



GZ: N/0057-BVA/13/2011-23

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Michael Fruhmann als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „GIS Inkassodienstleistungen“ der Auftraggeberin GIS Gebühren Info Service GmbH, Operngasse 20b, 1040 Wien, vertreten durch X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

I.

Der Antrag vom 24. Juni 2011 "*das Bundesvergabeamt wolle das Ausscheiden des Teilnahmeantrags der A*** im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Dienstleistungskonzession „Inkassodienstleistungen“ für nichtig erklären*" wird gemäß § 11 BVergG 2006 zurückgewiesen.

II.

Der Antrag vom 24. Juni 2011 "*in jedem Fall wolle GIS Gebühren Info Service GmbH verhalten werden, der Antragstellerin die für Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgelegten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen*" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen.

B e g r ü n d u n g

1. Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 24. Juni 2011, beim BVA eingelangt am 27. Juni 2011, begehrte die Antragstellerin "das Bundesvergabeamt wolle das Ausscheiden des Teilnahmeantrags der A*** im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Dienstleistungskonzession „Inkassodienstleistungen“ für nichtig erklären", eine mündliche Verhandlung anberaumen, eine einstweilige Verfügung erlassen sowie der Auftraggeberin den Pauschalgebührenersatz auferlegen.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass sie von der Auftraggeberin zur Abgabe eines Teilnahmeantrags im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Dienstleistungskonzession „Inkassodienstleistungen“ im Rahmen eines 2-stufigen nicht offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach den Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2006 eingeladen worden sei. Die Antragstellerin habe einen entsprechenden Teilnahmeantrag gelegt. Mit Schreiben vom 16.06.2011, zugestellt am 16.06.2011 im elektronischen Wege, sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass der Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt werden könne, bzw. dass die Antragstellerin von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei.

Die Entscheidung der Ausscheidung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin erweise sich als rechtswidrig. Entgegen der Auffassung von GIS sei dem Schreiben vom 07.06.2011, in dem anscheinend irrtümlich von der Antragstellerin eine Urkunde zur Vorlage abgefordert worden sei, auf deren damalige Existenz, konkret zum Zeitpunkt der Überreichung des Teilnahmeantrages, sich die Antragstellerin tatsächlich gar nicht berufen habe, nicht nur entsprochen worden, vielmehr sei nicht zuletzt auch im Sinne des § 70 BVergG bereits die Bestätigung der Versicherung über die Erhöhung der Pauschalversicherungssumme auf EUR 2.000.000,00 mit

Wirkung vorn 01.07,2011, somit 6 Monate vor dem tatsächlich geforderten Beginn der Versicherungsdeckung, in Vorlage gebracht worden. Ungeachtet dessen gelange die GIS zu der unhaltbaren Rechtsauffassung, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe über die geforderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ebenso wenig verfügt habe, wie zum Zeitpunkt der Abgabe der Teilnahmeunterlagen (07.06.2011).

Im Zuge der Benachrichtigung der Antragstellerin seitens der Auftraggeberin vom 16.06.2011 sei weiters mitgeteilt worden, dass bei einer unpräjudiziellen Durchsicht und Bewertung der Unterlagen die Antragstellerin ohnehin an 4. Steile zu reihen gewesen wäre, da eine A1-Telekom Referenz nicht gewertet werden könne. Tatsache sei, dass dem Teilnahmeantrag seitens der Antragstellerin bereits die geforderten Referenzen beigefügt worden seien. Der anscheinend seitens der Auftraggeberin erhobene Vorwurf, dass der Hinweis zur Referenz der A1-Telekom Austria nicht firmenmäßig gefertigt sei, erweise sich schon allein deswegen als haltlos, als dies weder in den Ausschreibungsunterlagen gefordert worden sei, vielmehr sei von Formfreiheit auszugehen, noch eine entsprechende Nachreichung hinreichend konkretisiert von der Antragstellerin gefordert worden sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29. Juni 2011 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die GIS Gebühren Info Service GmbH sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um eine Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 608.000,-- die in einem nicht offenen Verfahren vergeben werden solle. Die Bekanntmachung sei am 4. Mai 2011 bzw am 6. Mai 2011 erfolgt. Da es sich um eine Dienstleistungskonzession handle, sei das Bundesvergabeamt für das Nachprüfungsverfahren und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung unzuständig.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 1. Juli 2011, N/0057-BVA/13/2011-EV9, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, das Vergabeverfahren fortzusetzen.

Die Auftraggeberin brachte weiters zusammengefasst und soweit entscheidungsrelevant vor, dass sie in der Bekanntmachung und in den Teilnahmeunterlagen mehrfach unmissverständlich von einer Dienstleistungskonzession gesprochen habe und damit klar zum Ausdruck gebracht habe, dass das wirtschaftliche Risiko der Erbringung der Leistung der Auftragnehmer zu tragen habe. Den Teilnahmeunterlagen sei zu entnehmen, dass der Auftraggeber keine Kosten aus der Beteiligung der Inkassodienstleistungen zu tragen beabsichtige und der Auftragnehmer die Gebühren im gesetzlichen Rahmen an den Schuldner verrechnen solle. Aus wirtschaftlicher und damit aus vergaberechtlicher Sicht bedeute das ausgeschriebene Inkassogeschäft, wie es bei Großgläubigern üblich sei, dass das Risiko der Eintreibung das Inkassounternehmen allein trage. Sollte das Inkassounternehmen nicht erfolgreich sein und keine Inkassogebühren einbringlich machen, habe das Inkassounternehmen seine mit den Beteiligungen verbundenen Kosten (zum Beispiel Personalkosten, Anwaltskosten, Raumkosten etc.) selbst zu tragen, ohne eine Vergütung seitens des Gläubigers zu erlangen. Die Erlöse/Zahlungen würden wirtschaftlich betrachtet ausschließlich von Dritten also den Schuldnern stammen. Wirtschaftlich betrachtet habe das Inkassounternehmen den Forderungsbestand des Auftraggebers zu bewirtschaften. Das Inkassounternehmen finanziere sich wirtschaftlich betrachtet ausschließlich von Zahlungen Dritter, die es abhängig von seinem Erfolg zunächst im fremden Namen vereinnahme und danach nach Rechnungslegung an den Gläubiger von seinem Fremdkonto auf das eigene Erlöskonto umbuche. Eine Zahlung des Gläubigers selbst erfolge nicht.

Die Antragstellerin brachte dazu zusammengefasst und soweit entscheidungsrelevant vor, dass es sich bei dem gegenständlichen Auftrag nicht um eine Dienstleistungskonzession handeln würde. Dies deshalb, weil gemäß den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen des § 118 GewO sowie des § 1333 ABGB der Auftraggeber bei Inkassodienstleistungen jedenfalls verpflichtet sei, ein Entgelt zu leisten, da nur der Auftraggeber gegen den Schuldner einen Zahlungsanspruch für die Inkassodienstleistung aus dem Titel des Schadenersatzes habe. Das Inkassounternehmen selbst habe aufgrund der Inkassodienstleistung keinen Anspruch gegen den Schuldner sondern nur gegen den Auftraggeber. Der

Leistungsaustausch finde zwischen dem Inkassounternehmen und dem Gläubiger ("GIS") statt. Der mit der Verpflichtung zur Zahlung des Werklohns/Honorars an das Inkassobüro belastete Gläubiger sei unter den Voraussetzungen und den Einschränkungen des § 1333 ABGB berechtigt, den ihm entstandenen Schaden, der unter anderem eben auch darin bestehe, dass er eine Forderung des Inkassobüros für die erbrachten Leistungen zu erfüllen habe, gegen den Schuldner geltend zu machen. Unmittelbar anspruchsberechtigt sei hier ausschließlich der Gläubiger ("GIS"), niemals das Inkassobüro. Es liege daher ein "herkömmlicher" Dienstleistungsvertrag vor.

Am 25. Juli 2011 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei hat die Antragstellerin angegeben, dass *"in diesem Vergabeverfahren das sich um diesen Auftrag bewerbende Inkassounternehmen unter keinen denkbaren Umständen einen Anspruch auf Deckung irgendeines Aufwandes für Personal- und/oder Sachaufwand haben soll; vielmehr ist dieser ausschließlich durch vom Schuldner vereinnahmte Inkassogebühren zu decken, unabhängig von der sogenannten Einbringlichkeitsquote. Die Einbringlichkeitsquote ist die Erfolgsquote des Inkassounternehmens: Auftragsvolumen in Forderungshöhe gegenüber eingebrachten Volumen. Das wirtschaftliche Risiko dafür, dass dem Inkassobüro finanzielle Mittel zur Bedeckung der Inkassotätigkeit zufließen trägt nach dem Inhalt der Ausschreibung und dem Verständnis der Antragstellerin darüber ausschließlich das Inkassounternehmen. Damit kann dem Auftraggeber, im konkreten Falle wäre dies die GIS, kein wie immer gearteter Aufwand für die Inkassotätigkeit entstehen, sodass dessen Geltendmachung aus dem Titel des Schadenersatzes gegenüber dem Schuldner jede Grundlage fehlen würde."*

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

2. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die GIS Gebühren Info Service GmbH hat zur Beschaffung von Inkassodienstleistungen einen Auftrag im Wege eines nicht offenen Verfahrens nach

vorheriger Bekanntmachung mit einem geschätzten Auftragswert von € 608.000,--
ausgeschrieben. (Schreiben der Auftraggeberin vom 29. Juni 2011)

Die Ausschreibungsunterlagen bestehen unter anderem aus den folgenden
Dokumenten:

1) *"Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags im Zusammenhang mit dem
Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Dienstleistungskonzession*

"Inkassodienstleistungen": Hier wird unter anderem der Leistungsgegenstand
definiert; die Überschrift zu Punkt 1.2 lautet: *"Rahmenvereinbarung-
Dienstleistungskonzession"*

2) *"Teilnahmeantrag im Zusammenhang mit dem Abschluss einer*

Rahmenvereinbarung für die Dienstleistungskonzession "Inkassodienstleistungen"

3) *"Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags im Zusammenhang mit dem
Abschluss einer Rahmenvereinbarung für Inkassodienstleistungen für die GIS*

Gebühren". Der 1. und 2. Absatz des Punktes *"2 Inkasso"* lautet:

"Der GIS Gebühren Info Service GmbH sollen durch die Betreuung der

*Inkassodienstleistungen keine Kosten entstehen, d. h. der AN soll die Gebühren im
gesetzlich vorgesehenen Rahmen an den Schuldner verrechnen.*

Bei der Widmung der eingehenden Zahlungen müssen zuerst das Kapital und die

Mahn- und/oder Bankgebühren des AG und danach die Gebühren des AN abgedeckt

werden." (vorgelegter Akt des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin hat einen Teilnahmeantrag gestellt. Die Auftraggeberin hat der
Antragstellerin mit Schreiben vom 16. Juni 2011 mitgeteilt, dass ihr Teilnahmeantrag
nicht berücksichtigt werden kann und ausgeschrieben wird. (Schreiben der
Antragstellerin vom 24. Juni 2011; Schreiben der Auftraggeberin vom 29. Juni 2011)

3. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, es handle sich bei dem
gegenständlichen Vergabeverfahren nicht um eine Dienstleistungskonzession
sondern um einen Dienstleistungsauftrag, weshalb das Bundesvergabeamt in der
gegenständlichen Sache zuständig sei.

Die Auftraggeberin hat zusammengefasst vorgebracht, dass es sich im gegenständlichen Fall um eine Dienstleistungskonzession handeln würde. Sie habe in der Bekanntmachung und in den Teilnahmeunterlagen mehrfach unmissverständlich von einer Dienstleistungskonzession gesprochen und damit klar zum Ausdruck gebracht habe, dass das wirtschaftliche Risiko der Erbringung der Leistung der Auftragnehmer zu tragen habe. Den Teilnahmeunterlagen sei zu entnehmen, dass der Auftraggeber keine Kosten aus der Beteiligung der Inkassodienstleistungen zu tragen beabsichtige und der Auftragnehmer die Gebühren im gesetzlichen Rahmen an den Schuldner verrechnen solle.

Aus § 11 BVergG ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt für die Nachprüfung betreffend die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht zuständig ist. Es ist daher zu prüfen, ob es sich im gegenständlichen Fall um eine Dienstleistungskonzession handelt.

§ 8 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet:

"Dienstleistungskonzessionsverträge sind Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht."

Die Materialien dazu (1171 der Beilagen XXII. GP 28) lauten:

"Zu § 8 (Dienstleistungskonzessionsverträge):

Die Regelung setzt Art. 1 Abs. 4 der RL 2004/18/EG um. Im Sinne einer möglichst großen Offenheit gegenüber der Judikatur des EuGH wurde ebenso wie auch in der RL 2004/18/EG davon abgesehen, weitere mögliche Elemente in die Definition aufzunehmen. Soweit derartige Elemente durch die Judikatur bereits klargestellt worden sind (das Element des Risikoübergangs auf den Konzessionär stellt nach der Judikatur des EuGH - vgl. Rs C-231/03, Contse, Rs C-458/03, Parking Brixen - ein wesentliches Element eines Dienstleistungskonzessionsverhältnisses dar), sind sie ohnehin für die Beurteilung über das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession maßgeblich, soweit noch Spielraum für weitergehende Klarstellungen besteht, wird durch die offene Definition vermieden, dass zum Zweck der Anpassung an die Rechtsprechung des EuGH Gesetzesänderungen notwendig werden. (Zu den Merkmalen einer Dienstleistungskonzession vgl. ebenfalls die Schlussanträge von Generalanwalt Alber in der Rs C-108/98, RI.SAN Srl gegen Comune di Ischia, Rz 50, sowie die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen

im Gemeinschaftsrecht, ABI. Nr. C 121 vom 29. April 2000, S 2). Siehe auch die Regelung in § 11 sowie die Erläuterungen dazu."

Das Urteil des EuGH vom 10.3.2011, C-274/09, *Krankentransport Stadler*, lautet auszugsweise:

"24 Aus dem Vergleich der Definitionen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags und der Dienstleistungskonzession in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d bzw. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 geht hervor, dass der Unterschied zwischen einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen liegt. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die, wenn sie auch nicht die einzige Gegenleistung darstellt, vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 39, und *Kommission/Italien*, Randnrn. 33 und 40), während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. September 2009, *Eurawasser*, C-206/08, Slg. 2009, I-8377, Randnr. 51).

25 Im Fall eines Vertrags über Dienstleistungen genügt der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, dem in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Erfordernis einer Gegenleistung (vgl. Urteil *Eurawasser*, Randnr. 57).

26 Auch wenn die Art der Vergütung somit eines der ausschlaggebenden Kriterien für die Einordnung als Dienstleistungskonzession darstellt, ergibt sich aus der Rechtsprechung darüber hinaus, dass bei einer Dienstleistungskonzession der Konzessionär das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernimmt und dass die fehlende Übertragung des mit der Erbringung der Dienstleistungen verbundenen Risikos auf den Dienstleistungserbringer darauf hinweist, dass es sich bei dem betreffenden Vorgang um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt und nicht um eine Dienstleistungskonzession (Urteil *Eurawasser*, Randnrn. 59 und 68 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

27 Wie sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergibt, erfolgt im Ausgangsverfahren die Vergütung des Rettungsdienstleisters nicht durch den öffentlichen Auftraggeber, der den fraglichen Vertrag vergeben hat, sondern durch die Benutzungsentgelte, die er nach dem BayRDG bei den Sozialversicherungsträgern, deren Versicherte die Rettungsdienste in Anspruch genommen haben, oder bei Privatversicherten und Nichtversicherten, denen solche Dienstleistungen zuteil geworden sind, erheben darf.

28 Die Tatsache, dass die Höhe der Benutzungsentgelte nicht einseitig vom Rettungsdienstleister, sondern im Wege der Vereinbarung mit den Sozialversicherungsträgern festgelegt wird, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Juni 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, Slg. 2009, I-4779, Randnrn. 40 bis 59), und dass diese Entgelte nicht unmittelbar von den Nutzern dieser Dienstleistungen an den ausgewählten Dienstleister gezahlt werden, sondern durch eine Zentrale Abrechnungsstelle, die mit der Einziehung und Auszahlung dieser Entgelte in regelmäßigen Abschlagszahlungen beauftragt ist, hat keine Auswirkung auf diese Feststellung.

Dies ändert nämlich nichts daran, dass sämtliche Entgelte, die an den Dienstleistungserbringer gezahlt werden, von Personen stammen, die von dem öffentlichen Auftraggeber, der den Vertrag an ihn vergeben hat, verschieden sind.

29 In einem Verfahren wie dem Ausgangsverfahren ist für die Annahme einer Dienstleistungskonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 noch zu prüfen, ob die vereinbarte Art der Vergütung im Recht des Leistungserbringers besteht, die Dienstleistung zu verwerten, und die Übernahme des mit den fraglichen Dienstleistungen verbundenen Betriebsrisikos durch den Leistungserbringer zur Folge hat. Dieses Risiko kann zwar von Beginn an erheblich eingeschränkt sein; für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ist allerdings erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber das volle von ihm getragene Risiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt (vgl. in diesem Sinne Urteil Eurawasser, Randnrn. 77 und 80).

[...]

37 Insoweit ist zu beachten, dass das wirtschaftliche Betriebsrisiko der Dienstleistung als das Risiko zu verstehen ist, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein (vgl. in diesem Sinne Urteil Eurawasser, Randnrn. 66 und 67), das sich im Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden, dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen oder dem Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung äußern kann (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. Oktober 2005, Contse u. a., C-234/03, Slg. 2005, I-9315, Randnr. 22, und Hans & Christophorus Oymanns, Randnr. 74)."

Wie sich einerseits aus § 8 BVergG 2006 und andererseits aus den oben genannten Materialien und der oben genannten jüngeren Judikatur des EuGH ergibt sind Dienstleistungskonzessionsverträge Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung (oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises) besteht, wobei der Konzessionär das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernimmt. Dieses Risiko kann zwar von Beginn an erheblich eingeschränkt sein; für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ist allerdings erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber das volle von ihm getragene Risiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt. Das wirtschaftliche Betriebsrisiko der Dienstleistung ist als das Risiko zu verstehen, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein, zum Beispiel dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden. Es schadet nicht, wenn Entgelte nicht unmittelbar von den Nutzern dieser Dienstleistungen an den ausgewählten Dienstleister gezahlt werden, solange sich nichts daran ändert,

dass sämtliche Entgelte, die an den Dienstleistungserbringer gezahlt werden, von Personen stammen, die von dem öffentlichen Auftraggeber, der den Vertrag an ihn vergeben hat, verschieden sind.

In der gegenständlichen Sache ist in der "*Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung für Inkassodienstleistungen für die GIS Gebühren*", 1. Absatz des Punktes "*2 Inkasso*" vorgesehen, dass durch die Betreibung der Inkassodienstleistungen der Auftraggeberin keine Kosten entstehen sollen und der Auftragnehmer die Gebühren im gesetzlich vorgesehenen Rahmen an den Schuldner verrechnen soll. Die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen besteht somit ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung.

Aus dem 1. Absatz des Punktes "*2 Inkasso*" und auch aus dem 2. Absatz dieses Punktes, wonach bei der Widmung der eingehenden Zahlungen zuerst das Kapital und die Mahn- und/oder Bankgebühren des Auftraggebers und (erst) danach die Gebühren des Auftragnehmers abgedeckt werden müssen, ergibt sich, dass der Konzessionär das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen in vollem Umfang übernimmt, da er dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der Gebühren schulden, ausgesetzt ist. Dies hat selbst die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zugestanden.

Aus dem 1. Absatz des Punktes "*2 Inkasso*" und auch aus dem 2. Absatz dieses Punktes, geht auch klar hervor, dass grundsätzlich sämtliche Entgelte, die an den Dienstleistungserbringer gezahlt werden, von den Schuldnern, also von Personen stammen, die von dem öffentlichen Auftraggeber, der den Vertrag an ihn vergeben hat, verschieden sind, auch wenn sie möglicherweise - worauf die Antragstellerin hingewiesen hat - aus rechtlichen Gründen, die bei der hier anzuwendenden wirtschaftlichen Betrachtung nicht wesentlich sind, im Zuge eines Gerichtsverfahrens im Wege des gegenüber dem Schuldner anspruchsberechtigten Auftraggebers geltend gemacht werden und erst dann an den Konzessionär fließen (vgl dazu den

vergleichbaren Fall im Urteil des EuGH vom 10.3.2011, C-274/09, *Krankentransport Stadler*, Rz 28).

Es handelt sich somit im gegenständlichen Fall um eine Dienstleistungskonzession, was auch für die Antragstellerin nicht überraschend sein kann, da sich in den (unangefochten gebliebenen) Ausschreibungsunterlagen mehrfach ein Hinweis darauf findet (vgl. Punkt 2. Sachverhalt). Das Bundesvergabeamt ist daher für die gegenständliche Sache nicht zuständig.

4. Gebührenersatz durch den Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt 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.

(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."

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 2490,- entrichtet. Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde besteht für die Antragstellerin gemäß § 319 BVergG 2006 kein Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 entrichteten Gebühren.

Wien, am 28. Juli 2011

Der Vorsitzende des Senats 13:

MR Mag. Thomas Gruber