

# TE Verg Bescheid 1999/5/17 N-17/96-34

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.05.1999

## Norm

BVergG 1993 §1 Abs3

BVergG 1993 §6 Abs1 Z3

BVergG 1993 §91

JN §1

RL 93/37/EWG Baukoordinierungsrichtlinie (ABl 1993 L 199 S 54) Art1

litb

1. JN Art. 18 § 1 heute
2. JN Art. 18 § 1 gültig ab 01.01.2010

## Text

BESCHEID:

Der Senat 2 des Bundesvergabeamtes hat am 12. März 1998 unter dem Vorsitz von Senatspräsident des OGH Dr. Wolfram Massauer mit den Beisitzern Arch.Dipl.-Ing. Eberhard Graf als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Vertreter der Auftragnehmerseite über die Anträge der XXX & Co Baugesellschaft m. b.H., \*\*\*, vertreten durch \*\*\*, vom 23. Dezember 1996, eingelangt bei der Geschäftsführung des Bundesvergabeamtes am 27. Dezember 1996, auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 91 Abs. 2 des Bundesvergabegesetzes (BVergG), BGBl. Nr. 462/1993 betreffend die Ausschreibung des Bauvorhabens "Errichtung eines Technologiezentrums in Eisenstadt" durch den Auftraggeber YYY Ges.m.b.H., \*\*\*, wie folgt entschieden. Der Senat 2 des Bundesvergabeamtes hat am 12. März 1998 unter dem Vorsitz von Senatspräsident des OGH Dr. Wolfram Massauer mit den Beisitzern Arch.Dipl.-Ing. Eberhard Graf als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Vertreter der Auftragnehmerseite über die Anträge der römisch 30 & Co Baugesellschaft m. b.H., \*\*\*, vertreten durch \*\*\*, vom 23. Dezember 1996, eingelangt bei der Geschäftsführung des Bundesvergabeamtes am 27. Dezember 1996, auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 91, Absatz 2, des Bundesvergabegesetzes (BVergG), Bundesgesetzblatt Nr. 462 aus 1993, betreffend die Ausschreibung des Bauvorhabens "Errichtung eines Technologiezentrums in Eisenstadt" durch den Auftraggeber YYY Ges.m.b.H., \*\*\*, wie folgt entschieden.

Spruch:

Der Antrag wird mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückgewiesen.

Begründung:

Im gegenständlichen Verfahren war die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung von Anfang an umstritten. Während sich die Antragstellerin im Wesentlichen auf die grundsätzliche Eigenschaft der Antragsgegnerin

als öffentlicher Auftraggeber beruft und hilfsweise eine überwiegende Finanzierung durch öffentliche Mittel vorbringt, hält die Antragsgegnerin dem entgegen, sie sei kommerziell tätiger privater Auftraggeber und überdies handle es sich bei dem gegenständlichen Bauvorhaben um keines, das den Qualifikationen des Anhangs II zum BVergG entspreche. Im gegenständlichen Verfahren war die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung von Anfang an umstritten. Während sich die Antragstellerin im Wesentlichen auf die grundsätzliche Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber beruft und hilfsweise eine überwiegende Finanzierung durch öffentliche Mittel vorbringt, hält die Antragsgegnerin dem entgegen, sie sei kommerziell tätiger privater Auftraggeber und überdies handle es sich bei dem gegenständlichen Bauvorhaben um keines, das den Qualifikationen des Anhangs II zum BVergG entspreche.

Aufgrund der nicht vollständig klaren Gemeinschaftsrechtslage beschloß das Bundesvergabeamt ursprünglich am 13. Februar 1997 im Gegenstand ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH gemäß Art 177 EGV einzuleiten. Davon konnte aber Abstand genommen werden, da zu erwarten war, daß die wesentlichen Rechtsfragen, ob es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber iS des Art 1 der RL 93/37/EWG handelt bzw ob der Empfang von Gemeinschaftsbeihilfen die Anwendbarkeit der RL 93/37/EWG begründet, durch das zu diesem Zeitpunkt bereits anhängige Vorabentscheidungsverfahren in der Rs. C-44/96 Mannesmann geklärt werden. Aufgrund der nicht vollständig klaren Gemeinschaftsrechtslage beschloß das Bundesvergabeamt ursprünglich am 13. Februar 1997 im Gegenstand ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH gemäß Artikel 177, EGV einzuleiten. Davon konnte aber Abstand genommen werden, da zu erwarten war, daß die wesentlichen Rechtsfragen, ob es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber iS des Artikels eins, der RL 93/37/EWG handelt bzw ob der Empfang von Gemeinschaftsbeihilfen die Anwendbarkeit der RL 93/37/EWG begründet, durch das zu diesem Zeitpunkt bereits anhängige Vorabentscheidungsverfahren in der Rs. C-44/96 Mannesmann geklärt werden.

In seinem Urteil vom 15. Jänner 1998 in der Rs C-44/96 hat der EuGH festgestellt, daß die Bestimmungen der RL 93/37/EWG von Empfängern von Gemeinschaftsbeihilfen nur dann anzuwenden sind, wenn sie diese Bestimmungen auch ohne den Beihilfenempfang anzuwenden hätten, also sie entweder selbst öffentliche Auftraggeber sind oder ein zu mehr als 50 v.H. von öffentlichen Auftraggebern gefördertes Bauvorhaben vorliegt. Hinsichtlich der Kriterien, nach denen eine Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber zu beurteilen ist, blieben aber auch nach diesem Erkenntnis Fragen offen.

Das Erkenntnis wurde den Parteien des Verfahrens am 27. Februar 1998 zugestellt. In der mündlichen Verhandlung vom 12. März 1998 hielten die Parteien alle ihre bisherigen Vorbringen aufrecht. Aus dem mittlerweile ergangenen Urteil des EuGH vom 17. Dezember 1998 in der Rs. C-306/97 Connemara Machine Turf Co. Ltd läßt sich nunmehr die Gemeinschaftsrechtslage abschließend beurteilen. Nach Rn 34 dieses Urteils ist es für die Beurteilung einer Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber wesentlich, daß der Staat über die Vergabe von Aufträgen derartiger Einrichtungen zumindest mittelbar Kontrolle ausüben kann. Dies deckt sich auch mit der Bestimmung des § 6 Abs. 1 Z 3 BVergG 1993, die an der Anwendbarkeit des Art 126b B-VG ansetzt. Art 126b B-VG lautet auszugsweise: Das Erkenntnis wurde den Parteien des Verfahrens am 27. Februar 1998 zugestellt. In der mündlichen Verhandlung vom 12. März 1998 hielten die Parteien alle ihre bisherigen Vorbringen aufrecht. Aus dem mittlerweile ergangenen Urteil des EuGH vom 17. Dezember 1998 in der Rs. C-306/97 Connemara Machine Turf Co. Ltd läßt sich nunmehr die Gemeinschaftsrechtslage abschließend beurteilen. Nach Rn 34 dieses Urteils ist es für die Beurteilung einer Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber wesentlich, daß der Staat über die Vergabe von Aufträgen derartiger Einrichtungen zumindest mittelbar Kontrolle ausüben kann. Dies deckt sich auch mit der Bestimmung des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 1993, die an der Anwendbarkeit des Artikels 126 b, B-VG ansetzt. Artikel 126 b, B-VG lautet auszugsweise:

"Der Rechnungshof überprüft weiter die Gebarung von Unternehmungen, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern mit mindestens 50 v.H. des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist, ..."

Gemäß den vorliegenden Firmenbuchauszügen stand zum Zeitpunkt der Ausschreibung die Antragsgegnerin YYY Ges.m.b.H. zu 99% im Eigentum der ZZZ Gesellschaft m.b.H. Letztere stand zum fraglichen Zeitpunkt zu 49% im Eigentum VVV Aktiengesellschaft, an der das Land Burgenland überwiegend beteiligt ist, zu 51% jedoch im Eigentum der WWW m.b.H., die als nicht im öffentlichen Eigentum stehend anzusehen ist.

Damit ist eine staatliche Kontrolle über den Eigentümer der Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Ausschreibung zu

verneinen. Die Antragsgegnerin war somit zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinn des Art 1 der RL 93/37/EWG und somit auch nicht als solcher im Sinn des § 6 Abs 1 Z 3 BVergG 1993 zu qualifizieren. Damit ist eine staatliche Kontrolle über den Eigentümer der Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Ausschreibung zu verneinen. Die Antragsgegnerin war somit zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinn des Artikel eins, der RL 93/37/EWG und somit auch nicht als solcher im Sinn des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 1993 zu qualifizieren.

Somit war allenfalls zu prüfen, ob § 1 Abs 3 BVergG 1993 Anwendung finden konnte. Hier ist aber zunächst festzustellen, daß der Anteil des Bundes an der nationalen Kofinanzierung jeweils nicht mehr als die Hälfte des nationalen Finanzierungsanteils und somit jedenfalls nicht mehr als 25% der Gesamtfinanzierung beträgt. Damit kommt ein Überwiegen der Förderungsleistung durch die Gebietskörperschaft Bund nicht in Betracht. Aus dieser Erwägung heraus ist somit die Anwendbarkeit des BVergG und damit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zu verneinen. Somit war allenfalls zu prüfen, ob Paragraph eins, Absatz 3, BVergG 1993 Anwendung finden konnte. Hier ist aber zunächst festzustellen, daß der Anteil des Bundes an der nationalen Kofinanzierung jeweils nicht mehr als die Hälfte des nationalen Finanzierungsanteils und somit jedenfalls nicht mehr als 25% der Gesamtfinanzierung beträgt. Damit kommt ein Überwiegen der Förderungsleistung durch die Gebietskörperschaft Bund nicht in Betracht. Aus dieser Erwägung heraus ist somit die Anwendbarkeit des BVergG und damit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zu verneinen.

Dies gilt aber auch für die Gebietskörperschaft Land Burgenland mit einem Kofinanzierungsanteil in gleicher Höhe wie der Bund. Die Antragstellerin beruft sich allerdings dementsprechend auch auf eine ihrer Auffassung nach gegebene subsidiäre Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und begründet dies mit gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen. Dem ist jedoch die jüngste Judikatur des EuGH, insbesondere die Entscheidungen Rs C-54/96, Dorsch Consult (Slg 1997, I-4961), Rs C-76/97 Tögel und C-111/97 Evobus Austria (beide noch nicht in der Sammlung) entgegenzuhalten, wonach die Regelung der Zuständigkeiten der nationalen Gerichte Sache der Mitgliedstaaten ist.

Eine allenfalls subsidiäre Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes anzunehmen widerspricht auch der Judikatur des VfGH, wonach die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes als Sonderbehörde eng auszulegen sind (Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 25. Juni 1998, Zl. B 3949/96-10). Aus diesem Erkenntnis leuchtet ein sehr enges und formales Verständnis des Gerichtshofes bezüglich der Kompetenzen des Bundesvergabeamtes hervor. Der Verfassungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis - obwohl er die Verfassungswidrigkeit der die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausschließenden Bestimmungen des § 7 Abs. 2 BVergG 1993 festgestellt hatte - die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung im Bereich der sogenannten Sektorauftraggeber verneint, obwohl deren Auftragsvergaben an sich den Bestimmungen des BVergG unterlagen und lediglich von der nachprüfenden Kontrolle des Bundesvergabeamtes ausgeschlossen waren. Dies zeigt, daß der Verfassungsgerichtshof von der Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Zuständigkeitszuweisung für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren durch das Bundesvergabeamt ausgeht. Demgegenüber besteht nach der Auffassung des Gerichtshofes im Wege des § 1 JN eine subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Somit ist die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Prüfung des vorliegenden Sachverhaltes zu verneinen, weshalb auch der Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zurückzuweisen war. Auszusprechen, wer zur Nachprüfung zuständig ist, obliegt ebenfalls nicht dem Bundesvergabeamt. Eine allenfalls subsidiäre Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes anzunehmen widerspricht auch der Judikatur des VfGH, wonach die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes als Sonderbehörde eng auszulegen sind (Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 25. Juni 1998, Zl. B 3949/96-10). Aus diesem Erkenntnis leuchtet ein sehr enges und formales Verständnis des Gerichtshofes bezüglich der Kompetenzen des Bundesvergabeamtes hervor. Der Verfassungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis - obwohl er die Verfassungswidrigkeit der die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausschließenden Bestimmungen des Paragraph 7, Absatz 2, BVergG 1993 festgestellt hatte - die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung im Bereich der sogenannten Sektorauftraggeber verneint, obwohl deren Auftragsvergaben an sich den Bestimmungen des BVergG unterlagen und lediglich von der nachprüfenden Kontrolle des Bundesvergabeamtes ausgeschlossen waren. Dies zeigt, daß der Verfassungsgerichtshof von der Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Zuständigkeitszuweisung für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren durch das Bundesvergabeamt ausgeht. Demgegenüber besteht nach der Auffassung des Gerichtshofes im Wege des Paragraph eins, JN eine subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Somit ist die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Prüfung des

vorliegenden Sachverhaltes zu verneinen, weshalb auch der Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zurückzuweisen war. Auszusprechen, wer zur Nachprüfung zuständig ist, obliegt ebenfalls nicht dem Bundesvergabeamt.

**Schlagworte**

Geltungsbereich, persönlicher, öffentlicher Auftraggeber, Auftragsvergabe durch privatrechtliches Unternehmen, Beteiligung von Gebietskörperschaften; Geltungsbereich, sachlicher, Bauaufträge, privater Auftraggeber, Förderung durch öffentliche Auftraggeber;

**Dokumentnummer**

VERGT\_19990517\_N\_17\_96\_34\_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](http://www.jusline.at)