliche Auftrag neben der Lieferung von Klimageräten auch die Demontage und Entsorgung der Altgeräte und die Installation der gelieferten Geräte mit den Elektroleitungen, sowie auch einen eventuellen Blitzschutz und die Verputzarbeiten.

Der Einbau einer Klimaanlage wäre, für sich alleine genommen, eine Tätigkeit, die von Anhang I Klasse 45.33 erfasst und gemäß § 4 Z 1 BVergG 2006 als Bauauftrag einzustufen ist. Im Hinblick auf die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen technischen Spezifikationen für die zu liefernden Klimaanlageengeräte und der vergleichsweise damit in den Hintergrund tretenden geringfügigen Demontage- und Montagekosten der Klimageräte mit den Elektroleitungen, dem eventuellen Blitzschutz und den Verputzarbeiten - was sich auch aus den Angeboten der Bieter ablesen lässt - ist jedoch im konkreten Fall davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine der im § 5 BVergG 2006 ausdrücklich genannten Verlegung und Installation vergleichbare Nebenarbeit handelt (vgl. VwGH 26.6.2002, 2001/04/0132; ebenso zum BVergG 2002 Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Theinle, § 2 Rz 12-13). Die Ausschreibungsunterlagen lassen auch nicht darauf schließen, dass es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Teil (Los) eines Bauauftrages gemäß § 4 leg. cit. handelt (vgl. BVA 2.5.2005, 04N-17/05-37; 7.10.2005, 04F-3/05-29). Der gegenständliche Auftrag ist somit als Lieferauftrag iSv § 5 leg. cit. zu qualifizieren. Der Einbau einer Klimaanlage wäre, für sich alleine genommen, eine Tätigkeit, die von Anhang römisch eins Klasse 45.33 erfasst und gemäß Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG 2006 als Bauauftrag einzustufen ist. Im Hinblick auf die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen technischen Spezifikationen für die zu liefernden Klimaanlageengeräte und der vergleichsweise damit in den Hintergrund tretenden geringfügigen Demontage- und Montagekosten der Klimageräte mit den Elektroleitungen, dem eventuellen Blitzschutz und den Verputzarbeiten - was sich auch aus den Angeboten der Bieter ablesen lässt - ist jedoch im konkreten Fall davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine der im Paragraph 5, BVergG 2006 ausdrücklich genannten Verlegung und Installation vergleichbare Nebenarbeit handelt (vergleiche VwGH 26.6.2002, 2001/04/0132; ebenso zum BVergG 2002 Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Theinle, Paragraph 2, Rz 12-13). Die Ausschreibungsunterlagen lassen auch nicht darauf schließen, dass es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Teil (Los) eines Bauauftrages gemäß Paragraph 4, leg. cit. handelt (vergleiche BVA 2.5.2005, 04N-17/05-37; 7.10.2005, 04F-3/05-29). Der gegenständliche Auftrag ist somit als Lieferauftrag iSv Paragraph 5, leg. cit. zu qualifizieren.

Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert beträgt Euro 40.000,- (exkl. Ust), sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt (vgl. unmittelbare Verordnung Nr. 2083/205 der Kommission vom 19.12.2005 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und Rates). Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert beträgt Euro 40.000,- (exkl. Ust), sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt (vergleiche unmittelbare Verordnung Nr. 2083/205 der Kommission vom 19.12.2005 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und Rates).

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

1. 1. Ziffer eins

Ausgangslage

Der Antragsteller bekämpft das Ausscheiden seines Angebotes. Der Auftraggeber brachte hierzu vor, dass der Antragsteller in seinem Angebot selbst ausdrückliche darauf hingewiesen habe, dass vom Lieferumfang die Elektroleitungen für die Geräte, der erforderliche Blitzschutz und die Verputzarbeiten nicht umfasst seien. Sein Angebot führe daher keinesfalls zu einer funktionierenden Klimaanlage. In der Ausschreibung sei aber darauf Bezug genommen worden, dass im Zuge der Installation und Inbetriebnahme der Klimageräte sehr wohl bauliche Veränderungen nötig seien.

Im Punkt 1.9. (Allgemeine Ausschreibungsbedingungen) der Ausschreibungsunterlagen wird einleitend darauf hingewiesen, dass sich der Anbieter genauestens über den Zustand des Aufstellungs- bzw des Lieferungsplatzes und über die Verhältnisse der Arbeitsstelle und unter anderem auch über die Versorgungsmöglichkeiten mit elektrischer Energie, Wasser und Telefon durch Besichtigung am Aufstellungs- bzw Lieferplatz zu informieren hat.

In den Angebotsunterlagen wird in Punkt 2 (Bedingungen für die Lieferung, Gewährleistung und Vertragserstellung) festgehalten, dass die Lieferung der angebotenen Geräte erst dann als durchgeführt gilt, wenn die Geräte ordnungsgemäß aufgestellt, angeschlossen und installiert wurden.

In Punkt 3 ist das Leistungsverzeichnis festgehalten. Dabei ist unter Pos. 3.1.2. die Gerätemontage beschrieben, die die ordnungsgemäße Aufhängung und Montage der Geräte, die Verlegung und den Anschluss der Kältemittel-, Elektro-, Steuer- und Tauwasserleitungen, die Kommunikationsverdrahtung sowie E-Verbindungsleitungen umfasst. Unter Pos. 3.1.3. ist die Inbetriebnahme dargestellt. Diese umfasst u.a. die Dichtheitsprüfung der kältetechnischen Installation mit Nachweis, die Überprüfung der Richtigkeit der Verkabelungen und die Überprüfung des korrekten Tauwasserablaufes. Neben Pos.3.1.4, in der die Demontage beschrieben ist, sind in Pos.

3.1.5. bauseitige Leistungen angeführt, die die Elektrozuleitungen für die Außeneinheit, eventuell erforderlichen Blitzschutz und Verputzarbeiten aufzählen.

In Pos. 3.2. wird nochmals darauf hingewiesen, dass die Auftragsvergabe alle erforderlichen Maßnahmen, Material und Arbeitszeit zur Aufstellung und Inbetriebnahme zu umfassen hat.

Für einen durchschnittlich, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wienstrom GmbH); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25] war damit erkennbar, dass der gegenständliche Auftrag nicht nur die Lieferung der Klimageräte umfasst, sondern diese auch entsprechend zu installieren sind, was auch bauliche Maßnahmen umfasst. Über den Umfang der Arbeiten und die notwendigen Maßnahmen hatten sich die Bieter überdies auch gemäß Punkt 1.9. der Angebotsunterlagen durch Besichtigung des Aufstell- und Lieferplatzes zu informieren.

Der Antragsteller hat keine Berichtigung der Ausschreibung gemäß 106 Abs. 6 BVergG 2006 beantragt. Insbesondere hat er die Ausschreibungsbestimmungen nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist gemäß § 321 Abs. 2 leg. cit. bekämpft. Der Antragsteller hat keine Berichtigung der Ausschreibung gemäß 106 Absatz 6, BVergG 2006 beantragt. Insbesondere hat er die Ausschreibungsbestimmungen nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, leg. cit. bekämpft.

2. Angebot des Antragstellers

Das Angebot des Antragstellers umfasste - entgegen den oben wiedergegeben Vorgaben der unbekämpft gebliebenen Ausschreibung - nicht die notwendige baulichen Maßnahmen. Dies legte der Antragsteller auch ausdrücklich selbst in einem Beiblatt zum Angebot fest, in dem er darauf hinwies, dass von seinem Angebot keine Elektrozuleitungen, keine erforderlichen Blitzschutzmaßnahmen bzw Verputzarbeiten umfasst seien.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarer Mangel ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinne wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2003, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, das Anbieten einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist etwa jedoch als unbehebbarer Mangel (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarer Mangel ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinne wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes

(VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2003, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, das Anbieten einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist etwa jedoch als unbehebbarer Mangel vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet.

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen werden. Würde dem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt, nachträglich auch die notwendigen Bauleistungen im obigen Sinne anzubieten, wäre dies jedenfalls mit einer Preisänderung verbunden, wobei der Antragsteller, dem die Preise der Angebote der Mitbieter seit der Angebotsöffnung bekannt sind, entsprechende Anpassungen vornehmen könnte. Das Angebot des Antragstellers war daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 vom Auftraggeber auszuscheiden. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen werden. Würde dem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt, nachträglich auch die notwendigen Bauleistungen im obigen Sinne anzubieten, wäre dies jedenfalls mit einer Preisänderung verbunden, wobei der Antragsteller, dem die Preise der Angebote der Mitbieter seit der Angebotsöffnung bekannt sind, entsprechende Anpassungen vornehmen könnte. Das Angebot des Antragstellers war daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 vom Auftraggeber auszuscheiden.

Da das Angebot des Antragstellers vom Auftraggeber somit zu Recht auszuscheiden war, kann der Antragsteller auch nicht in seinen im Nachprüfungsantrag geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden sein, sodass der auf Nichtigklärung des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers gerichtete Nachprüfungsantrag abzuweisen ist (vgl. in diesem Zusammenhang VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094; ebenso BVA 3.5.2006, N/0017- BVA/04/2006-25). Da das Angebot des Antragstellers vom Auftraggeber somit zu Recht auszuscheiden war, kann der Antragsteller auch nicht in seinen im Nachprüfungsantrag geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden sein, sodass der auf Nichtigklärung des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers gerichtete Nachprüfungsantrag abzuweisen ist vergleiche in diesem Zusammenhang VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094; ebenso BVA 3.5.2006, N/0017- BVA/04/2006-25).

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

In der mündlichen Verhandlung am 21.6.2006 konkretisierte der Antragsteller sein Begehren dahingehend, dass unter dem Begriff der Kosten des Nachprüfungsverfahrens und des Provisorialverfahrens neben den Pauschalgebühren auch die Vertretungskosten und sonstigen Kosten des Verfahrens zu verstehen seien.

Soweit sich die Anträge des Antragstellers, "der Antragsgegnerin" den Ersatz der Kosten des Nachprüfungsantrages bzw den Ersatz der Kosten des Provisorialantrages aufzuerlegen, auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, liegt eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zum Abspruch gemäß § 319 Abs. 3 BVergG 2006 vor. Soweit sich die Anträge des Antragstellers, "der Antragsgegnerin" den Ersatz der Kosten des Nachprüfungsantrages bzw den Ersatz der Kosten des Provisorialantrages aufzuerlegen, auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, liegt eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zum Abspruch gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006 vor.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 18.5.2006, soweit er sich auf die Nichtigklärung des Ausscheidens des Angebotes bezieht, abgewiesen wurde, und im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 bezieht, abzuweisen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 18.5.2006, soweit er sich auf die Nichtigklärung des Ausscheidens des Angebotes bezieht, abgewiesen wurde, und im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 bezieht, abzuweisen.

Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 24.5.2006, N/0038- BVA/04/2006-EV, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg. cit. wurde aber abgewiesen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 24.5.2006, N/0038- BVA/04/2006-EV, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. wurde aber abgewiesen.

Das Bundesvergabegesetz 2006 kennt jedoch keine Regelung, wonach das Bundesvergabeamt darüber hinaus gehend zum Abspruch über Verfahrens- und Vertretungskosten für den Nachprüfungsantrag bzw für den Provisorialantrag zuständig wäre (vgl BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25), sodass die darüber hinausgehenden Begehren zurückzuweisen waren. Das Bundesvergabegesetz 2006 kennt jedoch keine Regelung, wonach das Bundesvergabeamt darüber hinaus gehend zum Abspruch über Verfahrens- und Vertretungskosten für den Nachprüfungsantrag bzw für den Provisorialantrag zuständig wäre vergleiche BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25), sodass die darüber hinausgehenden Begehren zurückzuweisen waren.

Dokumentnummer

VERGT_20060627_N_0038_BVA_04_2006_28_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