



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/072/13806/2016-23
K.-gesellschaft m.b.H.

Wien, 15.12.2016

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag.^a Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner und den Richter Dr. Opperl über den Antrag der K.-gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwalts-gesellschaft m.b.H., auf Feststellung gem. §§ 7 Abs. 3 Z 3 iVm 33 Abs. 1 Z 2 und Nichtigerklärung gem. §§ 7 Abs. 3 Z 6 iVm 37 Abs. 2 WVRG 2014 betreffend Direktvergabe "We." nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Antrag auf Feststellung, dass der im gegenständlichen Antrag dargelegte Vertragsabschluss wegen der „Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war“, wird abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III. Die ordentliche Revision ist zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Mit Schreiben vom 8.11.2016 stellte die K.-gesellschaft m.b.h. (in der Folge: Antragstellerin) den Antrag auf Feststellung gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014), dass der Vertragsabschluss betreffend die Ausarbeitung eines neuen Konzeptes für das Event „We.“ wegen der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Weiters beantragte die Antragstellerin die Nichtigkeitserklärung dieses Vertrages gemäß § 7 Abs. 3 Z 6 i.V.m. § 37 Abs. 2 WVRG 2014, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren.

Sie führte dazu aus, dass der Antragstellerin am 27.10.2016 anhand der Veröffentlichung einer Presseausendung in den ... Nachrichten erstmals bekannt geworden sei, dass die W. (in der Folge: Antragsgegnerin) die M. gmbh (in der Folge: Teilnahmeberechtigte) mit der Gestaltung des R.-platzes und der Erstellung eines Konzeptes für das Rahmenprogramm des „C.“ im R.-park beauftragt habe. Die Antragsgegnerin sei eine Einrichtung gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 und damit öffentliche Auftraggeberin.

Die Antragsgegnerin habe den gegenständlichen Auftrag unrechtmäßig im Wege einer Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 41 BVergG 2006 an die Teilnahmeberechtigte vergeben, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen seien.

Die Antragstellerin habe daher den gegenständlichen Feststellungsantrag gestellt. Dieser sei rechtzeitig, da gemäß § 36 WVRG 2014 ein Antrag auf Feststellung spätestens sechs Monate ab Auftragserteilung im Zuge der bekämpften Direktvergabe einzubringen sei. Die Auftragserteilung sei in der Gemeinderatssitzung vom 29.6.2016 beschlossen worden. Eine Auftragserteilung sei somit frühestens mit diesem Datum erfolgt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren nachweislich entrichtet.

Sie führt weiters aus, dass sie (damals unter dem Firmenwortlaut Ing. K. Ges.m.b.H.) der Stadt Wien vor über 30 Jahren das Urkonzept für den am R.-platz stattfindenden „A.“ präsentiert habe. Das Konzept sei mit dem Wi. (heute: W.) abgewickelt worden. Die Antragstellerin habe das Konzept über die Jahre laufend adaptiert und verfeinert. Die Abwicklung sei stets auf der Grundlage von durch die Antragsgegnerin angenommenen individuellen Angeboten der Antragstellerin erfolgt.

Nunmehr hat die Antragsgegnerin die Teilnahmeberechtigte mit dem Relaunch des „A.“ unter dem Namen „We.“ und unter geringfügigen Konzeptmodifikationen beauftragt. Eine gesetzmäßige Ausschreibung dieses Auftrages nach dem BVergG 2006 sei nicht erfolgt. Auch eine Bekanntmachung sei nicht veröffentlicht worden. Die Antragstellerin habe erst durch den o.a. Zeitungsartikel von der bereits erfolgten Beauftragung der Teilnahmeberechtigten Kenntnis erlangt.

Eine solche Direktvergabe sei nur zulässig, wenn der Schwellenwert von 100.000,-- Euro gemäß § 41 BVergG 2006 i.V.m. § 1 Schwellenwertverordnung 2012 i.d.g.F. nicht überschritten werde. Dies sei gegenständlich nicht der Fall, zumal von einem Gesamtauftragswert von über 1.000.000,-- Euro auszugehen sei, was sich aus dem Gemeinderatsprotokoll vom 29.6.2016 ergebe. Die Beauftragung der Teilnahmeberechtigten sei daher in rechtswidriger Weise erfolgt. Auch eine in-house-Vergabe liege mangels der Teckal-Kriterien nicht vor.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren verletzt. Der bei der Antragstellerin eingetretene Schaden liege in der Beeinträchtigung der Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen und ein potentielles Zuschlagsangebot zu legen. Der Antragstellerin entstünden weiters Kosten für die Rechtsvertretung im Feststellungsverfahren. Ihr Interesse an der Feststellung liege aufgrund ihres Geschäftszweiges abstrakt vor. Die Antragstellerin wäre im Fall einer ordnungsgemäßen Ausschreibung zweifellos als Auftragnehmerin hervorgegangen. Der ohne Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens geschlossene Vertrag stelle einen Verstoß gegen nationale und unionsrechtliche Bestimmungen und Grundsätze des Vergaberechts dar.

Als Beilagen vorgelegt wurden der Einzahlungsbeleg über die Pauschalgebühren, das Protokoll der Sitzung des Wiener Gemeinderates vom 29.6.2016, Seite 95-97, und der Artikel „We. statt A. am R.-platz“ der ... Nachrichten vom 7.11.2016, je in Kopie.

Weiters beantragte die Antragstellerin Akteneinsicht in den gesamten von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakt, alle von der Antragsgegnerin vorgenommenen Dokumentationen im Zusammenhang mit der gegenständlichen Leistung und in die von den anderen Parteien eingebrachten Schriftsätze und Unterlagen.

Mit Schriftsatz vom 16.11.2016 gab die Antragsgegnerin dazu eine Stellungnahme ab und brachte vor, dass es sich bei der Vergabe der Leistungen betreffend den „We.“ um keine Vergabe handle, die dem BVergG 2006 unterliege. Es existiere daher über die Bezug habende Korrespondenz hinaus auch kein Vergabeakt im Sinne der Bestimmungen des BVergG 2006.

Die Auftragsvergabe sei mit Auftragsschreiben vom 23.5.2016 erfolgt, mit welchem die Teilnahmeberechtigte beauftragt worden sei, ein von ihr zuvor übermitteltes Konzept für den C. einschließlich der dafür erforderlichen Ausschreibungen umzusetzen. Es handle sich gegenständlich um einen gemischten Auftrag (Liefer- und Dienstleistungsauftrag) mit einem geschätzten Auftragswert von 1.065.000,-- Euro.

Es treffe zu, dass die Antragstellerin vor rund 30 Jahren erstmals ein Konzept für die ... Ausgestaltung des R.-parks und der ... präsentiert habe und dieses Event entsprechend diesem Konzept gestaltet worden sei. Zu Beginn des Jahres 2016 habe sich die Antragsgegnerin entschlossen, ein neues Konzept erarbeiten zu lassen. Sie entschied sich, das Konzept in-house zu vergeben. Davon sei die Antragstellerin im Februar 2016 informiert worden. Seit diesem Zeitpunkt habe der Antragstellerin klar sein müssen, dass der dem Feststellungsantrag zu Grunde liegende Auftrag an die Teilnahmeberechtigte vergeben werden würde. Die Angebotslegung für eine Mitarbeit habe die Antragstellerin abgelehnt.

Der gegenständliche Feststellungsantrag sei im Hinblick darauf unzulässig, dass der behauptete Verstoß nicht gemäß § 35 Abs. 3 Z 2 WVRG 2014 im Rahmen eines Nichtigerklärungsverfahrens geltend gemacht worden sei. Die Antragstellerin habe seit Februar 2016 von der angeblich unzulässigen Direktvergabe gewusst und es wäre ihr daher möglich gewesen, diese innerhalb der Frist des § 24 Abs. 3 WVRG 2014 anzufechten. Dies sei nicht erfolgt, der gegenständliche Feststellungsantrag sei daher zurückzuweisen.

Im Übrigen sei die Antragsgegnerin ein Fonds im Sinne des Art. 127 Abs. 1 i.V.m. Abs. 8 B-VG, der von Personen verwaltet werde, die mehrheitlich von der Stadt Wien bestellt würden. Die Verwaltung erfolge im Wesentlichen durch den Vorstand und das Präsidium. Der Vorstand bestehe gemäß § 5 Abs. 1 der Satzung aus maximal 13 Mitgliedern, deren Mehrheit (7) von der Stadt Wien entsendet würde. Das Präsidium, das Beschlüsse stimmeneinhellig fasse, bestehe gemäß § 8 Abs. 1 der Satzung nur aus stimmberechtigten Mitgliedern, die von der Stadt Wien ausgewählt würden. Die Antragsgegnerin werde ausschließlich von der Stadt Wien finanziert. Sie erbringe keine Leistungen auf dem Markt, d.h. sie werde nicht als Auftragnehmer Dritter tätig. Ihre Leistungen beschränkten sich auf solche, die für die Stadt Wien erbracht würden.

Die Teilnahmeberechtigte sei eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren alleinige Gesellschafterin die Stadt Wien sei. Sie erbringe ihre Leistung zu rund 90% für die Stadt Wien.

Lasse sich der gegenständliche Vertrag unter Artikel 12 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/18/EG subsumieren, so sei er laut Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH vom 17.3.2014, 2013/04/0020) vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen.

Der Vertrag vom 23.5.2016 stelle eine zulässige Schwesternvergabe dar und unterliege gemäß Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU nicht dem Vergaberecht, weshalb er auch vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 ausgenommen sei. Eine solche Schwesternvergabe liege gegenständlich vor, da der kontrollierende öffentliche Auftraggeber über die juristische Person, die den

Auftrag vergebe, und die ebenfalls öffentlicher Auftraggeber sei, eine ähnliche Kontrolle ausübe, wie über seine eigenen Dienststellen. Der kontrollierende öffentliche Auftraggeber könne auf die strategischen Zielsetzungen und wichtigen Entscheidungen der Antragsgegnerin ausschlaggebenden Einfluss nehmen.

Weiters dienten mehr als 80% der Tätigkeiten dieser juristischen Person der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie vom die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber betraut worden sei. Schließlich bestehe an der juristischen Person, die den Auftrag erhalten habe, keine direkte private Kapitalbeteiligung. Die Stadt Wien sei alleinige Gesellschafterin der Teilnahmeberechtigten. Sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnahmeberechtigte würden von der Stadt Wien kontrolliert und erbrächten mehr als 80% ihrer Tätigkeit für Aufgaben der Stadt Wien. Der Feststellungsantrag sei daher abzuweisen.

Zum Antrag auf Akteneinsicht hält die Antragsgegnerin unter Hinweis auf § 17 AVG fest, dass es gegenständlich durch die Akteneinsicht zu einer nachhaltigen Schädigung berechtigter Interessen kommen würde, zumal Angebote regelmäßig Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse bzw. sensible Unternehmensdaten enthielten. Die Kenntnis dieser Unterlagen würden branchenkundigen Personen über den konkreten Anlassfall hinaus weitreichende Aufschlüsse über die Strategien der Beteiligten liefern. Verwiesen werde auf § 128 Abs. 3 und § 131 Abs. 1 BVergG 2006. Eine Akteneinsicht in den gesamten Akt, insbesondere in Unterlagen der Mitbewerber und den Prüfbericht der Angebotsprüfung, sei daher unzulässig. Im Übrigen beziehe sich § 17 AVG auf die Akten des Behördenverfahrens und nicht auf Unterlagen des Auftraggebers.

Es werde daher beantragt, die gesamte Korrespondenz, die dem Vertragsschluss der Antragsgegnerin mit der Teilnahmeberechtigten betreffe, von einer Akteneinsicht auszunehmen, insbesondere dieser keine Einsicht in die Beilagen der Stellungnahme (ausgenommen Firmenbuchauszug) zu gewähren.

Ebenfalls mit Schriftsatz vom 16.11.2016 entgegnete die Teilnahmeberechtigte auf den Feststellungsantrag, dass die Stadt Wien und die Antragsgegnerin für das Jahr 2016 eine vollkommene Neugestaltung des mittlerweile in die Jahre

gekommenen „A.“, der vor mehr als 30 Jahren von der Antragstellerin konzipiert und hinsichtlich der Umsetzung organisiert worden sei, angedacht hätten.

Die Antragstellerin sei von Anfang an über diese Absicht informiert gewesen. Bereits bei einer Besprechung am 22.2.2016 sei die Antragstellerin davon in Kenntnis gesetzt worden, dass die Teilnahmeberechtigte im Wege einer In-house-Vergabe ein neues Konzept für dieses Event erstelle. Es seien diverse Arten der Kooperation besprochen worden. Die Antragstellerin sei sogar zur Angebotslegung hinsichtlich der nicht von der Teilnahmeberechtigten erbrachten Agenturleistungen ersucht worden. Die Antragstellerin habe eine Angebotslegung jedoch abgelehnt und unter Bezugnahme auf vermeintliche Urheberrechte behauptet, dass sie sämtliche Leistungen erbringen müsse. Die Antragstellerin wisse somit seit 22.2.2016, dass die Teilnahmeberechtigte mit der Konzeption und organisatorischen Durchführung des Events beauftragt sei. Die formale Beauftragung sei am 23.5.2016 erfolgt.

In der Folge führte die Teilnahmeberechtigte aus, dass die Stadt Wien, die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte öffentliche Auftraggeber seien und verweist diesbezüglich auf die Organisationsstruktur der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten.

Es liege keine rechtswidrige Direktvergabe vor, da der Auftrag im Wege der In-house-Vergabe vergeben worden sei. Zu verweisen sei diesbezüglich auf die Bestimmungen der neuen Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU. Diese wäre mit 18.4.2016 umzusetzen gewesen, was jedoch in Österreich noch nicht erfolgt sei. Sie sei daher nach herrschender Lehre und Rechtsprechung unmittelbar anwendbar.

Insbesondere sei auf Art. 12 der Richtlinie zu verweisen. In dessen Abs. 1 würden lediglich die schon bislang aus der Teckal-Rechtsprechung bekannten Kriterien übernommen.

Die Teilnahmeberechtigte erfülle diese Teckal-Kriterien. Sie sei eine 100%-Tochter der Stadt Wien und unterliege der ausschließlichen Kontrolle der Stadt Wien, die einer Kontrolle, wie über eine eigene Dienststelle gleichkomme.

Sie erbringe mehr als 80% der Umsätze für die Stadt Wien (Dazu wurde ein diese Angaben bestätigendes Schreiben des Steuerberaters der Teilnahmeberechtigten vom 15.11.2016 vorgelegt).

Auch die Antragsgegnerin unterliege als Fonds der Stadt Wien einer den Kriterien des Art. 12 Abs. 1 lit a der Richtlinie entsprechenden Kontrolle durch die Stadt Wien. Die Stadt Wien entsende nicht nur die Mehrheit der Mitglieder im Vorstand, sie beschrifte auch ausschließlich das Präsidium. Die Antragsgegnerin werde ausschließlich von der Stadt Wien finanziert und erbringe ausschließlich Leistungen für die Stadt Wien.

Die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 2 der RL 2014/24/EU für eine horizontale In-house-Vergabe lägen gegenständlich vor, da sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnahmeberechtigten von der Stadt Wien beherrscht würden und die Teilnahmeberechtigten mehr als 80% ihrer Leistungen für die beherrschende Stadt Wien erbringe.

Die Beauftragung der Teilnahmeberechtigten durch die Antragsgegnerin durfte daher ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgen, da der gegenständliche Auftrag weder den Bestimmungen des BVergG 2006 noch denen der RL 2014/24/EU unterliege.

Da im gegenständlichen Fall eine zulässige In-house-Vergabe vorliege, sei das Verwaltungsgericht Wien für die Überprüfung der fraglichen „Vergabe“ nicht zuständig.

Da bereits am 22.2.2016 Gespräche mit der Antragstellerin über die Agenturleistungen für den neuen „We.“ geführt worden seien und die Antragstellerin sogar zur Angebotslegung betreffend einen Teil der Agenturleistungen aufgefordert worden sei, wäre es ihr schon zu diesem Zeitpunkt möglich gewesen, die Wahl des Vergabeverfahrens anzufechten. Dies habe die Antragstellerin nicht getan. Da sie somit hinsichtlich des behaupteten Verstoßes kein Nichtigerklärungsverfahren angestrengt hätte, sei ein Feststellungsantrag unzulässig und wäre zurückzuweisen.

Zur beantragten Nichtigklärung des Vertrages sei festzuhalten, dass der Vertrag längst erfüllt sei und eine Nichtigklärung schon aus diesem Grund ausscheide.

Zum Antrag auf Akteneinsicht brachte die Teilnahmeberechtigte in ihrer Stellungnahme vor, dass dies ein ausschließliches Parteienrecht sei. Parteistellung könne es aber nur dann geben, wenn ein zulässiger einleitender Antrag vorliege und dem Verwaltungsgericht Wien diesbezüglich Kognitionsbefugnis zukomme. Wie bereits oben dargelegt, sei diese Voraussetzung nicht gegeben, weshalb eine nähere Prüfung allfälliger Geheimhaltungsinteressen obsolet sei. Hinzuweisen sei auch auf die Einschränkungen der Akteneinsicht nach dem BVergG 2006 selbst für Vergaben, die diesem Gesetz unstrittig unterlägen.

Die Stellungnahmen der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten wurden der Antragstellerin zur Kenntnis gebracht. Mit Schriftsatz vom 28.11.2016 brachte die Antragstellerin dazu ergänzend vor, dass sie keine Möglichkeit gehabt hätte, ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 20 WVRG einzuleiten. Die Antragstellerin habe im Februar 2016 nicht von einer ausreichend konkreten, getroffenen Entscheidung der Antragsgegnerin Kenntnis gehabt. Die Beauftragung der Teilnahmeberechtigten sei nach den Angaben der Antragsgegnerin erst am 23.5.2016 erfolgt. Dies sei der Antragstellerin jedoch erst im gegenständlichen Feststellungsverfahren bekannt geworden. Im Übrigen sei auf das in der Wiener Stadtverfassung vorgesehene Erfordernis der Genehmigung von Rechtsgeschäften ab einem bestimmten, hier jedenfalls überschrittenen, Auftragswert durch Gemeinderatsbeschluss hinzuweisen. Die Antragsfrist habe daher jedenfalls erst nach Rechtsgültigkeit des Vertrages und damit nach Genehmigung durch den Gemeinderat zu laufen begonnen.

Die Antragstellerin habe diesbezüglich keine Informationen erhalten und, wie im Feststellungsantrag bereits ausgeführt, erst durch die Veröffentlichung in den ... Nachrichten davon erfahren. Es sei ihr daher zur Geltendmachung der vorliegenden Rechtswidrigkeit nur der Feststellungsantrag verblieben.

Es liege weiters keine In-house-Vergabe vor, da die Antragsgegnerin über die Teilnahmeberechtigte keine Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ ausübe. Es liege kein Beherrschungsverhältnis vor, da nach den Angaben der Antragsgegnerin ihre Verwaltung im Wesentlichen durch Vorstand und Präsidium erfolge. Dabei würden jedoch nur 54% der Vorstandsmitglieder von der Stadt Wien entsendet, die Präsidiumsmitglieder würden von der Stadt Wien nur ausgewählt und seien daher weisungsfrei. Die Stadt Wien könne daher auf die strategischen Ziele und wichtigen Entscheidungen der Antragsgegnerin keinen ausschlaggebenden Einfluss nehmen.

Eine Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ liege weiters im Hinblick darauf nicht vor, dass das durch die Judikatur des EUGH herausgearbeitete Erfordernis, die Kontrolle müsse wirksam, strukturell und funktionell sein, gegenständlich nicht gegeben sei. Vielmehr unterlägen Auftragsvergaben durch die Antragsgegnerin ab einem bestimmten, gegenständlich vorliegenden, Auftragswert der Genehmigungspflicht durch den Gemeinderat. Der gegenständliche Auftrag sei somit außerhalb der Kontrollsystematik der Stadt Wien erteilt worden. Eine teilweise Kontrolle reiche jedenfalls nicht aus, wie dies der EUGH im Erkenntnis Rs C-15/13, TU Hamburg-Harburg, zum Ausdruck gebracht habe.

Der Auftrag wäre daher nach den Vorschriften des österreichischen Vergaberechts auszuschreiben gewesen, es sei von einer rechtswidrigen Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung auszugehen.

In der dazu erstatteten Replik der Antragsgegnerin vom 12.12.2016 entgegnete diese, dass es nicht darauf ankomme, ob der verfahrensgegenständliche Vertragsabschluss einer Beschlussfassung durch den Wiener Gemeinderat bedurft hätte. Relevant sei nur, ob dieser Vertrag von der Antragstellerin im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens angefochten hätte werden können. In der Folge wiederholt er im Wesentlichen sein Vorbringen dazu, seit wann die Antragstellerin ihrer Meinung nach von der Auftragsvergabe an die Teilnahmeberechtigte wusste.

Im Übrigen verweist sie auf die Tatsache, dass die Antragsgegnerin ein Fonds nach dem Wiener Landesstiftungs- und Fondsgesetz sei und damit eine eigene Rechtspersönlichkeit habe. Sie sei nicht mit der Stadt Wien gleichzusetzen. Die Genehmigung durch den Wiener Gemeinderat habe die Zuführung der von der Antragsgegnerin benötigten Mittel gemäß § 3 der Fondssatzung betroffen.

Die Antragsgegnerin kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Auftragserteilung rechtswirksam zustande gekommen sei und die Antragstellerin bereits vor dieser Auftragserteilung Kenntnis davon gehabt habe, was ihr die Anfechtung im Wege eines Nachprüfungsantrages ermöglicht hätte.

Im Übrigen gehe die Antragstellerin zu Unrecht davon aus, dass es sich gegenständlich um die Vergabe einer „Mutter“ an die „Tochter“ handle. Richtig sei, dass es um eine Schwesternvergabe gehe, bei der es nicht erforderlich sei, dass eine Schwester über die andere Schwester eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübe. Sehr wohl übe jedoch die Stadt Wien über die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte eine solche Kontrolle aus.

In der Folge wiederholte die Antragsgegnerin ihre Argumentation zum Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU hinsichtlich der beteiligten Vertragspartner.

Abschließend beantragte die Antragsgegnerin, den Vertrag, sollte dem Feststellungsantrag Folge gegeben werden, im Hinblick auf die erforderlichen Nacharbeiten erst mit 31.3.2017 aufzuheben. Sie weist weiters darauf hin, dass der Vertrag größtenteils bereits umgesetzt wurde und nicht mehr rückabgewickelt werden könne.

Die Replik der Teilnahmeberechtigten vom 13.12.2016 enthält im Wesentlichen dasselbe Vorbringen „Zur Unzulässigkeit des Feststellungsantrags“ und „Zum Nichtvorliegen einer In-house-Vergabe“. Sie betont, dass sich die Beschlussfassung durch den Gemeinderat vom 29.6.2016 auf die „Zuführung der erforderlichen Mittel in der Höhe von xxxxx EUR durch die Stadt Wien“ an die Antragsgegnerin ausdrücklich „zur Unterstützung bei der Erfüllung seiner satzungsmäßigen Aufgaben und Zielsetzungen (...)“ bezogen habe. Daraus sei

erkennbar, dass der Abschluss des gegenständlichen Vertrages zu den satzungsgemäßen Aufgaben der Antragsgegnerin zähle. Der Vertrag selbst sei von der Antragsgegnerin abgeschlossen worden und habe keine Genehmigung nach der Stadtverfassung durch den Gemeinderat benötigt.

Aufgrund des o.a. Feststellungsantrags wurde am 15.12.2016 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Die Berichterin gibt Gelegenheit sich zum Gegenstand der Verhandlung zu äußern.

Auf Frage aus dem Senat teilt die Antragsgegnerin mit, dass Gegenstand des verfahrensgegenständlichen Vertrages die Erstellung und Umsetzung eines Konzeptes für die Gestaltung des R.-parks und der ... im Zuge des C. war. Überlegungen zu einer Neuausrichtung gab es bereits Anfang 2016. Im Februar 2016 wurde die Antragstellerin darüber informiert, dass die Absicht bestand, den Auftrag an die Teilnahmeberechtigten zu vergeben. Es wurde der Antragstellerin Gelegenheit gegeben, sich an der Ausführung zu beteiligen. Die Antragstellerin entgegnete, dass sie wie gewohnt ein Angebot legen werde. Am 23.05.2016 wurde der Auftrag mittels Schreiben an die Teilnahmeberechtigten vergeben. Am 29.06.2016 erfolgte die Genehmigung der Zurverfügungstellung der erforderlichen Mittel durch den Gemeinderat.

Die Antragstellerin bringt zum Schreiben vom 01.03.2016 (Beilage ./7) wonach es noch keine offizielle Beauftragung gegeben habe vor, dass sich daraus eindeutig ergebe, dass eine Auftragserteilung noch nicht erfolgt sei. Die Angaben der mitbeteiligten Partei seien somit keinesfalls nachvollziehbar. Zum Schreiben vom 25.04.2016 der Antragstellerin (Beilage ./3) bringt die Antragstellerin vor, dass die Antragstellerin darin die Einladung zur Angebotslegung ausdrücklich zurückweist, da sie aufgrund der Beratung ihrer Rechtsvertretung der Ansicht war, dass die Antragsgegnerin rechtlich eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen gehabt hätte. Sie habe daher abgelehnt, weil sie sich sonst in die Gefahr begeben hätte, sich an einer rechtswidrigen Auftragserteilung zu beteiligen. Weiters habe sie nicht davon ausgehen können, dass die Antragsgegnerin bewusst eine unzulässige Direktvergabe vornehmen werde. Im Übrigen habe es über den Vertrag auch Gespräche dazu mit der Antragsgegnerin gegeben.

Die Antragstellerin legt den Antrag der MA 5 vom 24.05.2016 vor, mit dem die Beschlussfassung beim Gemeinderat beantragt wurde. Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigten teilen mit, dass sie dieses Schreiben bereits kennen. Das Schreiben wird als Beilage ./1 zum Akt genommen. Die Antragstellerin bringt

dazu vor, dass es nicht möglich sei, dass am 23.05.2016 ein Auftrag vergeben worden wäre, wenn der entsprechende Antrag an den Gemeinderat erst am 24.05.2016 gestellt worden sei.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass die Auftragsvergabe vom Gemeinderat genehmigt worden sei. Dies wäre laut Stadtverfassung auch erforderlich gewesen. Nach Auskunft der Stadt Wien könnten Aufträge wie der gegenständliche ohne Zustimmung des Gemeinderates nicht verbindlich abgeschlossen werden. Das gehe auch daraus hervor, dass die Auftragsverteilung bedingt erfolgt sei.

Die Vertreterin der Antragstellerin wird hinsichtlich allfälliger Widersprüche gegen die Protokollierung ihres Vorbringens insbesondere dahingehend, dass nicht wortwörtlich das protokolliert werde, was sie aus ihrem vorbereiteten Schriftsatz vorliest, auf das Ende der Verhandlung verwiesen.

Aus Frage aus dem Senat, wie die Mittel für den laufenden Betrieb der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellt werden, teilt diese mit, dass eine jährliche Dotation durch die Stadt Wien erfolge. Diese decke 100 % der Finanzmittel ab. Die Dotation werde jedes Jahr durch den Gemeinderat beschlossen.

Die Antragstellerin bringt vor, dass gemäß Seite 6, § 5, der Satzung der Antragsgegnerin in der derzeit gültigen Fassung die ... Bank und die ... Bank berechtigt sind, je ein Mitglied in den Vorstand zu entsenden. Es handle sich dabei um privatwirtschaftliche Unternehmen.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass die Organmitglieder nicht am Fonds beteiligt seien. Im Übrigen habe die Stadt Wien in den Organen die Mehrheit durch die von ihr entsendeten Mitglieder.

Die Antragstellerin bringt vor, dass nach der herrschenden Rechtsprechung keine Kontrolle ähnlich wie über eine eigene Dienststelle vorliege, wenn private Unternehmen beteiligt seien, denen wesentliche Agenden zur Beschlussfassung obliegen.

Zur Frage, wie die Auftraggeberin und die Teilnahmeberechtigte die Anwendbarkeit des Artikels 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU, auf den gegenständlichen Sachverhalt als gegeben sehen, bringt die Teilnahmeberechtigte vor, dass sie diesbezüglich auf die in ihrem schriftlichen Vorbringen genannten Judikate des Verwaltungsgerichtshofs und des Landesverwaltungsgerichts NÖ verweise. Die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmung sei im Hinblick darauf, dass sie hinreichend konkret seien, gegeben. Verwiesen werde weiters auf den Erwägungsgrund 31 der Richtlinie, wonach die Bestimmung der Richtlinie über die Anwendbarkeit zur Präzisierung dienen

sollen, da die Rechtsprechung des EuGH von verschiedenen Staaten unterschiedlich ausgelegt worden sei.

Von der Antragsgegnerin wird weiters auf eine Entscheidung des deutschen Bundeskartellamtes zur Zahl VK2-7/16 verwiesen.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, dass aus ihrer Sicht die Richtlinie unmittelbar anwendbar sei, da sie hinreichend konkretisiert sei. Im Dreiecksverhältnis zwischen der Muttergesellschaft und den Tochtergesellschaften müssten die Kriterien laut Artikel 12 Abs. 1 der Richtlinie gegeben sein. Dabei sei auch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des EuGH in vielerlei Hinsicht zu berücksichtigen. In diesem Fall sei das In-House-Privileg anzuwenden.

Die Antragstellerin bringt zur Replik der Antragsgegnerin vom 12.12.2016, wonach ein Gemeinderatsbeschluss für die Auftragserteilung an die Teilnahmeberechtigte nicht erforderlich sei, da die Stadt Wien und die Antragsgegnerin unterschiedliche Rechtspersonen seien, vor, dass keine Gleichsetzung dieser Rechtspersonen durch die Antragstellerin erfolgt sei. Verwiesen werde auf das obige Vorbringen zu den Voraussetzungen des Artikels 12 Abs. 2 der Richtlinie. Unhaltbar sei auch das Vorbringen der Antragsgegnerin wonach der gegenständliche Vertrag nicht unter die Genehmigungspflicht des Gemeinderates gemäß § 88 Abs. 3 Wiener Stadtverfassung (WStV) falle. Die dortigen Bestimmungen seien sinngemäß auch auf Fonds der Gemeinde anzuwenden. Von diesen geschlossene Verträge seien der Beschlussfassung des Gemeinderates unterstellt.

Die Antragsgegnerin könne den Vertrag nicht aus eigenen Mitteln erfüllen, sondern bedürfe dazu öffentliche Mittel der Stadt Wien, dies ergebe sich aus dem aktenkundigen Gemeinderatsbeschluss. Verwiesen wird weiters auf den heute vorgelegten Antrag der MA 5. Da die Finanzierung durch die Stadt Wien erfolge, seien die Vorschriften des § 88 WStV einzuhalten.

Im Übrigen werde darauf hingewiesen, dass zur Anwendbarkeit des In-House-Privilegs alle Voraussetzungen des Artikels 12 kumulativ vorliegen müssten.

Wenn davon ausgegangen werde, dass, wie die Antragsgegnerin vorbringe, der Vertrag am 23.05.2016 zustande gekommen sei, der jedoch hinsichtlich seiner Finanzierung der Zustimmung des Gemeinderates bedurft hätte, so sei klar, dass die Stadt Wien über die Antragsgegnerin keine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübe, soweit eine Beschlussfassung durch den Gemeinderat gemäß § 88 Wiener Stadtverfassung zu erfolgen habe. Ohne Vorliegen dieser Zustimmung des Gemeinderates wäre der Vertrag nicht abschließend wirksam beschlossen (§ 879 ABGB).

(...)

Die Antragstellerin ergänzt, dass nachdem die Antragsgegnerin behauptete, dass es diesen Vertrag gebe, dieser ein Eigenleben führe. Daraus ergebe sich, dass die Stadt Wien über die Antragsgegnerin keine Kontrolle ausübe wie über eine eigene Dienststelle.

Die Antragsgegnerin verweist auf den Vertragsabschluss (Beilage ./2). Es bestünde ein Unterschied zwischen dem Vertragsabschluss und dem Eintritt einer Bedingung. Wenn es so wäre, wie die Antragstellerin vorbringt, und der Vertrag nicht zustande gekommen wäre, so wäre der Antrag zurückzuweisen. Der von der Antragstellerin verwendete Ausdruck „nicht abschließend wirksam“ sei kein juristischer Begriff. Im Übrigen sei es rechtlich irrelevant, ob der Vertrag gemäß § 88 WStV einer Genehmigung durch den Gemeinderat bedurft hätte, da ein Beschluss des Gemeinderates ohnedies vorliege.

Die Antragstellerin bringt vor, dass der Begriff „nicht abschließend wirksam“ darauf hinweise, dass der am 23.05.2016 allenfalls zustande gekommene Vertrag allenfalls bedingt zustande gekommen sei, da zu diesem Zeitpunkt kein Gemeinderatsbeschluss vorgelegen sei. Erst mit Gemeinderatsbeschluss vom 29.06.2016 wäre der Vertrag wirksam geworden. Die Rechtzeitigkeit des Antrages sei daher gegeben. Im Übrigen dürften Verträge gemäß § 88 WStV, die der Beschlussfassung durch den Gemeinderat unterliegen, auch dann nicht einer solchen Zustimmung entzogen werden, wenn sie bedingt abgeschlossen würden, zumal sie ansonsten der Kontrolle der Stadt Wien wie über eine eigene Dienststelle entzogen wären. Auch der Abschluss eines bedingten Vertrages sei daher nur nach den Vorschriften des § 88 WStV zulässig.

Die Antragstellerin führt weiters aus, dass sich aus dem Wiener Stiftungs- und Fondsgesetz und aus der Satzung der Antragsgegnerin keine Grundlage für den Abschluss von Verträgen ableiten lasse. Es müsse diesbezüglich auf § 88 WStV rekurriert werden.

Die Antragsgegnerin verweist dazu auf § 27 Abs. 2 des Wiener Stiftungs- und Fondsgesetzes.

Nach Ansicht der Antragstellerin bezieht sich diese Bestimmung nur auf Fondsvermögen. Dieses liege gegenständlich nicht vor, da die Bedeckung durch die Stadt Wien erfolge.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass die Teilnahmeberechtigte in ihrem Verweis auf den Text des Gemeinderatsbeschlusses vorbringe, dass die Erfüllung der satzungsgemäßen Aufgaben der Antragsgegnerin nur dann vorliege, wenn die Auftragsvergabe nicht an dritte Unternehmen erfolge.

Die Teilnahmeberechtigte entgegnet, dass sie nur den Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses zitiert habe und verweist im Übrigen auf ihr

schriftliches Vorbringen, worin die oben angeführte Behauptung nicht aufgestellt werde.“

Das Verhandlungsprotokoll wurde den Parteien im Anschluss an die mündliche Verhandlung in unkorrigierter Version übergeben und es wurde ihnen eine Frist für allfällige Protokollrügen bis 20.12.2016, 13 Uhr (einlangend) gestellt. Dies wurde im Protokoll vermerkt. Am 21.12.2016 teilte die Vertreterin der Antragstellerin telefonisch mit, dass sie das Verhandlungsprotokoll ihrer Erinnerung nach im Anschluss an die Verhandlung nicht erhalten habe und um Zustellung desselben ersuche. Sie ersuche weiters um Fristerestreckung für die Protokollrüge bis 28.12.2016. Das Protokoll wurde in der Folge an alle Parteien nochmals per Fax übermittelt.

Mit Schreiben datiert mit 21.12.2016 (übermittelt mit E-Mail und Fax vom 23.12.2016) erstattete die Antragstellerin ein umfangreiches Vorbringen zur Protokollierung ihres Vorbringens in der mündlichen Verhandlung. Sie führte weiters aus, welche Textpassagen des Protokolls nach Ansicht ihrer Rechtsvertreterin nicht korrekt bzw. unvollständig seien und durch welche Textpassagen diese zu ersetzen seien.

Anhand der vorgelegten Unterlagen, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 15.12.2016 trifft das Verwaltungsgericht Wien folgende Feststellungen:

Die Antragstellerin hatte während der letzten 30 Jahre die Agenturleistungen betreffend die Gestaltung des C. samt R.-park und ... über. Überlegungen zu einer Neuausrichtung gab es bereits Anfang 2016. Im Februar 2016 wurde die Antragstellerin darüber informiert, dass die Absicht bestand, den Auftrag an die Teilnahmeberechtigte zu vergeben. Es wurde der Antragstellerin Gelegenheit gegeben, sich an der Ausführung zu beteiligen. Die Antragstellerin übermittelte am 25.4.2016 an die Teilnahmeberechtigte ein Schreiben, in dem sie eine Angebotslegung an diese ablehnte und auf ihr bereits an die Antragsgegnerin gelegtes Angebot verwies. Mittels Schreiben vom 23.05.2016 wurde der Auftrag zur Erstellung und Umsetzung eines Konzeptes für den „We.“ an die Teilnahmeberechtigte vergeben. Am 29.06.2016 erfolgte die Genehmigung der Zurverfügungstellung der erforderlichen Mittel durch den Gemeinderat. Dieser

Auftrag umfasste Dienst- und Lieferleistungen und hatte einen Auftragswert von über 100.000,-- Euro.

Am 27.10.2016 berichteten die ... Nachrichten über diese Beauftragung der Teilnahmeberechtigten.

Der gegenständliche Feststellungsantrag wurde am 8.11.2016 beim Verwaltungsgericht Wien eingebracht.

Die Antragsgegnerin ist ein Fonds gemäß § 19 Wiener Landes-Stiftungs- und Fondsgesetz. Die Zurverfügungstellung der für die laufende Erfüllung der Aufgaben des Fonds erforderlichen Mittel erfolgt aktuell nach entsprechender Beschlussfassung durch den Wiener Gemeinderat durch die Stadt Wien.

Der Fonds hat den Zweck, die Struktur der Wiener Wirtschaft durch Ansiedelung von Betrieben und durch Beratung von Unternehmen in Wirtschaftsfragen zu fördern (§ 1 Z 2 der Satzung). Die Fondszwecke sind ausschließlich gemeinnütziger Ausrichtung (§ 2 Z 1 der Satzung).

Organe des Fonds sind der Vorstand, das Päsidium, der Präsident/die Präsidentin, der Beirat und die Geschäftsstelle. Der Vorstand besteht aus dem Präsidenten/der Präsidentin (Amtsführende/r Stadtrat/ Stadträtin für Finanzwesen, entsendet von Stadt Wien), dem Vizepräsidenten/der Vizepräsidentin (Amtsführende/r Stadtrat/Stadträtin für Liegenschaftswesen, entsendet von Stadt Wien), fünf weiteren von der Stadt Wien entsendeten VertreterInnen und je einem Mitglied, das von der Kammer für Arbeiter und Angestellte, der Wirtschaftskammer, der Gewerkschaft, der ... Bank und der ... Bank entsendet werden. Den Vorsitz führt der Präsident/die Präsidentin oder das von diesem/dieser bestimmte Vorstandsmitglied. Beschlüsse werden, wenn in der Satzung nicht anderes bestimmt ist, mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Bei Stimmgleichheit gibt die Stimme des/der Vorsitzenden den Ausschlag (§ 5 der Satzung). Dem Vorstand obliegt die Beschlussfassung in allen grundsätzlichen Angelegenheiten, darunter u.a. die Genehmigung des Wirtschaftsplanes und des Rechnungsabschlusses, die Festlegung von Richtlinien über Maßnahmen zur direkten Förderung von Betrieben, etc. (§ 7 der Satzung).

Das Präsidium besteht aus dem Präsidenten/der Präsidentin, dem Vizepräsidenten/ der Vizepräsidentin und drei weiteren VertreterInnen des Vorstandes, deren Auswahl der Stadt Wien obliegt (§ 8 der Satzung). Die Vertreter der ... Bank und der ... Bank haben gegebenenfalls nur beratende Funktion. Das Präsidium hat die Vorstandsbeschlüsse in jenen Fällen, in denen dieser nur eine Angelegenheit grundsätzlich beschließt und die Bestimmung der näheren Umstände dem Präsidium überträgt, durchzuführen. Dem Präsidium obliegt weiters u.a. die Beschlussfassung über den Ankauf und Verkauf von Liegenschaften und der Abschluss von Miet- und Pachtverträgen sowie die Abwicklung von Wirtschaftsförderaktionen der Stadt Wien (§ 8 der Satzung).

Der Präsident bzw. die Präsidentin vertritt den Fonds nach außen und vollzieht die Beschlüsse des Vorstandes und des Präsidiums (§ 9 der Satzung).

Die Gebarungskontrolle des Fonds wird vom Stadtrechnungshof Wien ausgeübt.

Die Teilnahmeberechtigte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren einzige Gesellschafterin die Stadt Wien ist. Ihre Aufgabe ist die Marketing- und Veranstaltungsorganisation der Stadt Wien. Sie erzielt über 80% der Umsatzerlöse aus Aufträgen der Stadt Wien.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 7 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

Gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 und Z 6 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien nach Zuschlagserteilung u.a. zuständig zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde, und in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages.

Gemäß § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, u.a. die Feststellung beantragen, dass die Durchführung

eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Gemäß § 36 Abs. 1 WVRG sind Feststellungsanträge binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller oder die Antragstellerin vom Zuschlag oder vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.

Gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 bis 5 für nichtig zu erklären, soweit in den Abs. 3 bis 5 nicht anderes bestimmt ist.

Gemäß § 3 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

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

Gemäß § 10 Z 7 BVergG 2006 gilt das BVergG 2006 nicht für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber durch eine Einrichtung erbringen lässt,

- a) über die der öffentliche Auftraggeber eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und
- b) die ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzt.

Gemäß § 41 Abs. 2 BVergG 2006 ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht.

Artikel 14b B-VG lautet:

„(1) Bundessache ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Abs. 3 fallen.

(2) Die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs. 1 ist

1. Bundessache hinsichtlich

- a) der Vergabe von Aufträgen durch den Bund;
- b) der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Art. 126b Abs. 1;
- c) der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 126b Abs. 2, wenn die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder;
- d) der Vergabe von Aufträgen durch bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften;
- e) der Vergabe von Aufträgen durch in lit. a bis d und Z 2 lit. a bis d nicht genannte Rechtsträger,
 - aa) die vom Bund finanziert werden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie der der Länder;
 - bb) die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter sublit. aa oder Z 2 lit. e sublit. aa fällt;
 - cc) deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Bund ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder, soweit die Vergabe nicht unter sublit. aa oder bb oder Z 2 lit. e sublit. aa oder bb fällt;
- f) der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder;
- g) der Vergabe von Aufträgen durch in lit. a bis f und Z 2 nicht genannte Rechtsträger;

2. Landessache hinsichtlich

- a) der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände;
- b) der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Art. 127 Abs. 1 und des Art. 127a Abs. 1 und 8;
- c) der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 126b Abs. 2, soweit sie nicht unter Z 1 lit. c fällt, sowie der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 127 Abs. 3 und des Art. 127a Abs. 3 und 8;
- d) der Vergabe von Aufträgen durch landesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften;
- e) der Vergabe von Aufträgen durch in Z 1 lit. a bis d und lit. a bis d nicht genannte Rechtsträger,
 - aa) die vom Land allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit. e sublit. aa fällt;
 - bb) die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit. e sublit. aa oder bb oder sublit. aa fällt;

cc) deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Land ernannt worden sind, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit. e sublit. aa bis cc oder sublit. aa oder bb fällt;

f) der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, soweit diese nicht unter Z 1 lit. f fällt, sowie der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch mehrere Länder.

Gemeinden gelten unabhängig von der Zahl ihrer Einwohner als Rechtsträger, die im Sinne der Z 1 lit. b und c und der Z 2 lit. b und c der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegen. Im Rahmen der Z 1 lit. b, c, e und f werden Auftraggeber im Sinne der Z 1 dem Bund und Auftraggeber im Sinne der Z 2 dem jeweiligen Land zugerechnet. Sind nach Z 2 lit. c, e oder f mehrere Länder beteiligt, so richtet sich die Zuständigkeit zur Vollziehung nach dem Überwiegen des Merkmals, das nach der entsprechenden Litera (Sublitera) der Z 1 für die Abgrenzung der Vollziehungszuständigkeit des Bundes von jener der Länder maßgebend ist oder wäre, dann nach dem Sitz des Auftraggebers, dann nach dem Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit des Auftraggebers, dann nach dem Sitz (Hauptwohnsitz) der vergebenden Stelle, kann jedoch auch danach die Zuständigkeit nicht bestimmt werden, so ist dasjenige beteiligte Land zuständig, das im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens zum Vorsitz im Bundesrat berufen ist oder zuletzt war.

(3) Landessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Abs. 2 Z 2.

(4) Der Bund hat den Ländern Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben in Angelegenheiten des Abs. 1 mitzuwirken. Nach Abs. 1 ergehende Bundesgesetze, die Angelegenheiten regeln, die in Vollziehung Landessache sind, dürfen nur mit Zustimmung der Länder kundgemacht werden.

(5) Die Durchführungsverordnungen zu den nach Abs. 1 ergehenden Bundesgesetzen sind, soweit in diesen Gesetzen nicht anderes bestimmt ist, vom Bund zu erlassen. Abs. 4 und Art. 42a sind auf solche Verordnungen sinngemäß anzuwenden.“

Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU lautet:

„Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors

(1) Ein von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts vergebener öffentlicher Auftrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

a) Der öffentliche Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus, wie über seine eigenen Dienststellen;

b) mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurden und

c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Bei einem öffentlichen Auftraggeber wird davon ausgegangen, dass er über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle im Sinne von Unterabsatz 1 Buchstabe a ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Solche Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die vom öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.

(2) Absatz 1 gilt auch, wenn eine kontrollierte juristische Person, bei der es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder eine andere von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person vergibt, sofern keine direkte private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person besteht, die den öffentlichen Auftrag erhalten soll, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität“ die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

(3) Ein öffentlicher Auftraggeber, der keine Kontrolle über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts im Sinne von Absatz 1 ausübt, kann einen öffentlichen Auftrag dennoch ohne Anwendung dieser Richtlinie an diese juristische Person vergeben, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

a) Der öffentliche Auftraggeber übt gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über diese juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus wie über ihre eigenen Dienststellen;

b) mehr als 80 % der Tätigkeiten dieser juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern oder von anderen von denselben öffentlichen Auftraggebern kontrollierten juristischen Personen betraut wurden und

c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Für die Zwecke von Unterabsatz 1 Buchstabe a üben öffentliche Auftraggeber gemeinsam die Kontrolle über eine juristische Person aus, wenn alle folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- i) Die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person setzen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen. Einzelne Vertreter können mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten;
- ii) diese öffentlichen Auftraggeber können gemeinsam einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausüben und
- iii) die kontrollierte juristische Person verfolgt keine Interessen, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

(4) Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;
- b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und
- c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

(5) Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten gemäß Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b, Absatz 3 Unterabsatz 1 Buchstabe b und Absatz 4 Buchstabe c wird der durchschnittliche Gesamtumsatz, oder ein geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Wert wie z. B. Kosten, die der betreffenden juristischen Person oder dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber während der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrags in Bezug auf Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen entstanden sind, herangezogen.

Liegen für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert wie z. B. Kosten vor oder sind sie nicht mehr relevant, weil die betreffende juristische Person oder der betreffende öffentliche Auftraggeber gerade gegründet wurde oder erst vor kurzem ihre beziehungsweise seine Tätigkeit aufgenommen hat oder weil sie beziehungsweise er seine Tätigkeiten umstrukturiert hat, genügt es, wenn sie beziehungsweise er — vor allem durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung — den tätigkeitsgestützten Wert glaubhaft macht.“

Gemäß § 88 der Wiener Stadtverfassung ist dem Gemeinderat u.a. vorbehalten:

- a) die Ernennung von Bürgern und Ehrenbürgern;
- b) die Genehmigung der Geschäftsordnung und der Geschäftseinteilung des Magistrats;

- c) die Festsetzung des Dienstpostenplanes und der Richtlinien für Dienstverträge sowie die Bewilligung zum Abschluß und zur Auflösung von Kollektivverträgen;
 - d) die Ausschreibung oder Erhebung von Abgaben und sonstigen öffentlich-rechtlichen Geldleistungen sowie die Festsetzung von tarifmäßigen Entgelten für Leistungen der Gemeinde;
 - e) die Bewilligung zum Erwerb, zur Veräußerung, zur Verpfändung oder zum Tausch von unbeweglichem Vermögen, wenn der Preis (Grundstückswert, Tauschwert) 0,06 v. T. des Voranschlagsansatzes „Ertragsanteile an den gemeinschaftlichen Bundesabgaben“ im jeweils letzten vom Gemeinderat nach § 86 Abs. 1 festgestellten Voranschlag übersteigt; bei dieser Berechnung ist auf volle 1 000 Euro aufzurunden;
 - f) die Bewilligung zum Erwerb, zur Veräußerung, zur Verpfändung und zum Tausch von beweglichem Vermögen, wenn der Preis (Sachwert, Tauschwert) das Zweifache des Wertes nach lit. e übersteigt, soweit es sich nicht um Verbrauchsmaterialien handelt;
 - g) die Aufnahme von Darlehen durch die Gemeinde mit den durch die Bundesgesetze verfassungsmäßig vorgeschriebenen Beschränkungen;
 - h) die Leistung von Bürgschaften durch die Gemeinde;
 - i) die Gewährung von Darlehen von mehr als dem Zweifachen des Wertes nach lit. e;
 - j) die Bewilligung zum Abschluß und zur Auflösung von Bestandverträgen, wenn der Bestandzins jährlich den Wert nach lit. e übersteigt;
 - k) die Bewilligung zum Abschluß und zur Auflösung von Leasingverträgen, wenn die bedungene Leistung jährlich 60 v. H. des Wertes nach lit. e oder im Falle eines späteren Kaufes der Gesamtkaufpreis das Zweifache des Wertes nach lit. e übersteigt;
 - l) die Bewilligung zum Abschluß und zur Auflösung von nicht unter lit. c oder e bis k fallenden Verträgen, wenn die bedungene Leistung jährlich den Wert nach lit. e oder die einmalige Leistung das Zweifache dieses Wertes übersteigt; hievon sind die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen zur Durchführung bereits bewilligter Herstellungen und Anschaffungen sowie Dienstverträge ausgenommen;
- (...)

Das Verwaltungsgericht Wien hat Folgendes erwogen:

Gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 WVRG ist das Verwaltungsgericht Wien zuständig, zu prüfen und allenfalls festzustellen, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntgabe bzw. ohne vorangegangenen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Genau diese Prüfung ist im vorliegenden Fall verfahrensgegenständlich. Die Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichts Wien liegt daher zweifellos vor.

Der Feststellungsantrag ist als rechtzeitig anzusehen, da im Nachprüfungsverfahren nachvollziehbar dargelegt wurde, dass die Antragstellerin vom gegenständlichen Vertragsabschluss erst zu dem von ihr angegebenen Zeitpunkt, nämlich am 27.10.2016, erfahren hat. Zweifellos war die Antragstellerin schon seit Februar 2016 von der Absicht der Antragsgegnerin informiert, den Auftrag an die Teilnahmeberechtigte zu vergeben. In diesem Zeitraum war jedoch noch kein konkreter Vertragsabschluss erfolgt. Dass sie von der konkreten Auftragsvergabe schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nachweislich in Kenntnis gesetzt worden wäre, haben die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte nicht behauptet. Es war der Antragstellerin daher darin zu folgen, dass sie erst durch die Zeitungsnotiz am 27.10.2016 vom Vertragsabschluss erfahren hat. Der bekämpfte Vertragsabschluss erfolgte am 23.5.2016. Der Antrag wurde am 8.11.2016 eingebracht und ist damit rechtzeitig. Die Antragstellerin hat auch ihr Interesse an der Beauftragung hinreichend nachgewiesen.

Verfahrensgegenständlich ist der am 23.5.2016 von der Antragsgegnerin an die Teilnahmeberechtigte erteilte Auftrag, ein Konzept für das Event „We.“ zu erstellen und umzusetzen. Am 29.6.2016 wurde vom Wiener Gemeinderat die Zurverfügungstellung der Mittel für diesen Auftrag beschlossen. Dieser Auftrag umfasst Dienstleistungs- und Lieferleistungen und hatte einen Auftragswert von über 100.000,-- Euro.

Die Antragstellerin bringt vor, dass vor Vergabe dieses Auftrags eine Ausschreibung nach dem nationalen und unionsrechtlichen Vergaberechtsregime durchgeführt hätte werden müssen, zumal der Gesamtauftragswert über 100.000,-- Euro betrage und die Voraussetzungen für eine Direktvergabe daher nicht vorgelegen seien. Eine In-house-Vergabe sei gegenständlich mangels Vorliegens der Teckal-Kriterien nicht gegeben.

Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte halten dieser Argumentation entgegen, dass der Auftrag nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliege, da es sich um eine In-house-Vergabe zwischen Schwestergesellschaften im Sinne des Art. 12 Abs. 2 der Vergaberichtlinie

2014/24/EU handle, die von den unionsrechtlichen und innerstaatlichen Bestimmungen über das öffentliche Auftragswesen ausgenommen sei.

Zunächst ist zur innerstaatlichen Rechtslage festzuhalten, dass die Vergabe eines Liefer- und/oder Dienstleistungsauftrages mit einem Auftragswert von mehr als 100.000,-- Euro durch einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 grundsätzlich den Regelungen des BVergG 2006 unterliegt. Eine Ausschreibung einer Liefer- oder Dienstleistung wäre daher erforderlich, wenn der Auftragswert die Grenze des § 41 Abs. 2 BVergG 2006 für die Direktvergabe überschreitet, was gegenständlich unbestritten gegeben ist.

§ 10 Z 7 BVergG 2006 bestimmt jedoch, dass dieses Bundesgesetz nicht für Aufträge gilt, die ein öffentlicher Auftraggeber durch eine Einrichtung erbringen lässt, über die er eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübt, die ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzt.

Diese Konstellation liegt im gegenständlichen Fall nicht vor, da die Antragsgegnerin zwar unbestritten öffentliche Auftraggeberin ist, aber keine Kontrolle über die Teilnahmeberechtigte ausübt, und die Teilnahmeberechtigte ihre Leistungen auch nicht im Wesentlichen für die Antragsgegnerin erbringt. Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte verweisen jedoch auf die Regelung des Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach bei Vorliegen der in Abs. 1 dieser Bestimmung geregelten Voraussetzungen ein von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts vergebener Auftrag dann nicht unter den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt, wenn es sich bei Auftraggeber und Auftragnehmer um öffentliche Auftraggeber handelt, die von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden, sofern am Auftragnehmer keine oder nur eine geringfügige private Kapitalbeteiligung vorliegt.

Die Richtlinie 2014/24/EU war bis 18.4.2016 innerstaatlich umzusetzen. Dies ist bis dato in Österreich noch nicht geschehen. Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob der gegenständliche Auftrag die in Art. 12 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Voraussetzungen erfüllt. Für den Fall, dass dies zu

bejahen ist, wäre weiters zu prüfen, ob die o.a. Ausnahme von der Anwendbarkeit der Richtlinie bedeutet, dass der gegenständliche Auftrag, obwohl die Richtlinie noch nicht umgesetzt wurde, auch vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 ausgenommen ist.

Zur Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie auf den gegenständlichen Auftrag:

Gegenständlich handelt es sich sowohl bei der Antragsgegnerin als auch bei der Teilnahmeberechtigten um juristische Personen (die Antragsgegnerin ist ein Fonds nach dem Wiener Landes-Stiftungs- und Fondsgesetz, die Teilnahmeberechtigte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung).

Die Antragsgegnerin ist unbestritten öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie wurde zu dem gemeinnützigen Zweck gegründet, die Wiener Wirtschaft durch Ansiedelung von Betrieben und durch Beratung von Unternehmungen in Wirtschaftsfragen zu fördern, und übt ihre Tätigkeit nicht gewerblich aus. Sie ist zumindest teilrechtsfähig, wird überwiegend von der Stadt Wien finanziert und unterliegt der Aufsicht der Stadt Wien (Vorstand und Präsidium werden mehrheitlich von Vertretern der Stadt Wien besetzt, die Gebarungskontrolle obliegt dem Landesrechnungshof). Die Stadt Wien ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006.

Die entscheidungsbefugten bzw. ausführenden Organe der Antragsgegnerin (Vorstand, Präsidium, Präsident/Präsidentin, Vizepräsident/Vizepräsidentin) werden laut deren Satzung mehrheitlich von Vertretern der Stadt Wien besetzt. Auch die Finanzierung der Antragsgegnerin erfolgt überwiegend durch die Stadt Wien. Damit hat die Stadt Wien die Möglichkeit, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der Antragsgegnerin hinsichtlich ihres gesamten Tätigkeitsbereiches einen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Die Antragsgegnerin wird von der Stadt Wien somit wie eine eigene Dienststelle kontrolliert.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass nur 54% der Vorstandsmitglieder der Antragsgegnerin von der Stadt Wien entsendet würden, die Mitglieder des Präsidium überhaupt nur von der Stadt Wien ausgewählt, nicht aber entsendet

würden und die Präsidiumsmitglieder daher weisungsfrei seien, weshalb keine Kontrolle der Stadt Wien über die Antragsgegnerin wie über eine eigene Dienststelle vorliege, so ist dem nicht zu folgen. Die Beschickung der entscheidungsbefugten Gremien der Antragsgegnerin erfolgt überwiegend (Vorstand) bzw. ausschließlich (Präsidium) durch die Stadt Wien, weshalb diese aufgrund der in der Satzung festgehaltenen für Beschlussfassungen erforderlichen Mehrheiten auf die strategischen Ziele und wichtigen Entscheidungen der Antragsgegnerin einen ausschlaggebenden Einfluss hat.

Wenn die Antragstellerin darauf hinweist, dass laut Wiener Stadtverfassung für den Abschluss von Verträgen ab einer bestimmten Höhe durch die Stadt Wien die Zustimmung des Wiener Gemeinderates erforderlich ist und diese Bestimmung hier zur Anwendung gekommen sei, indem der Gemeinderat über den gegenständlichen Vertragsabschluss einen Beschluss gefasst habe, weil die Bestimmungen der Wiener Stadtverfassung analog auf die Antragsgegnerin anzuwenden seien, was eine Kontrolle der Stadt Wien über die Antragsgegnerin wie über eine eigene Dienststelle ausschließe, so ist dem Folgendes entgegenzuhalten:

Die Beschlussfassung des Wiener Gemeinderates vom 29.6.2016 hat sich nicht auf die Genehmigung des Rechtsgeschäftes selbst, sondern auf die Zurverfügungstellung der Mittel dafür bezogen. Die Antragsgegnerin ist nach § 19 des Wiener Stiftungs- und Fondsgesetzes mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet und damit auch berechtigt, Verträge abzuschließen. Sie unterliegt dabei nicht den Vorschriften der Wiener Stadtverfassung, da diese nur auf Rechtsgeschäfte der Stadt Wien anzuwenden sind. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, inwiefern eine allfällige Genehmigungspflicht durch den Wiener Gemeinderat, der ja ein verfassungsmäßiges Organ der Stadt Wien ist, die Kontrolle der Stadt Wien über eine juristische Person beschränken sollte. Anders, als in dem von der Antragstellerin dazu zitierten Urteil des EuGH zu TU Hamburg-Harburg, wird dadurch ja gerade nicht ein bestimmter Teil des Aufgabenbereiches dieser juristischen Person der Kontrolle der Stadt Wien entzogen, wie dies bei einer Universität hinsichtlich deren wissenschaftlichem Tätigkeitsfeld der Fall ist.

Im vorliegenden Fall hat sich die Beschlussfassung des Wiener Gemeinderates darüber hinaus nur auf die Zurverfügungstellung der Mittel für die Antragsgegnerin bezogen, wodurch die Antragsgegnerin berechtigt wurde, über diese Mittel zu verfügen. Die Finanzierung des Auftrages erfolgt somit durch die Antragsgegnerin.

Dass die Teilnahmeberechtigte behauptet hätte, die Erfüllung der satzungsgemäßen Aufgaben der Antragsgegnerin liege nur dann vor, wenn die Auftragsvergabe nicht an dritte Unternehmen erfolge, lässt sich dem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten nicht entnehmen. Die Teilnahmeberechtigte hat mit Schriftsatz vom 13.12.2016 lediglich darauf hingewiesen, dass der Wortlaut der Bezug habenden Beschlussfassung durch den Wiener Gemeinderat unterstreiche, dass die Zurverfügungstellung der Mittel für den gegenständlichen Auftrag dazu diene, dass die Antragsgegnerin ihren satzungsgemäßen Aufgaben und Zielsetzungen nachkommen könne.

Die Kontrolle der Stadt Wien über die Teilnahmeberechtigte ergibt sich schon daraus, dass diese eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Stadt Wien ihre einzige Gesellschafterin ist. Dass die Kriterien des Art. 12 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU auf die Teilnahmeberechtigte zutreffen, hat die Antragstellerin nicht in Frage gestellt und bestehen diesbezüglich auch keine Zweifel.

Da der gegenständliche Auftrag somit von einer durch die Stadt Wien wie eine eigene Dienststelle kontrollierten juristischen Person an eine weitere ebenfalls von der Stadt Wien wie eine eigene Dienststelle kontrollierten juristischen Person vergeben wurde, mehr als 80% der Tätigkeit der Teilnahmeberechtigten Aufgaben dienen, mit denen sie von der Stadt Wien betraut wurde und an der Teilnahmeberechtigten keine private Kapitalbeteiligung besteht, sind die in Art. 12 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Voraussetzungen erfüllt. Der Auftrag fällt somit nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

Zur Frage der Anwendbarkeit des BVergG 2006 auf den gegenständlichen Auftrag:

Einer Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU trotz fehlender Umsetzung ins innerstaatliche Recht steht die Tatsache entgegen, dass diese Regelung keine subjektiv-öffentlichen Rechte von Bürgern gegenüber dem Staat enthält, sondern ausschließlich den Anwendungsbereich der Richtlinie betrifft. Sie verpflichtet den Staat nicht zu einer bestimmten innerstaatlichen Regelung.

Die Antragsgegnerin hat jedoch auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 17.6.2014, Zahl 2013/04/0020, verwiesen. In diesem Erkenntnis hatte der Verwaltungsgerichtshof über die Frage abzusprechen, ob ein Vertrag betreffend die Erbringung von Dienstleistungen zwischen zwei Gebietskörperschaften im Wege der intrakommunaler Zusammenarbeit nach den Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe ohne vorherige Ausschreibung und ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens abgeschlossen werden durfte.

Der Verwaltungsgerichtshof zog zur Beurteilung dieser Frage die Judikatur des EuGH hinsichtlich der Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit (insb. Rs C-159/11 Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, Rs C-480/06 Stadtreinigung Hamburg, Rs C-324/07 Conditel Brabant, Rs C-386/11 Piepenbrock und Rs C-15/13 TU Hamburg Harburg) heran.

Der Verwaltungsgerichtshof kam zu dem Schluss, dass der von ihm zu beurteilende Vertrag betreffend eine interkommunale Zusammenarbeit zwischen zwei Gebietskörperschaften im Hinblick auf diese Judikatur, deren diesbezügliches Ergebnis in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU kodifiziert wurde, auch von der Anwendbarkeit des innerstaatlichen Vergaberechts ausgenommen ist, obwohl das BVergG 2006 derzeit eine derartige Ausnahme seiner Formulierung nach nicht vorsieht und auch im Zuge der Umsetzung dieser Richtlinie eine strengere Regelung treffen könnte.

Der Verwaltungsgerichtshof wies in seiner Entscheidung zunächst darauf hin, dass der Kompetenzbegriff „öffentliches Auftragswesen“ des Art. 14b B-VG im Sinne des Unionsrechtes auszulegen ist. Ist daher die Zusammenarbeit zwischen

Gebietskörperschaften vom Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union nicht erfasst, so soll eine solche Zusammenarbeit nach dem erkennbaren Willen des Verfassungsgesetzgebers auch nicht vom verfassungsrechtlichen Begriff des öffentlichen Auftragswesens iSd Art. 14b B-VG erfasst sein. Daraus ergebe sich bei gebotener verfassungskonformer Auslegung der einfachgesetzlichen Bestimmungen, dass die Zusammenarbeit zwischen zwei Gebietskörperschaften im Sinne der Judikatur des EuGH nicht vom sachlichen Geltungsbereich der Bestimmungen des BVergG 2006 und (des im beim Verwaltungsgerichtshof gegenständlichen Fall anwendbaren) NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes erfasst sei.

Der Verwaltungsgerichtshof verweist dazu auch auf die Erläuternden Bemerkungen zum BVergG 2006, wonach Begriffe, die aus dem EG-Recht übernommen wurden, unter Berücksichtigung der Ziele des gemeinsamen Marktes ausgelegt werden müssen. Seit dem Beitritt zur Europäischen Union sei für Österreich die gesamte einschlägige Judikatur des EuGH unmittelbar von Bedeutung. Weiters werde im Besonderen Teil der Erläuterungen zu § 10 BVergG 2006 dargestellt, dass die in dieser Bestimmung angeführten Ausnahmetatbestände taxativ seien und daher – ausgenommen durch die Judikatur des EuGH – nicht ergänzt werden könnten.

Die gegenständlich von Verwaltungsgericht Wien zu beurteilende horizontale In-house-Vergabe zwischen zwei von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen ist mit dem vom Verwaltungsgerichtshof im o.a. Verfahren entschiedenen Fall, der sich auf eine interkommunale Zusammenarbeit bezog, insofern vergleichbar, als es auch hier um die Frage geht, ob auf den verfahrensgegenständlichen Vertrag die innerstaatlichen Rechtsvorschriften über öffentliche Auftragsvergaben anzuwenden sind. Auch hier enthält das BVergG 2006 aktuell keine ausdrückliche Ausnahme. Die Richtlinie 2014/24/EU bestimmt jedoch in Art. 12 Abs. 2, dass ein öffentlicher Auftrag, der die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt, auch dann nicht vom Geltungsbereich der Richtlinie erfasst ist, wenn eine kontrollierte juristische Person diesen an eine andere von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierte Person vergibt, sofern am Auftragnehmer keine wesentliche private Kapitalbeteiligung besteht. Wie oben dargestellt, ist daher der

verfahrensgegenständliche Auftrag nicht vom Geltungsbereich der Richtlinie umfasst.

Der vom Verwaltungsgericht Wien zu beurteilende Fall unterscheidet sich von dem vom Verwaltungsgerichtshof entschiedenen dadurch, dass hinsichtlich der horizontalen In-house-Vergabe („Schwesternvergabe“) die hinsichtlich der interkommunalen Zusammenarbeit vorhandene und vom Verwaltungsgerichtshof zitierte Judikatur des EUGH weitgehend fehlt. Zwar wurde dem EuGH im Verfahren C-15/13, TU Hamburg Harburg, die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob unter einem „öffentlichen Auftrag“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit a der Richtlinie 2004/18 auch ein Vertrag zu verstehen sei, bei dem der Auftraggeber den Auftragnehmer zwar nicht wie eine eigene Dienststelle kontrolliert, aber sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer von demselben Träger, der seinerseits öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/18 ist, kontrolliert werden und der Auftraggeber und der Auftragnehmer im Wesentlichen für den gemeinsamen Träger tätig werden.

Der EUGH hat diese Frage jedoch nicht abschließend beantwortet, da das Vorliegen eines In-house-Geschäfts im zu Grunde liegenden Fall bereits mangels ausreichender Kontrolle der Stadt Hamburg über die Universität auszuschließen war. Er hat sich jedoch auch nicht dahingehend ausgesprochen, dass eine solche Konstellation jedenfalls als ein solcher öffentlicher Auftrag anzusehen ist.

Im Hinblick darauf, dass in der Richtlinie 2014/24/EU sowohl die interkommunale Zusammenarbeit (Art. 12 Abs. 4) als auch die horizontale In-house-Vergabe (Art. 12 Abs. 2 2. Fall) vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind und diese Bestimmungen nach Punkt 31 der Erwägungen einer Präzisierung, in welchen Fällen im öffentlichen Sektor geschlossene Verträge von der Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen seien, dienen sollen und damit keine Neuregelung darstellen, ist davon auszugehen, dass auch hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen horizontalen In-house-Vergabe die Begründung der o.a. Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs einschlägig ist.

Nach der Judikatur des EUGH soll die Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge öffentliche Stellen nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben auszuüben, indem sie ihre eigenen Mittel verwenden. Es soll lediglich sichergestellt werden, dass eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister besser gestellt wird, als seine Wettbewerber (siehe auch Rs C-159/11 Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce).

Diese Rücksichten werden nicht verletzt, wenn der gegenständliche Vertrag als auch vom innerstaatlichen Vergaberecht ausgenommen qualifiziert wird, da durch die Auftragserteilung durch die Antragsgegnerin an die Teilnahmeberechtigten kein privates Unternehmen besser gestellt wird, als ein anderes.

Der verfahrensgegenständliche Auftrag fällt aus den dargestellten Erwägungen nicht unter den Anwendungsbereich des BVergG 2006. Eine Ausschreibung nach den Vorschriften des BVergG 2006 hatte nicht stattzufinden. Der Feststellungsantrag war daher abzuweisen.

Da eine Nichtigerklärung des Vertrages gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014 nur im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 bis 5 zu erfolgen hat, der Feststellungsantrag im vorliegenden Verfahren jedoch abgewiesen wurde, war auch dem Antrag auf Nichtigerklärung des Vertrages nicht stattzugeben.

Der von der Antragstellerin in ihrem Feststellungsantrag gestellte Antrag auf Akteneinsicht wurde in der mündlichen Verhandlung nicht wiederholt. Es ist auch nicht erkennbar, welche „Aktenteile“ die Antragstellerin für die Wahrnehmung ihrer Rechte benötigt hätte, zumal gegenständlich von der Antragsgegnerin kein formaler Vergabeakt angelegt wurde. Die von der Antragsgegnerin übermittelten Unterlagen bestehen im Wesentlichen aus dem Auftragschreiben vom 23.5.2016 und der Vorkorrespondenz. Im Übrigen handelt es sich bei der entscheidungsrelevanten Fragestellung um rechtliche Überlegungen. Weiters

wurde hinsichtlich der Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrags ohnedies der Argumentation der Antragstellerin gefolgt.

Die Schriftsätze der anderen Parteien im Feststellungsverfahren wurden der Antragstellerin übermittelt und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben.

Die Entscheidung stützt sich hinsichtlich der Frage, wie hoch der Anteil der Tätigkeiten der Teilnahmeberechtigten für die Stadt Wien ist, u.a. auf das von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Schreiben ihres Steuerberaters vom 15.11.2016. Dieses Schreiben sollte laut der Teilnahmeberechtigten jedenfalls von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Eine solche war auch nicht erforderlich, zumal die Antragstellerin nicht bestritten hat, dass die Teilnahmeberechtigten mehr als 80% ihrer Leistungen für die Stadt Wien erbringt.

Zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 21.12.2016 ist Folgendes festzuhalten:

Der im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2016 festgehaltene Ablauf der mündlichen Verhandlung entspricht zusammengefasst dem Vorbringen der Parteien. Das Protokoll wurde von den Mitgliedern des Senats unterfertigt. Die wortwörtliche Protokollierung der Verlesung vorbereiteter Schriftsätze durch Parteienvertreter ist im WVRG 2014 bzw. im AVG nicht vorgesehen.

Im Übrigen hat die Antragstellerin nicht dargetan, inwiefern die von ihr gerügten Abweichungen der Protokollierung von ihrem vorbereiteten Schriftsatz einen Einfluss auf die Entscheidung über den gegenständlichen Feststellungsantrag hatten. Ein solcher Einfluss ist auch im Hinblick darauf nicht erkennbar, dass sich die von der Antragstellerin monierten Formulierungen ausschließlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und damit auf die Rechtzeitigkeit ihres Antrags bezogen. In der Entscheidung wurde aber ohnedies davon ausgegangen, dass der Feststellungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag auch nicht teilweise obsiegt hat, hatte kein Gebührenersatz zu erfolgen.

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, und hinsichtlich derer eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt. Diese Rechtsfrage liegt gegenständlich darin, ob die vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17.6.2014, Zahl 2013/04/0020, ausgesprochene Rechtsansicht, dass eine interkommunale Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften, die den Kriterien der Judikatur des EUGH entspricht, nicht nur vom Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union ausgenommen ist, sondern auch die innerstaatlichen Normen des Vergaberechts darauf nicht anwendbar sind, auch auf den vorliegenden Fall einer horizontalen In-house-Vergabe in Form einer „Schwesternvergabe“ anzuwenden ist.

Die übrigen im Erkenntnis beantworteten Rechtsfragen bewegen sich im Rahmen der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, weshalb diesbezüglich keine ordentliche Revision zulässig ist.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Mag.^a Mandl