

TE Bvwg Beschluss 2015/5/21 W134 2105546-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.05.2015

Entscheidungsdatum

21.05.2015

Norm

BVergG 2006 §3

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §30 Abs1 Z3

BVergG 2006 §316 Abs1 Z1

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

B-VG Art.127b Abs3

B-VG Art.133 Abs4

NO §124 Abs3

NO §125 Abs4

NO §125a

NO §128 Abs4

NO §140 Abs1

NO §153

NO §154

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 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 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
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. B-VG Art. 127b heute
 2. B-VG Art. 127b gültig ab 01.01.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 3. B-VG Art. 127b gültig von 04.09.1999 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 194/1999
 4. B-VG Art. 127b gültig von 01.01.1997 bis 03.09.1999 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 1013/1994
-
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. NO § 124 heute
 2. NO § 124 gültig ab 01.01.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 141/2009
 3. NO § 124 gültig von 01.08.1989 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 343/1989
-
1. NO § 125 heute
 2. NO § 125 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 190/2013
 3. NO § 125 gültig von 01.01.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 141/2009
 4. NO § 125 gültig von 01.11.1993 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 692/1993
-
1. NO § 125a heute
 2. NO § 125a gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2022
 3. NO § 125a gültig von 01.04.2020 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 19/2020
 4. NO § 125a gültig von 01.01.2010 bis 31.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 141/2009
-
1. NO § 128 heute
 2. NO § 128 gültig ab 01.08.1989 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 343/1989
-
1. NO § 140 heute
 2. NO § 140 gültig ab 01.01.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 141/2009
 3. NO § 140 gültig von 01.05.1977 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 162/1977
-
1. NO § 153 heute
 2. NO § 153 gültig ab 01.08.1989 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 343/1989
-
1. NO § 154 heute
 2. NO § 154 gültig ab 01.09.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2025
 3. NO § 154 gültig von 01.01.2025 bis 31.08.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 93/2024
 4. NO § 154 gültig von 01.07.2022 bis 31.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2022
 5. NO § 154 gültig von 22.03.2020 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 19/2020
 6. NO § 154 gültig von 01.08.2019 bis 21.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2019

7. NO § 154 gültig von 01.07.2018 bis 31.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2017
8. NO § 154 gültig von 26.06.2017 bis 30.06.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2017
9. NO § 154 gültig von 01.01.2010 bis 25.06.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 141/2009
10. NO § 154 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2008
11. NO § 154 gültig von 29.12.2007 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2007
12. NO § 154 gültig von 01.01.2006 bis 28.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2005
13. NO § 154 gültig von 01.06.1999 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/1999

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W134 2105546-2/19E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Amtsstellenverwaltungssoftware Ave 1.0 Entwicklung inkl Wartung einer Individualsoftwarelösung", der Auftraggeberin ÖGIZIN GmbH, Landesgerichtsstraße 20, 1010 Wien, vertreten durch XXXX, aufgrund der Anträge der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 07.04.2015 wie folgt beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Amtsstellenverwaltungssoftware Ave 1.0 Entwicklung inkl Wartung einer Individualsoftwarelösung", der Auftraggeberin ÖGIZIN GmbH, Landesgerichtsstraße 20, 1010 Wien, vertreten durch römisch 40, aufgrund der Anträge der römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 07.04.2015 wie folgt beschlossen:

A)

I. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers vom 27.05.2015 (Beilage ./C), dass der Antragsteller unter Anwendung der in den Teilnahmeantragsunterlagen der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens definierten Auswahlkriterien nicht unter den Bewerbern sei, die sich für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens qualifiziert hätten, und daher den Antragsteller nicht zur Teilnahme zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zuzulassen und nicht zur Angebotsabgabe in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zuzulassen, (Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens) für nichtig zu erklären" wird gemäß § 3 BVergG 2006 zurückgewiesen. römisch eins. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers vom 27.05.2015 (Beilage ./C), dass der Antragsteller unter Anwendung der in den Teilnahmeantragsunterlagen der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens definierten Auswahlkriterien nicht unter den Bewerbern sei, die sich für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens qualifiziert hätten, und daher den Antragsteller nicht zur Teilnahme zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zuzulassen und nicht zur Angebotsabgabe in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zuzulassen, (Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens) für nichtig zu erklären" wird gemäß Paragraph 3, BVergG 2006 zurückgewiesen.

II. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber den Ersatz der Pauschalgebühren zu Handen der Rechtsvertreterin des Antragstellers binnen 14 Tagen auferlegen" wird gemäß § 319 BVergG abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber den Ersatz der Pauschalgebühren zu Handen der Rechtsvertreterin des Antragstellers binnen 14 Tagen auferlegen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 07.04.2015, am gleichen Tag zur Post gegeben, beim BVwG eingelangt am 09.04.2015, beehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Ausgeschrieben sei ein Vergabeverfahren der ÖGIZIN GmbH, einer Gesellschaft im Eigentum der österreichischen Notariatskammern zur Förderung der Information und Zusammenarbeit der österreichischen Notariatskammern und deren Mitglieder in fachlichen organisatorischen und wirtschaftlichen Belangen des Berufsstands der Notare mit der Aufgabe der Entwicklung und Bereitstellung von EDV Software. Angefochtene Entscheidung sei die Entscheidung des Auftraggebers vom 27.03.2015, womit die Antragstellerin unter Anwendung der in den Teilnahmeantragsunterlagen der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens definierten Auswahlkriterien nicht unter den Bewerbern sei, die sich für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens qualifiziert hätten und daher die Antragstellerin nicht zur Teilnahme zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens und nicht zur Angebotsabgabe in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen sei. Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung gab die Antragstellerin zusammengefasst Folgendes an:

Laut der angefochtenen Entscheidung sollen Diplom-Ingenieur XXXX und Diplom-Ingenieur XXXX in E-Mails vom 09.02.2015 und vom 12.02.2015 bekannt gegeben haben, dass die Entwicklung der jeweiligen Individualsoftware nicht auf Basis eines agilen Projektplanung- und agilen Softwareentwicklungsprozesses erfolgt sei. Dies sei unrichtig. Bei richtiger Bewertung, nämlich dass die Referenzprojekte der Antragstellerin XXXX auf Basis eines agilen Projektplanung- und agilen Softwareentwicklungsprozesses entwickelt worden seien, wären diese Projekte richtig mit jeweils 20 Punkten zu bewerten gewesen. Die Antragstellerin hätte damit in der Bewertung 85 Punkte erlangt, somit mehr als der mit 79 Punkten von der Auftraggeberin drittgeriehte Teilnehmer. Damit wäre die Antragstellerin unter die 3 besten Bewerber zu reihen und zur Angebotslegung in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens einzuladen gewesen.Laut der angefochtenen Entscheidung sollen Diplom-Ingenieur römisch 40 und Diplom-Ingenieur römisch 40 in E-Mails vom 09.02.2015 und vom 12.02.2015 bekannt gegeben haben, dass die Entwicklung der jeweiligen Individualsoftware nicht auf Basis eines agilen Projektplanung- und agilen Softwareentwicklungsprozesses erfolgt sei. Dies sei unrichtig. Bei richtiger Bewertung, nämlich dass die Referenzprojekte der Antragstellerin römisch 40 auf Basis eines agilen Projektplanung- und agilen Softwareentwicklungsprozesses entwickelt worden seien, wären diese Projekte richtig mit jeweils 20 Punkten zu bewerten gewesen. Die Antragstellerin hätte damit in der Bewertung 85 Punkte erlangt, somit mehr als der mit 79 Punkten von der Auftraggeberin drittgeriehte Teilnehmer. Damit wäre die Antragstellerin unter die 3 besten Bewerber zu reihen und zur Angebotslegung in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens einzuladen gewesen.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 13.04.2015 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die ÖGIZIN GmbH, Landesgerichtsstraße 20, 1010 Wien, vertreten durch XXXX sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung für prioritäre Dienstleistungsaufträge gem § 30 Abs 1 Z 3 BVergG (Oberschwellenbereich) nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 18.12.2014, in der EU ebenfalls am 18.12.2014 erfolgt. Die Auftraggeberin habe nach Bewertung der Teilnahmeanträge entsprechend den festgelegten Auswahlkriterien den 3 bestgeriehten Bewerbern am 20.03.2015 die Bekanntgabe der Zulassung zur 2. Stufe übermittelt. Mit Schreiben vom 27.03.2015 sei den übrigen Bewerbern bekannt gegeben worden, dass sie zur Teilnahme an der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens nicht zugelassen seien. Die Aufforderung zur Abgabe eines Erstangebotes sei noch nicht versendet worden. Es sei noch keine Mitteilung zur Angebotsöffnung erfolgt.Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 13.04.2015 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die ÖGIZIN GmbH,

Landesgerichtsstraße 20, 1010 Wien, vertreten durch römisch 40 sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung für prioritäre Dienstleistungsaufträge gem Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG (Oberschwellenbereich) nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 18.12.2014, in der EU ebenfalls am 18.12.2014 erfolgt. Die Auftraggeberin habe nach Bewertung der Teilnahmeanträge entsprechend den festgelegten Auswahlkriterien den 3 bestgereihten Bewerbern am 20.03.2015 die Bekanntgabe der Zulassung zur 2. Stufe übermittelt. Mit Schreiben vom 27.03.2015 sei den übrigen Bewerbern bekannt gegeben worden, dass sie zur Teilnahme an der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens nicht zugelassen seien. Die Aufforderung zur Abgabe eines Erstangebotes sei noch nicht versendet worden. Es sei noch keine Mitteilung zur Angebotsöffnung erfolgt.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 16.04.2015, W134 2105546-1/2E, wurde dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015 führte diese - soweit entscheidungsrelevant - aus, dass die ÖGIZIN GmbH eine Gesellschaft sei, an der zu 100 % die österreichischen Notariatskammern sowie die Österreichische Notariatskammer beteiligt seien. Aufgabe der ÖGIZIN GmbH sei die Förderung der Information und Zusammenarbeit der österreichischen Notariatskammern und deren Mitglieder in fachlichen, organisatorischen und wirtschaftlichen Belangen des Berufsstands der Notare, ua mit der Aufgabe der Entwicklung und Bereitstellung von EDV-Software. Die Österreichische Notariatskammer sei gem § 140 Abs 1 NO eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Gleiches gelte gem § 128 Abs 4 NO für die österreichischen Notariatskammern. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015 führte diese - soweit entscheidungsrelevant - aus, dass die ÖGIZIN GmbH eine Gesellschaft sei, an der zu 100 % die österreichischen Notariatskammern sowie die Österreichische Notariatskammer beteiligt seien. Aufgabe der ÖGIZIN GmbH sei die Förderung der Information und Zusammenarbeit der österreichischen Notariatskammern und deren Mitglieder in fachlichen, organisatorischen und wirtschaftlichen Belangen des Berufsstands der Notare, ua mit der Aufgabe der Entwicklung und Bereitstellung von EDV-Software. Die Österreichische Notariatskammer sei gem Paragraph 140, Absatz eins, NO eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Gleiches gelte gem Paragraph 128, Absatz 4, NO für die österreichischen Notariatskammern.

Die Notare, die im Gebiet eines Bundeslandes ihren Amtssitz haben, und die im Verzeichnis der Notariatskandidaten dieses Bundeslandes eingetragenen Notariatskandidaten würden ein Notariatskollegium bilden (vgl § 124 NO). Die Mitglieder der jeweiligen Notariatskammer würden vom jeweiligen Notariatskollegium gewählt. Die Notare, die im Gebiet eines Bundeslandes ihren Amtssitz haben, und die im Verzeichnis der Notariatskandidaten dieses Bundeslandes eingetragenen Notariatskandidaten würden ein Notariatskollegium bilden vergleiche Paragraph 124, NO). Die Mitglieder der jeweiligen Notariatskammer würden vom jeweiligen Notariatskollegium gewählt.

Notariatskollegien, ihre jeweiligen Gruppen und die Notariatskammer seien gem §§ 124 Abs 3, 128 Abs 4 NO Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie hätten die ihnen nach diesem Bundesgesetz zukommenden Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich zu besorgen. Gem § 140a ff NO erfülle die Österreichische Notariatskammer primär Aufgaben im Standesinteresse der Notare. Insbesondere die Führung der Register nach § 140b NO (zB Österreichisches Zentrales Testamentsregister, Urkundenarchiv des österreichischen Notariats), die Klagsführung nach § 14 UWG und die Richtlinienkompetenz der Österreichische Notariatskammer seien Aufgaben, die im Allgemeininteresse wahrgenommen würden. Notariatskollegien, ihre jeweiligen Gruppen und die Notariatskammer seien gem Paragraphen 124, Absatz 3, 128, Absatz 4, NO Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie hätten die ihnen nach diesem Bundesgesetz zukommenden Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich zu besorgen. Gem Paragraph 140 a, ff NO erfülle die Österreichische Notariatskammer primär Aufgaben im Standesinteresse der Notare. Insbesondere die Führung der Register nach Paragraph 140 b, NO (zB Österreichisches Zentrales Testamentsregister, Urkundenarchiv des österreichischen Notariats), die Klagsführung nach Paragraph 14, UWG und die Richtlinienkompetenz der Österreichische Notariatskammer seien Aufgaben, die im Allgemeininteresse wahrgenommen würden.

Die Österreichische Notariatskammer habe keine Gewinnerzielungsabsicht, keine ihrer Tätigkeiten sei primär auf die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile gerichtet. Die Österreichische Notariatskammer stehe mit keiner anderen Organisation in Wettbewerb.

Die Finanzierung der Österreichische Notariatskammer und der österreichischen Notariatskammern erfolge durch

Beiträge der Notare (vgl §§ 140a Abs 2 Z 2 und Z 4, 134 Abs 2 Z 9, 141h Abs 2 NO). Die Beiträge würden von der Österreichische Notariatskammer und den österreichischen Notariatskammern im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse festgesetzt und eingehoben. Die Finanzierung der Österreichische Notariatskammer und der österreichischen Notariatskammern erfolge durch Beiträge der Notare vergleiche Paragraphen 140 a, Absatz 2, Ziffer 2 und Ziffer 4, 134, Absatz 2, Ziffer 9, 141 h, Absatz 2, NO). Die Beiträge würden von der Österreichische Notariatskammer und den österreichischen Notariatskammern im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse festgesetzt und eingehoben.

Wie die Österreichische Notariatskammer erfüllten auch die österreichischen Notariatskammern primär Aufgaben im Standesinteresse der Notare (vgl § 134 NO) und es handle sich dabei auch um solche im Allgemeininteresse. Die von den Notariatskammern wahrgenommenen Aufgaben, seien wie bereits zur Österreichischen Notariatskammer ausgeführt, nicht gewerblicher Art. Wie die Österreichische Notariatskammer erfüllten auch die österreichischen Notariatskammern primär Aufgaben im Standesinteresse der Notare vergleiche Paragraph 134, NO) und es handle sich dabei auch um solche im Allgemeininteresse. Die von den Notariatskammern wahrgenommenen Aufgaben, seien wie bereits zur Österreichischen Notariatskammer ausgeführt, nicht gewerblicher "Art".

Auch die ÖGIZIN GmbH als Tochtergesellschaft der Österreichische Notariatskammer und der österreichischen Notariatskammern sei mit dem Zweck gegründet worden, vornehmlich im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erbringen.

Dem Bundesminister für Justiz komme gemäß § 153 NO ein weitreichendes Aufsichtsrecht zu, in dessen Rahmen ihm die Notariatskollegien und jede ihrer Gruppen die zur Wahrnehmung der Aufsicht erforderlichen Auskünfte zu erteilen hätten. Ferner habe der Bundesminister für Justiz gemäß § 125 Abs 6 NO das Recht auf die Versagung oder die Erteilung der Genehmigung von Geschäftsordnungen, die eine Gruppe oder die gemeinsame Versammlung für sich oder diese für die Kammer beschließe. Dem Bundesminister für Justiz komme gemäß Paragraph 153, NO ein weitreichendes Aufsichtsrecht zu, in dessen Rahmen ihm die Notariatskollegien und jede ihrer Gruppen die zur Wahrnehmung der Aufsicht erforderlichen Auskünfte zu erteilen hätten. Ferner habe der Bundesminister für Justiz gemäß Paragraph 125, Absatz 6, NO das Recht auf die Versagung oder die Erteilung der Genehmigung von Geschäftsordnungen, die eine Gruppe oder die gemeinsame Versammlung für sich oder diese für die Kammer beschließe.

Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 04.05.2015 wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Bundesverwaltungsgericht möglicherweise davon ausgehen könnte, dass die Auftraggeberin wegen des EuGH Erkenntnisses vom 12.09.2013, C-526/11, keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 BVergG ist und eine mündliche Verhandlung möglicherweise nicht stattfinden wird. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 04.05.2015 wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Bundesverwaltungsgericht möglicherweise davon ausgehen könnte, dass die Auftraggeberin wegen des EuGH Erkenntnisses vom 12.09.2013, C-526/11, keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, BVergG ist und eine mündliche Verhandlung möglicherweise nicht stattfinden wird.

Mit Schreiben der Auftraggeberin und der Antragstellerin, jeweils vom 08.05.2015, haben beide unter Verweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 17.09.2014, 2013/04/0144, betont, dass die Auftraggeberin öffentliche Auftraggeberin sei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die ÖGIZIN GmbH vertreten durch die XXXX haben einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung für prioritäre Dienstleistungsaufträge gem § 30 Abs 1 Z 3 BVergG im Oberschwellerbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 18.12.2014, in der EU am 18.12.2014 erfolgt. Die Auftraggeberin hat nach Bewertung der Teilnahmeanträge den 3 bestgereihten Bewerbern am 20.03.2015 die Bekanntgabe der Zulassung zur 2. Stufe übermittelt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 27.03.2015 ist den übrigen Bewerbern bekannt gegeben worden, dass sie zur Teilnahme an der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens nicht zugelassen werden. Die Aufforderung zur Abgabe eines Erstangebotes ist noch nicht versendet worden. Es ist noch keine Mitteilung zur Angebotsöffnung erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 13.04.2015). Die ÖGIZIN GmbH vertreten durch die römisch 40 haben einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung für prioritäre Dienstleistungsaufträge gem Paragraph 30,

Absatz eins, Ziffer 3, BVergG im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 18.12.2014, in der EU am 18.12.2014 erfolgt. Die Auftraggeberin hat nach Bewertung der Teilnahmeanträge den 3 bestgereihten Bewerbern am 20.03.2015 die Bekanntgabe der Zulassung zur 2. Stufe übermittelt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 27.03.2015 ist den übrigen Bewerbern bekannt gegeben worden, dass sie zur Teilnahme an der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens nicht zugelassen werden. Die Aufforderung zur Abgabe eines Erstangebotes ist noch nicht versendet worden. Es ist noch keine Mitteilung zur Angebotsöffnung erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 13.04.2015).

Die ÖGIZIN GmbH ist eine Gesellschaft, an der zu 100 % die österreichischen Notariatskammern sowie die Österreichische Notariatskammer beteiligt sind. Aufgabe der ÖGIZIN GmbH ist die Förderung der Information und Zusammenarbeit der österreichischen Notariatskammern und deren Mitglieder in fachlichen, organisatorischen und wirtschaftlichen Belangen des Berufsstands der Notare, ua mit der Aufgabe der Entwicklung und Bereitstellung von EDV-Software. Die Österreichische Notariatskammer ist gem § 140 Abs 1 NO eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Gleiches gilt gem § 128 Abs 4 NO für die österreichischen Notariatskammern. (Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015) Die ÖGIZIN GmbH ist eine Gesellschaft, an der zu 100 % die österreichischen Notariatskammern sowie die Österreichische Notariatskammer beteiligt sind. Aufgabe der ÖGIZIN GmbH ist die Förderung der Information und Zusammenarbeit der österreichischen Notariatskammern und deren Mitglieder in fachlichen, organisatorischen und wirtschaftlichen Belangen des Berufsstands der Notare, ua mit der Aufgabe der Entwicklung und Bereitstellung von EDV-Software. Die Österreichische Notariatskammer ist gem Paragraph 140, Absatz eins, NO eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Gleiches gilt gem Paragraph 128, Absatz 4, NO für die österreichischen Notariatskammern. (Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015)

Die Österreichische Notariatskammer hat keine Gewinnerzielungsabsicht, keine ihrer Tätigkeiten ist primär auf die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile gerichtet. Die Österreichische Notariatskammer steht mit keiner anderen Organisation in Wettbewerb. (Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015)

Die Finanzierung der Österreichischen Notariatskammer und der österreichischen Notariatskammern erfolgt durch Beiträge der Notare (vgl §§ 140a Abs 2 Z 2 und Z 4, 134 Abs 2 Z 9, 141h Abs 2 NO). Die Beiträge werden von der Österreichischen Notariatskammer und den österreichischen Notariatskammern im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse festgesetzt und eingehoben. (Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015) Die Finanzierung der Österreichischen Notariatskammer und der österreichischen Notariatskammern erfolgt durch Beiträge der Notare vergleiche Paragraphen 140 a, Absatz 2, Ziffer 2 und Ziffer 4, 134, Absatz 2, Ziffer 9, 141 h, Absatz 2, NO). Die Beiträge werden von der Österreichischen Notariatskammer und den österreichischen Notariatskammern im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse festgesetzt und eingehoben. (Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015)

Wie die Österreichische Notariatskammer erfüllen auch die österreichischen Notariatskammern primär Aufgaben im Standesinteresse der Notare (vgl § 134 NO) und es handelt sich dabei auch um solche im Allgemeininteresse. Die von den Notariatskammern wahrgenommenen Aufgaben, sind wie die der Österreichischen Notariatskammer nicht gewerblicher Art. (Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015) Wie die Österreichische Notariatskammer erfüllen auch die österreichischen Notariatskammern primär Aufgaben im Standesinteresse der Notare vergleiche Paragraph 134, NO) und es handelt sich dabei auch um solche im Allgemeininteresse. Die von den Notariatskammern wahrgenommenen Aufgaben, sind wie die der Österreichischen Notariatskammer nicht gewerblicher "Art". (Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015)

Auch die ÖGIZIN GmbH als Tochtergesellschaft der Österreichischen Notariatskammer und der österreichischen Notariatskammern ist mit dem Zweck gegründet worden, vornehmlich im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erbringen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 15.04.2015)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

Vorerst erscheint fraglich und ist daher zu prüfen, ob die Auftraggeberin öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 BVergG 2006 ist. Vorerst erscheint fraglich und ist daher zu prüfen, ob die Auftraggeberin öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, BVergG 2006 ist.

Der EuGH hat in einem ähnlichen Fall in seinem Erkenntnis vom 12.09.2013 in der Rechtssache C -526/11, Westfalen-Lippe, folgendes ausgesprochen (die Wiedergabe erfolgt auszugsweise):

"2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der IVD GmbH & Co. KG (im Folgenden: IVD) und der Ärztekammer Westfalen-Lippe (im Folgenden: Ärztekammer) über deren Entscheidung, einen Auftrag nach einem Ausschreibungsverfahren an ein anderes Unternehmen zu vergeben.

6 Aus der Vorlageentscheidung und den Akten, die dem Gerichtshof vorliegen, ergibt sich, dass dieses Gesetz Folgendes vorsieht:

- -Strichaufzählung

Die Ärztekammer ist u. a. damit betraut, für die Erhaltung eines hoch stehenden Berufsstandes zu sorgen, die beruflichen Belange der Kammerangehörigen wahrzunehmen, für ein gedeihliches Verhältnis der Kammerangehörigen untereinander zu sorgen, Fürsorgeeinrichtungen für die Kammerangehörigen und ihre Familienmitglieder zu schaffen und die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit und berufsbezogene Themen zu informieren (§ 6 Abs. 1 Nrn. 6 bis 8, 10 und 12). Die Ärztekammer ist u. a. damit betraut, für die Erhaltung eines hoch stehenden Berufsstandes zu sorgen, die beruflichen Belange der Kammerangehörigen wahrzunehmen, für ein gedeihliches Verhältnis der Kammerangehörigen untereinander zu sorgen, Fürsorgeeinrichtungen für die Kammerangehörigen und ihre Familienmitglieder zu schaffen und die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit und berufsbezogene Themen zu informieren (Paragraph 6, Absatz eins, Nrn. 6 bis 8, 10 und 12).

- -Strichaufzählung

Alle Ärzte, die im Land Nordrhein-Westfalen ihren Beruf ausüben oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, gehören dieser Kammer an (§ 2). Alle Ärzte, die im Land Nordrhein-Westfalen ihren Beruf ausüben oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, gehören dieser Kammer an (Paragraph 2,).

- -Strichaufzählung

Grundsätzlich sind alle Kammerangehörigen zur Kammerversammlung wahlberechtigt (§ 12 Abs. 1). Grundsätzlich sind alle Kammerangehörigen zur Kammerversammlung wahlberechtigt (Paragraph 12, Absatz eins,).

- -Strichaufzählung

Der Ärztekammer wird das Recht verliehen, zur Erfüllung ihrer Aufgaben Beiträge von den Kammerangehörigen zu erheben (§ 6 Abs. 4 Satz 1). Der Ärztekammer wird das Recht verliehen, zur Erfüllung ihrer Aufgaben Beiträge von den Kammerangehörigen zu erheben (Paragraph 6, Absatz 4, Satz 1).

- -Strichaufzählung

Die Höhe dieser Beiträge ist durch eine von der Kammerversammlung zu erlassende Beitragsordnung festzusetzen (§ 23 Abs. 1). Die Höhe dieser Beiträge ist durch eine von der Kammerversammlung zu erlassende Beitragsordnung festzusetzen (Paragraph 23, Absatz eins,).

- -Strichaufzählung

Die Beitragsordnung bedarf der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde (§ 23 Abs. 2), wobei diese Genehmigung lediglich eine ausgeglichene Haushaltsführung der Kammer sicherstellen soll. Die Beitragsordnung bedarf der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde (Paragraph 23, Absatz 2,), wobei diese Genehmigung lediglich eine ausgeglichene Haushaltsführung der Kammer sicherstellen soll.

- -Strichaufzählung

Die Aufsichtsbehörde übt nachträglich eine allgemeine Aufsicht aus, die sich darauf bezieht, ob die Ärztekammer ihre Aufgaben im Einklang mit dem geltenden Recht erfüllt (§ 28 Abs. 1). Die Aufsichtsbehörde übt nachträglich eine allgemeine Aufsicht aus, die sich darauf bezieht, ob die Ärztekammer ihre Aufgaben im Einklang mit dem geltenden Recht erfüllt (Paragraph 28, Absatz eins,).

16 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass eine Einrichtung wie eine berufsständische Körperschaft des öffentlichen Rechts das Kriterium der überwiegenden Finanzierung durch die öffentlichen Stellen erfüllt, wenn sich diese Einrichtung

überwiegend durch Beiträge ihrer Mitglieder finanziert, zu deren Festsetzung und Erhebung sie durch ein Gesetz ermächtigt wird, das nicht den Umfang und die Modalitäten der Tätigkeiten regelt, die sie im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben, die mit diesen Beiträgen finanziert werden sollen, ausübt, bzw. das Kriterium der Aufsicht öffentlicher Stellen über ihre Leitung, wenn die Entscheidung, mit der sie die Höhe der Beiträge festsetzt, der Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf.¹⁶ Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass eine Einrichtung wie eine berufsständische Körperschaft des öffentlichen Rechts das Kriterium der überwiegenden Finanzierung durch die öffentlichen Stellen erfüllt, wenn sich diese Einrichtung überwiegend durch Beiträge ihrer Mitglieder finanziert, zu deren Festsetzung und Erhebung sie durch ein Gesetz ermächtigt wird, das nicht den Umfang und die Modalitäten der Tätigkeiten regelt, die sie im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben, die mit diesen Beiträgen finanziert werden sollen, ausübt, bzw. das Kriterium der Aufsicht öffentlicher Stellen über ihre Leitung, wenn die Entscheidung, mit der sie die Höhe der Beiträge festsetzt, der Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf.

17 Zunächst ist festzustellen, dass die Ärztekammer, wie das vorlegende Gericht zutreffend ausführt, in Anhang III der Richtlinie 2004/18 genannt ist, der für jeden Mitgliedstaat ein Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie enthält. Gemäß dem der Bundesrepublik Deutschland gewidmeten Teil III dieses Anhangs gehören nämlich in Kategorie 1.1, die die "bundes-, landes- oder gemeindeunmittelbaren Körperschaften ... des öffentlichen Rechts" betrifft, zu der im zweiten Gedankenstrich aufgeführten Unterkategorie "berufsständische Vereinigungen" u. a. die Ärztekammern.¹⁷ Zunächst ist festzustellen, dass die Ärztekammer, wie das vorlegende Gericht zutreffend ausführt, in Anhang römisch drei der Richtlinie 2004/18 genannt ist, der für jeden Mitgliedstaat ein Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 der Richtlinie enthält. Gemäß dem der Bundesrepublik Deutschland gewidmeten Teil römisch drei dieses Anhangs gehören nämlich in Kategorie 1.1, die die "bundes-, landes- oder gemeindeunmittelbaren Körperschaften ... des öffentlichen Rechts" betrifft, zu der im zweiten Gedankenstrich aufgeführten Unterkategorie "berufsständische Vereinigungen" u. a. die Ärztekammern.

18 Wie der Generalanwalt in den Nrn. 20 und 21 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, handelt es sich jedoch bei der Aufnahme einer bestimmten Einrichtung in diesen Anhang lediglich um die Durchführung der materiellen Vorschrift in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18, ohne dass sich daraus eine unwiderlegbare Vermutung dafür ergibt, dass die Einrichtung eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne dieser Bestimmung ist. Daher ist es Sache des Unionsrichters, wenn ihm von einem nationalen Gericht ein dahin gehend begründetes Ersuchen unterbreitet wird, sich der inneren Kohärenz dieser Richtlinie zu vergewissern, indem er prüft, ob die Aufnahme einer Einrichtung in den fraglichen Anhang eine zutreffende Anwendung der genannten materiellen Vorschrift darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil Hans & Christophorus Oymanns, Randnrn. 42, 43 und 45).¹⁸ Wie der Generalanwalt in den Nrn. 20 und 21 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, handelt es sich jedoch bei der Aufnahme einer bestimmten Einrichtung in diesen Anhang lediglich um die Durchführung der materiellen Vorschrift in Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18, ohne dass sich daraus eine unwiderlegbare Vermutung dafür ergibt, dass die Einrichtung eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne dieser Bestimmung ist. Daher ist es Sache des Unionsrichters, wenn ihm von einem nationalen Gericht ein dahin gehend begründetes Ersuchen unterbreitet wird, sich der inneren Kohärenz dieser Richtlinie zu vergewissern, indem er prüft, ob die Aufnahme einer Einrichtung in den fraglichen Anhang eine zutreffende Anwendung der genannten materiellen Vorschrift darstellt vergleiche in diesem Sinne Urteil Hans & Christophorus Oymanns, Randnrn. 42, 43 und 45).

19 Um eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne von Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18, die als solche den Vorschriften dieser Richtlinie unterliegt, handelt es sich, wenn drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind: Die Einrichtung wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (Buchst. a), sie besitzt Rechtspersönlichkeit (Buchst. b), und sie wird überwiegend durch öffentliche Stellen finanziert oder ihre Leitung unterliegt der Aufsicht durch Letztere oder ihr Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan besteht mehrheitlich aus Mitgliedern, die von öffentlichen Stellen ernannt worden sind (Buchst. c).¹⁹ Um eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne von Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18, die als solche den Vorschriften dieser Richtlinie unterliegt, handelt es sich, wenn drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind: Die Einrichtung wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse

liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (Buchst. a), sie besitzt Rechtspersönlichkeit (Buchst. b), und sie wird überwiegend durch öffentliche Stellen finanziert oder ihre Leitung unterliegt der Aufsicht durch Letztere oder ihr Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan besteht mehrheitlich aus Mitgliedern, die von öffentlichen Stellen ernannt worden sind (Buchst. c).

20 In allen drei der in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 genannten alternativen Kriterien kommt eine enge Verbindung mit den öffentlichen Stellen zum Ausdruck. Eine solche Verbindung kann es den öffentlichen Stellen nämlich ermöglichen, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen, was die Möglichkeit mit sich bringt, dass andere als wirtschaftliche Überlegungen diese Entscheidungen leiten, und insbesondere die Gefahr, dass einheimische Bieter oder Bewerber bevorzugt werden, wodurch Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr geschaffen würden, die durch die Anwendung der Vergaberichtlinien gerade verhindert werden sollen (vgl. zu entsprechenden, der Richtlinie 2004/18 vorangegangenen Vorschriften, Urteil vom 1. Februar 2001, Kommission/Frankreich, C-237/99, Slg. 2001, I-939, Randnrn. 39, 41, 42, 44 und 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).²⁰ In allen drei der in Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 genannten alternativen Kriterien kommt eine enge Verbindung mit den öffentlichen Stellen zum Ausdruck. Eine solche Verbindung kann es den öffentlichen Stellen nämlich ermöglichen, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen, was die Möglichkeit mit sich bringt, dass andere als wirtschaftliche Überlegungen diese Entscheidungen leiten, und insbesondere die Gefahr, dass einheimische Bieter oder Bewerber bevorzugt werden, wodurch Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr geschaffen würden, die durch die Anwendung der Vergaberichtlinien gerade verhindert werden sollen vergleiche zu entsprechenden, der Richtlinie 2004/18 vorangegangenen Vorschriften, Urteil vom 1. Februar 2001, Kommission/Frankreich, C-237/99, Slg. 2001, I-939, Randnrn. 39, 41, 42, 44 und 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).

21 Im Licht dieser Ziele ist jedes dieser Kriterien funktionell auszulegen (vgl. zu entsprechenden, der Richtlinie 2004/18 vorangegangenen Vorschriften, Urteile Kommission/Frankreich, Randnr. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung, und Bayerischer Rundfunk u. a., Randnr. 40), d. h. unabhängig von den formellen Modalitäten seiner Anwendung (vgl. entsprechend Urteil vom 10. November 1998, BFI Holding, C-360/96, Slg. 1998, I-6821, Randnrn. 62 und 63), und muss so verstanden werden, dass es eine enge Verbindung mit öffentlichen Stellen schafft.²¹ Im Licht dieser Ziele ist jedes dieser Kriterien funktionell auszulegen vergleiche zu entsprechenden, der Richtlinie 2004/18 vorangegangenen Vorschriften, Urteile Kommission/Frankreich, Randnr. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung, und Bayerischer Rundfunk u. a., Randnr. 40), d. h. unabhängig von den formellen Modalitäten seiner Anwendung vergleiche entsprechend Urteil vom 10. November 1998, BFI Holding, C-360/96, Slg. 1998, I-6821, Randnrn. 62 und 63), und muss so verstanden werden, dass es eine enge Verbindung mit öffentlichen Stellen schafft.

22 Was zunächst das erste in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 genannte Kriterium, die überwiegende Finanzierung durch die öffentlichen Stellen, anbelangt, ist unter dem Begriff der Finanzierung ein Transfer von Finanzmitteln zu verstehen, der ohne spezifische Gegenleistung mit dem Ziel vorgenommen wird, die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung zu unterstützen (vgl. zu entsprechenden, der Richtlinie 2004/18 vorangegangenen Vorschriften, Urteil vom 3. Oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 21).²² Was zunächst das erste in Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 genannte Kriterium, die überwiegende Finanzierung durch die öffentlichen Stellen, anbelangt, ist unter dem Begriff der Finanzierung ein Transfer von Finanzmitteln zu verstehen, der ohne spezifische Gegenleistung mit dem Ziel vorgenommen wird, die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung zu unterstützen vergleiche zu entsprechenden, der Richtlinie 2004/18 vorangegangenen Vorschriften, Urteil vom 3. Oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 21).

23 Da dieser Begriff funktionell auszulegen ist, hat der Gerichtshof entschieden, dass das Kriterium der überwiegenden Finanzierung durch die öffentlichen Stellen auch eine mittelbare Finanzierungsweise einschließt.

24 Eine solche Finanzierung kann durch eine dem Grundsatz und der Höhe nach gesetzlich vorgesehene und auferlegte Gebühr erfolgen, die keine Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme der von der betreffenden Einrichtung erbrachten Dienstleistungen durch die Gebührenschuldner darstellt und mittels hoheitlicher Befugnisse eingezogen wird (vgl. in diesem Sinne Urteil Bayerischer Rundfunk u. a., Randnrn. 41, 42, 44, 45 und 47 bis 49).²⁴ Eine solche Finanzierung kann durch eine dem Grundsatz und der Höhe nach gesetzlich vorgesehene und auferlegte

Gebühr erfolgen, die keine Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme der von der betreffenden Einrichtung erbrachten Dienstleistungen durch die Gebührenschuldner darstellt und mittels hoheitlicher Befugnisse eingezogen wird vergleiche in diesem Sinne Urteil Bayerischer Rundfunk u. a., Randnrn. 41, 42, 44, 45 und 47 bis 49).

25 Dass eine Einrichtung die Höhe der Beiträge, aus denen sie sich überwiegend finanziert, formal selbst festlegt, schließt das Vorliegen einer das genannte Kriterium erfüllenden mittelbaren Finanzierung nicht aus. Dies ist der Fall, wenn sich Einrichtungen wie die gesetzlichen Sozialversicherungskassen durch die von ihren Mitgliedern oder für diese entrichteten Beiträge, denen keine spezifische Gegenleistung gegenübersteht, finanzieren, sofern die Mitgliedschaft in einer solchen Kasse und die Zahlung dieser Beiträge gesetzlich vorgeschrieben sind, sofern der Beitragssatz zwar formal von den Kassen selbst festgelegt wird, aber zum einen rechtlich vorgegeben ist, wobei das Gesetz die von den Kassen erbrachten Leistungen und die damit verbundenen Ausgaben festlegt und den Kassen untersagt, ihre Aufgaben mit Gewinnerzielungsabsicht wahrzunehmen, und zum anderen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf, und sofern die Beiträge aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zwangsweise eingezogen werden (vgl. in diesem Sinne Urteil Hans & Christophorus Oymanns, Randnrn. 53 bis 56).

25 Dass eine Einrichtung die Höhe der Beiträge, aus denen sie sich überwiegend finanziert, formal selbst festlegt, schließt das Vorliegen einer das genannte Kriterium erfüllenden mittelbaren Finanzierung nicht aus. Dies ist der Fall, wenn sich Einrichtungen wie die gesetzlichen Sozialversicherungskassen durch die von ihren Mitgliedern oder für diese entrichteten Beiträge, denen keine spezifische Gegenleistung gegenübersteht, finanzieren, sofern die Mitgliedschaft in einer solchen Kasse und die Zahlung dieser Beiträge gesetzlich vorgeschrieben sind, sofern der Beitragssatz zwar formal von den Kassen selbst festgelegt wird, aber zum einen rechtlich vorgegeben ist, wobei das Gesetz die von den Kassen erbrachten Leistungen und die damit verbundenen Ausgaben festlegt und den Kassen untersagt, ihre Aufgaben mit Gewinnerzielungsabsicht wahrzunehmen, und zum anderen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf, und sofern die Beiträge aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zwangsweise eingezogen werden vergleiche in diesem Sinne Urteil Hans & Christophorus Oymanns, Randnrn. 53 bis 56).

26 Es ist jedoch festzustellen, dass die Situation einer Einrichtung wie der Ärztekammer der in der vorstehenden Randnummer des vorliegenden Urteils beschriebenen Situation nicht gleichgesetzt werden kann.

27 Zwar werden die Aufgaben dieser Einrichtung im HeilBerG NRW aufgezählt, doch geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass kennzeichnend für ihre Situation die erhebliche Autonomie ist, die ihr dieses Gesetz bei der Bestimmung des Wesens, des Umfangs und der Durchführungsmodalitäten der von ihr zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgeübten Tätigkeiten, somit bei der Festsetzung des dafür erforderlichen Haushalts und infolgedessen bei der Festlegung der Höhe der Beiträge einräumt, die sie von ihren Mitgliedern erhebt. Dass die Regelung, mit der diese Beiträge festgelegt werden, der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde bedarf, ist nicht ausschlaggebend, da diese Behörde lediglich prüft, ob der Haushalt der betreffenden Einrichtung ausgeglichen ist, d. h., ob die Beiträge ihrer Mitglieder und ihre übrigen Ressourcen gewährleisten, dass sie über ausreichende Einnahmen zur Deckung aller Betriebskosten nach den von ihr selbst festgelegten Modalitäten verfügt.

28 Im Übrigen wird, wie der Generalanwalt in den Nrn. 65 und 66 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, diese Autonomie gegenüber den öffentlichen Stellen im vorliegenden Fall noch dadurch verstärkt, dass die besagte Regelung von einer Versammlung erlassen wird, die aus den Beitragspflichtigen selbst besteht.

29 Sodann ist zum zweiten in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 genannten Kriterium, der Aufsicht der öffentlichen Stellen über die Leitung, darauf hinzuweisen, dass eine nachträgliche Kontrolle dieses Kriterium grundsätzlich nicht erfüllt, da eine solche Kontrolle es den öffentlichen Stellen nicht erlaubt, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. Februar 2003, Adolf Truley, C-373/00, Slg. 2003, I-1931, Randnr. 70). Dies ist somit bei einer nachträglichen allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle durch eine Aufsichtsbehörde grundsätzlich der Fall und gilt erst recht, wenn die Behörde in der Form tätig wird, dass sie die Entscheidung dieser Einrichtung über die Festlegung der Höhe der ihre Finanzierung im Wesentlichen sicherstellenden Beiträge genehmigt, und sich dabei auf die Prüfung beschränkt, ob der Haushalt der betreffenden Einrichtung ausgeglichen ist.

29 Sodann ist zum zweiten in Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 genannten Kriterium, der Aufsicht der öffentlichen Stellen über die Leitung, darauf hinzuweisen, dass eine nachträgliche Kontrolle dieses Kriterium grundsätzlich nicht erfüllt, da eine solche Kontrolle es den öffentlichen Stellen nicht erlaubt, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen vergleiche in diesem Sinne Urteil vom 27. Februar 2003, Adolf

Truley, C-373/00, Slg. 2003, I-1931, Randnr. 70). Dies ist somit bei einer nachträglichen allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle durch eine Aufsichtsbehörde grundsätzlich der Fall und gilt erst recht, wenn die Behörde in der Form tätig wird, dass sie die Entscheidung dieser Einrichtung über die Festlegung der Höhe der ihre Finanzierung im Wesentlichen sicherstellenden Beiträge genehmigt, und sich dabei auf die Prüfung beschränkt, ob der Haushalt der betreffenden Einrichtung ausgeglichen ist.

30 Somit verfügt eine Einrichtung wie die Ärztekammer, obgleich gesetzlich geregelt ist, worin ihre Aufgaben bestehen, wie ihre überwiegende Finanzierung zu gestalten ist und dass die Entscheidung, mit der sie die Höhe der von den Kammerangehörigen zu entrichtenden Beiträge festlegt, der Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf, konkret über eine organisatorische und haushaltstechnische Autonomie, aufgrund deren nicht von einer engen Verbindung zwischen ihr und öffentlichen Stellen ausgegangen werden kann. Folglich stellen die Modalitäten der Finanzierung einer solchen Einrichtung keine überwiegende Finanzierung durch die öffentlichen Stellen dar und ermöglichen diesen keine Aufsicht über die Leitung der Einrichtung.

31 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass eine Einrichtung wie eine berufsständische Körperschaft des öffentlichen Rechts weder das Kriterium der überwiegenden Finanzierung durch die öffentlichen Stellen erfüllt, wenn sich diese Einrichtung überwiegend durch Beiträge ihrer Mitglieder finanziert, zu deren Festsetzung und Erhebung sie durch ein Gesetz ermächtigt wird, das nicht den Umfang und die Modalitäten der Tätigkeiten regelt, die sie im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben, die mit diesen Beiträgen finanziert werden sollen, ausübt, noch das Kriterium der Aufsicht öffentlicher Stellen über ihre Leitung allein deshalb erfüllt, weil die Entscheidung, mit der sie die Höhe der Beiträge festsetzt, der Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf.³¹ Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass eine Einrichtung wie eine berufsständische Körperschaft des öffentlichen Rechts weder das Kriterium der überwiegenden Finanzierung durch die öffentlichen Stellen erfüllt, wenn sich diese Einrichtung überwiegend durch Beiträge ihrer Mitglieder finanziert, zu deren Festsetzung und Erhebung sie durch ein Gesetz ermächtigt wird, das nicht den Umfang und die Modalitäten der Tätigkeiten regelt, die sie im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben, die mit diesen Beiträgen finanziert werden sollen, ausübt, noch das Kriterium der Aufsicht öffentlicher Stellen über ihre Leitung allein deshalb erfüllt, weil die Entscheidung, mit der sie die Höhe der Beiträge festsetzt, der Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf."

Zu untersuchen ist aufgrund des EuGH Erkenntnisses Westfalen-Lippe nunmehr, ob der dem Vorabentscheidungsersuchen zu Grunde liegende Fall mit dem gegenständlich hier zu beurteilenden Fall vergleichbar ist.

Zu den Ausführungen des EuGH in den RZ 17-18 betreffend das in Anhang III der Richtlinie 2004/18 genannte Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie ist zu sagen, dass hier für Österreich zwar "Alle Einrichtungen ohne industriellen oder kommerziellen Charakter, die der Finanzkontrolle des Rechnungshofes unterliegen" genannt sind, was die Auftraggeberin wohl umfassen würde, jedoch handelt es sich bei der Aufnahme von Einrichtungen in diesem Anhang, wie der EuGH in Rz 18 des genannten Erkenntnisses ausführt nicht um eine unwiderlegbare Vermutung dafür, dass die Einrichtung eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne dieser Bestimmung ist. Ob es sich bei der Auftraggeberin um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts handelt, ist im Folgenden und unter enger Anlehnung an den Wortlaut des genannten EuGH Erkenntnisses zu prüfen. Zu den Ausführungen des EuGH in den RZ 17-18 betreffend das in Anhang römisch drei der Richtlinie 2004/18 genannte Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 der Richtlinie ist zu sagen, dass hier für Österreich zwar "Alle Einrichtungen ohne industriellen oder kommerziellen Charakter, die der Finanzkontrolle des Rechnungshofes unterliegen" genannt sind, was die Auftraggeberin wohl umfassen würde, jedoch handelt es sich bei der Aufnahme von Einrichtungen in diesem Anhang, wie der EuGH in Rz 18 des genannten Erkenntnisses ausführt nicht um eine unwiderlegbare Vermutung dafür, dass die Einrichtung eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne dieser Bestimmung ist. Ob es sich bei der Auftraggeberin um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts handelt, ist im Folgenden und unter enger Anlehnung an den Wortlaut des genannten EuGH Erkenntnisses zu prüfen.

Um eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne von Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 bzw § 3 Abs

1 Z 2 BVergG 2006, die als solche den Vorschriften dieser Richtlinie bzw dem BVergG 2006 unterliegen, handelt es sich, wenn drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind: Die Einrichtung wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (Buchst. a), sie besitzt Rechtspersönlichkeit (Buchst. b), und sie wird überwiegend durch öffentliche Stellen finanziert oder ihre Leitung unterliegt der Aufsicht durch Letztere oder ihr Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan besteht mehrheitlich aus Mitgliedern, die von öffentlichen Stellen ernannt worden sind (Buchst. c). Um eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne von Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 bzw Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, die als solche den Vorschriften dieser Richtlinie bzw dem BVergG 2006 unterliegen, handelt es sich, wenn drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind: Die Einrichtung wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (Buchst. a), sie besitzt Rechtspersönlichkeit (Buchst. b), und sie wird überwiegend durch öffentliche Stellen finanziert oder ihre Leitung unterliegt der Aufsicht durch Letztere oder ihr Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan besteht mehrheitlich aus Mitgliedern, die von öffentlichen Stellen ernannt worden sind (Buchst. c).

In allen drei der in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 bzw § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 genannten alternativen Kriterien kommt eine enge Verbindung mit den öffentlichen Stellen zum Ausdruck. Eine solche Verbindung kann es den öffentlichen Stellen nämlich ermöglichen, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen, was die Möglichkeit mit sich bringt, dass andere als wirtschaftliche Überlegungen diese Entscheidungen leiten, und insbesondere die Gefahr, dass einheimische Bieter oder Bewerber bevorzugt werden, wodurch Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr geschaffen würden, die durch die Anwendung der Vergaberichtlinien gerade verhindert werden sollen. In allen drei der in Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 bzw Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 genannten alternativen Kriterien kommt eine enge Verbindung mit den öffentlichen Stellen zum Ausdruck. Eine solche Verbindung kann es den öffentlichen Stellen nämlich ermöglichen, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen, was die Möglichkeit mit sich bringt, dass andere als wirtschaftliche Überlegungen diese Entscheidungen leiten, und insbesondere die Gefahr, dass einheimische Bieter oder Bewerber bevorzugt werden, wodurch Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr geschaffen würden, die durch die Anwendung der Vergaberichtlinien gerade verhindert werden sollen.

Im Licht dieser Ziele ist jedes dieser Kriterien funktionell auszulegen, d. h. unabhängig von den formellen Modalitäten seiner Anwendung und muss so verstanden werden, dass es eine enge Verbindung mit öffentlichen Stellen schafft.

Was zunächst das erste in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 bzw § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 genannte Kriterium, die überwiegende Finanzierung durch die öffentlichen Stellen, anbelangt, ist unter dem Begriff der Finanzierung ein Transfer von Finanzmitteln zu verstehen, der ohne spezifische Gegenleistung mit dem Ziel vorgenommen wird, die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung zu unterstützen. Was zunächst das erste in Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 bzw Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 genannte Kriterium, die überwiegende Finanzierung durch die öffentlichen Stellen, anbelangt, ist unter dem Begriff der Finanzierung ein Transfer von Finanzmitteln zu verstehen, der ohne spezifische Gegenleistung mit dem Ziel vorgenommen wird, die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung zu unterstützen.

Da dieser Begriff funktionell auszulegen ist, hat der EuGH entschieden, dass das Kriterium der überwiegenden Finanzierung durch die öffentlichen Stellen auch eine mittelbare Finanzierungsweise einschließt.

Eine solche Finanzierung kann durch eine dem Grundsatz und der Höhe nach gesetzlich vorgesehene und auferlegte Gebühr erfolgen, die keine Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme der von der betreffenden Einrichtung erbrachten Dienstleistungen durch die Gebührenschuldner darstellt und mittels hoheitlicher Befugnisse eingezogen wird.

Dass eine Einrichtung die Höhe der Beiträge, aus denen sie sich überwiegend finanziert, formal selbst festlegt, schließt das Vorliegen einer das genannte Kriterium erfüllenden mittelbaren Finanzierung nicht aus. Dies ist der Fall, wenn sich Einrichtungen wie die gesetzlichen Sozialversicherungskassen durch die von ihren Mitgliedern oder für diese entrichteten Beiträge, denen keine spezifische Gegenleistung gegenübersteht, finanzieren, sofern die Mitgliedschaft in einer solchen Kasse und die Zahlung dieser Beiträge gesetzlich vorgeschrieben sind, sofern der Beitragssatz zwar formal von den Kassen selbst festgelegt wird, aber zum einen rechtlich vorgegeben ist, wobei das Gesetz die von den

Kassen erbrachten Leistungen und die damit verbundenen Ausgaben festlegt und den Kassen untersagt, ihre Aufgaben mit Gewinnerzielungsabsicht wahrzunehmen, und zum anderen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf, und sofern die Beiträge aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zwangsweise eingezogen werden.

Es ist jedoch festzustellen, dass die Situation einer Einrichtung wie der Auftraggeberin der im vorstehenden Absatz beschriebenen Situation nicht gleichgesetzt werden kann.

Die Auftraggeberin ist eine Gesellschaft, an der zu 100% die österreichischen Notariatskammern sowie die Österreichische Notariatskammer beteiligt sind. Die Aufgaben dieser Einrichtungen werden in der Notariatsordnung (NO) aufgezählt; kennzeichnend für ihre Situation ist die erhebliche Autonomie, die ihnen dieses Gesetz bei der Bestimmung des Wesens, des Umfangs und der Durchführungsmodalitäten der von ihnen zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgeübten Tätigkeiten, somit bei der Festsetzung des dafür erforderlichen Haushalts und infolgedessen bei der Festlegung der Höhe der Beiträge einräumt, die sie von ihren Mitgliedern erheben (vgl. insbesondere § 125 Abs 4 NO betreffend die Feststellung des Voranschlages der Einnahmen und Ausgaben der Kammer sowie die Kammerbeiträge und § 125a NO betreffend die Beitragsordnung). Die Regelung, mit der diese Beiträge festgelegt werden, bedarf entsprechend der NO anders als im EuGH Erkenntnis Westfalen-Lippe nicht der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde, sodass im hier geprüften Fall die Autonomie diesbezüglich noch größer ist als im Fall des EuGH Erkenntnisses. Die Auftraggeberin ist eine Gesellschaft, an der zu 100% die österreichischen Notariatskammern sowie die Österreichische Notariatskammer beteiligt sind. Die Aufgaben dieser Einrichtungen werden in der Notariatsordnung (NO) aufgezählt; kennzeichnend für ihre Situation ist die erhebliche Autonomie, die ihnen dieses Gesetz bei der Bestimmung des Wesens, des Umfangs und der Durchführungsmodalitäten der von ihnen zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgeübten Tätigkeiten, somit bei der Festsetzung des dafür erforderlichen Haushalts und infolgedessen bei der Festlegung der Höhe der Beiträge einräumt, die sie von ihren Mitgliedern erheben vergleiche insbesondere Paragraph 125, Absatz 4, NO betreffend die Feststellung des Voranschlages der Einnahmen und Ausgaben der Kammer sowie die Kammerbeiträge und Paragraph 125 a, NO betreffend die Beitragsordnung). Die Regelung, mit der diese Beiträge festgelegt werden, bedarf entsprechend der NO anders als im EuGH Erkenntnis Westfalen-Lippe nicht der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde, sodass im hier geprüften Fall die Autonomie diesbezüglich noch größer ist als im Fall des EuGH Erkenntnisses.

Im Übrigen wird diese Autonomie gegenüber den öffentlichen Stellen im vorliegenden Fall noch dadurch verstärkt, dass die besagte Regelung von einer Versammlung erlassen wird, die aus den Beitragspflichtigen selbst besteht.

Sodann ist zum zweiten in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 bzw § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 genannten Kriterium, der Aufsicht der öffentlichen Stellen über die Leitung, darauf hinzuweisen, dass eine nachträgliche Kontrolle dieses Kriterium grundsätzlich nicht erfüllt, da eine solche Kontrolle es den öffentlichen Stellen nicht erlaubt, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen. Dies ist somit bei einer nachträglichen allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle durch eine Aufsichtsbehörde grundsätzlich der Fall und gilt erst recht, wenn die Behörde in der Form tätig wird, dass sie die Entscheidung dieser Einrichtung über die Festlegung der Höhe der ihre Finanzierung im Wesentlichen sicherstellenden Beiträge genehmigt, und sich dabei auf die Prüfung beschränkt, ob der Haushalt der betreffenden Einrichtung ausgeglichen ist. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das durch die in den §§ 154 ff NO genannten Pflichten der Notariatskammer eingeschränkte Aufsichtsrecht des Bundesministers für Justiz gem. § 153 NO zu verweisen. Sodann ist zum zweiten in Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 bzw Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 genannten Kriterium, der Aufsicht der öffentlichen Stellen über die Leitung, darauf hinzuweisen, dass eine nachträgliche Kontrolle dieses Kriterium grundsätzlich nicht erfüllt, da eine solche Kontrolle es den öffentlichen Stellen nicht erlaubt, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen. Dies ist somit bei einer nachträglichen allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle durch eine Aufsichtsbehörde grundsätzlich der Fall und gilt erst recht, wenn die Behörde in der Form tätig wird, dass sie die Entscheidung dieser Einrichtung über die Festlegung der Höhe der ihre Finanzierung im Wesentlichen sicherstellenden Beiträge genehmigt, und sich dabei auf die Prüfung beschränkt, ob der Haushalt der betreffenden Einrichtung ausgeglichen ist. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das durch die in den Paragraphen 154, ff NO genannten Pflichten der Notariatskammer eingeschränkte Aufsichtsrecht des Bundesministers für Justiz gem. Paragraph 153, NO zu verweisen.

Weiters ist darauf zu verweisen, dass die Aufgaben des Rechnungshofes betreffend gesetzliche berufliche Vertretungen (Kammern), also auch der Auftraggeberin, gem. Art 127b Abs 3 B-VG sowohl was den Gegenstand als auch die Maßstäbe der Überprüfung betrifft, eingeschränkt sind: Was den Gegenstand der Überprüfung betrifft unterliegen Beschlüsse der Kammerorgane, die diese in Wahrnehmung ihrer Aufgaben als Interessenvertretung fassen, auch dann nicht der Überprüfung durch den Rechnungshof, wenn sie für die Gebarung maßgeblich sind (Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Aufl., Rz 1241). Was die Maßstäbe der Überprüfung betrifft ist bei der Überprüfung der Kammern durch den Rechnungshof eine Kontrolle der Zweckmäßigkeit nicht vorgesehen; diese Einschränkung der Prüfungsbefugnis dient der Wahrnehmung der Autonomie der Kammern (Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Aufl., Rz 1245). Da betreffend die Auftraggeberin und ihre Gesellschafter die Prüfung der Zweckmäßigkeit sowie der Gebarungsbeschlüsse gem. Art 127b Abs 3 B-VG nicht möglich ist, kann daher sogar von einer erheblichen Einschränkung der Prüfungsbefugnis des Rechnungshofes im Vergleich zu allen übrigen Prüfungsbefugnissen des Rechnungshofes gesprochen werden. Weiters ist darauf zu verweisen, dass die Aufgaben des Rechnungshofes betreffend gesetzliche berufliche Vertretungen (Kammern), also auch der Auftraggeberin, gem. Artikel 127 b, Absatz 3, B-VG sowohl was den Gegenstand als auch die Maßstäbe der Überprüfung betrifft, eingeschränkt sind: Was den Gegenstand der Überprüfung betrifft unterliegen Beschlüsse der Kammerorgane, die diese in Wahrnehmung ihrer Aufgaben als Interessenvertretung fassen, auch dann nicht der Überprüfung durch den Rechnungshof, wenn sie für die Gebarung maßgeblich sind (Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Aufl., Rz 1241). Was die Maßstäbe der Überprüfung betrifft ist bei der Überprüfung der Kammern durch den Rechnungshof eine Kontrolle der Zweckmäßigkeit nicht vorgesehen; diese Einschränkung der Prüfungsbefugnis dient der Wahrnehmung der Autonomie der Kammern (Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Aufl., Rz 1245). Da betreffend die Auftraggeberin und ihre Gesellschafter die Prüfung der Zweckmäßigkeit sowie der Gebarungsbeschlüsse gem. Artikel 127 b, Absatz 3, B-VG nicht möglich ist, kann daher sogar von einer erheblichen Einschränkung der Prüfungsbefugnis des Rechnungshofes im Vergleich zu allen übrigen Prüfungsbefugnissen des Rechnungshofes gesprochen werden.

Somit verfügt eine Einrichtung wie die Auftraggeberin obgleich gesetzlich geregelt ist, worin ihre Aufgaben bestehen, wie ihre überwiegende Finanzierung zu gestalten ist, wobei die Entscheidung, mit der sie die Höhe der von den Kammerangehörigen zu entrichtenden Beiträge festlegt, nicht einmal der Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf, konkret über eine organisatorische und haushaltstechnische Autonomie, aufgrund deren nicht von einer engen Verbindung zwischen ihr und öffentlichen Stellen ausgegangen werden kann. Folglich stellen die Modalitäten der Finanzierung einer solchen Einrichtung keine überwiegende Finanzierung durch die öffentlichen Stellen dar und ermöglichen diesen keine Aufsicht über die Leitung der Einrichtung.

Es handelt sich somit bei der Auftraggeberin nicht um eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne von Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 bzw § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, weshalb gemäß Spruchpunkt A) I. zu entscheiden war (vgl zum Anwendungsbereich des Vergaberechts und der gebotenen gemeinschaftsrechtlichen Auslegung des BVergG: VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020). Es handelt sich somit bei der Auftraggeberin nicht um eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne von Artikel eins, Absatz 9, Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 bzw Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, weshalb gemäß Spruchpunkt A) römisch eins. zu entscheiden war vergleiche zum Anwendungsbereich des Vergaberechts und der gebotenen gemeinschaftsrechtlichen Auslegung des BVergG: VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020).

Eine mündliche Verhandlung konnte gemäß § 316 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006 entfallen, da der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist und weil ausschließlich Rechtsfragen entscheidungswesentlich waren. Eine mündliche Verhandlung konnte gemäß Paragraph 316, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 entfallen, da der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist und weil ausschließlich Rechtsfragen entscheidungswesentlich waren.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) II.): 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch zwei.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt

wird."§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024) bzw des (diesem gleichzuhaltenden) EuGH (EuGH 12.09.2013, C -526/11, Westfalen-Lippe) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024) bzw des (diesem gleichzuhaltenden) EuGH (EuGH 12.09.2013, C -526/11, Westfalen-Lippe) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Schlagworte

Aufsicht, Aufsichtsbehörde, Auswahlkriterien,
Dienstleistungsauftrag, Ernennung, Finanzierungsbeitrag,
Genehmigung, Genehmigungsverfahren, Gewinnerzielungsabsicht,
Kontrolle, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, objektiver
Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz,
Qualifikation, Rechnungshofkontrolle, Rechtspersönlichkeit,
Referenzprojekt, Teilnahmeantrag, Vergabeverfahren,
Verhandlungsverfahren, Zulassung, Zulassungsvoraussetzung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W134.2105546.2.00

Zuletzt aktualisiert am

27.08.2015

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>