

ADVOKATUR
DR. HERBERT SCHÖPF LL.M.

Rechtsanwalt-GmbH
Europarechtsexperte



Consolato Onorario d'Italia
Innsbruck

Dr. Herbert Schöpf, LL.M.
Geschäftsführender Gesellschafter
Rechtsanwalt
Konsul

Dr. Nikolaus Mair
em. Rechtsanwalt, juristischer Mitarbeiter

Ing. MMag. Peter Kirchmair, Bakk. techn.
Rechtsanwaltsanwärter mit Rechtsanwaltsprüfung

Mag. Verena Keckeis
Rechtsanwaltsanwärterin

Kanzlei Arkadenhof Innsbruck
Maria-Theresien-Straße 34
6020 Innsbruck

Sprechstelle Zillertal
Dorfstraße 11
6273 Ried im Zillertal

Sprechstelle Kitzbühel
Wegscheidgasse 16
6370 Kitzbühel

Tel.: +43/(0)512/584424
Fax: +43/(0)512/584424-44
www.advokatur.tirol
advokatur@dr-schoepf.at
in Konsulatsangelegenheiten:
innsbruck.onorario@esteri.it

An das
Land Tirol
Eduard-Wallnöfer-Platz 3
6020 Innsbruck

Innsbruck, 15.01.2025

Betreff: Land Tirol – Neubau MCI Campus
RA Prof. Dr. Michael Breitenfeld
Vergaberechtliches Strategiepapier

Sehr geehrte Damen und Herren!

Dem von Herrn Kollegen Prof. Dr. Michael Breitenfeld übermittelten „*vergaberechtlichen Strategiepapier*“ liegt der über meine Kanzlei im Vollmachtsnamen des Landes Tirol und der Bundesimmobiliengesellschaft erteilte Auftrag für eine rechtliche Stellungnahme zum angedachten „*BIG-Modell*“ zugrunde:

„Die Kernfrage ist, ob ohne öffentliche Ausschreibung nach dem Vergaberegime des Bundesvergabegesetzes die Stadt Innsbruck der BIG auf dem Projektgrundstück „Fenner Areal“ ein Baurecht einräumen bzw. das Eigentum an diese Liegenschaft übertragen und infolge die BIG den „Neubau MCI Campus“ als Bauherr auf eigene Kosten und eigenes Risiko realisieren und mit dem MCI als Nutzer einen Mietvertrag abschließen kann, wenn das Land Tirol die vom MCI an die BIG zu leistende Mieten (mit welcher die Errichtungskosten für den Neubau refinanziert werden) über einen Fördervertrag mit dem MCI finanziert.“

Bankverbindungen:

Kanzleikonto Raiffeisen-Landesbank Tirol AG, BLZ 36000, Nr. 609.727
(IBAN: AT26360000000609727, BIC: RZTIAT 22)
Treuhandkonto Raiffeisen-Landesbank Tirol AG, BLZ 36.000, Nr. 665.935
(IBAN: AT72360000000665935, BIC: RZTIAT 22)

FN 456218i
ATU 71242924

Mitglied des Treuhandverbandes der Tiroler Rechtsanwaltskammer



Das Land Tirol hat die Absicht gehabt, selbst als Bauherr das Bauvorhaben „*Neubau MCI Campus*“ zu realisieren und hat deshalb auch selbst als öffentlicher Auftraggeber die TU-Leistungen nach dem Vergaberegime des BVerG ausgeschrieben. Der angedachten Variante, dass die BIG das Bauvorhaben realisiert, liegt der Gedanke zugrunde, dass das Land Tirol mit der weiteren Planung und Abwicklung des Bauvorhabens nichts mehr zu tun hat. Die Rolle des Landes Tirol sollte sich beim „*BIG-Modell*“ auf reine Geldleistungen – konkret auf jährlich fixe Förderbeträge an das MCI – beschränken. Das Land Tirol wollte mit dem „*BIG-Modell*“ nicht mehr das „*Bauherrenrisiko*“ für die Realisierung des Projektes „*Neubau MCI Campus*“ übernehmen und auch nicht die „*Gesamterrichtungskosten*“ in den Landeshaushalt als „*Finanzierungskosten*“ aufnehmen.

Im Auftragsschreiben wurde Herrn Kollegen Prof. Dr. Michael Breitenfeld auch mitgeteilt, dass die Abteilung Justizariat des Landes Tirol und meine Person das angedachte „*BIG-Modell*“ vergaberechtlich kritisch beurteilen und wurde dies wie folgt begründet:

„Aufgrund des der BIG als Bauherr vorzugebenden Raum- und Funktionsprogramms samt Vorentwurfsplanung ist unseres Erachtens von einem „Bestellbau“ und damit von einem ausschreibungspflichtigen Bauauftrag im Sinne des BVerG auszugehen; dies auch in den unterschiedlichsten Konstellationen:

a) Verknüpft das Land Tirol im Zusammenhang mit dem „Auftraggeberwechsel“ betreffend die ARGE PORR / ORTNER die Verpflichtung, dass die BIG das vorliegende Raum- und Funktionsprogramm samt Planung der Henning Larsen Architects umsetzen muss, so bleibt es unseres Erachtens, auch dann bei einem ausschreibungspflichtigen Bauauftrag, wenn das Land Tirol nicht direkt die Bauleistungen der BIG bezahlt, sondern dies über Förderungen via dem MCI als Mieter erfolgt. Auch wenn man argumentieren kann, dass ein Fördervertrag unentgeltlich und damit grundsätzlich kein Bauauftrag ist, besteht die Gefahr eines vergaberechtlichen Umgehungsgeschäftes. Dies insbesondere deshalb, weil sich das Land Tirol im Fördervertrag mit dem MCI entsprechende Sicherheiten vorbehalten muss, dies betreffend die Nutzung des Neubaus als Bildungseinrichtung für das MCI mit einer festzulegenden Mindestlaufzeit gegebenenfalls einem Recht auf Bestimmung einer eventuellen Nachnutzung bzw. Recht auf Übernahme des MCI-Gebäudes (Eintrittsrecht als Baurechtsnehmer/Grundeigentümer).



- b) *Verknüpft die Stadt Innsbruck im Zusammenhang mit der Einräumung des Baurechts oder der Übertragung des Eigentumsrechtes an der Projektliegenschaft „Fenner Areal“ an die BIG die Bedingung, dass die BIG verpflichtet ist, dem „Neubau MCI Campus“ nach dem vom MCI als Nutzer vorgegebenen Raum- und Funktionsprogramms und (gegebenenfalls) nach der Planung der Henning Larsen Architects zu realisieren, so liegt unseres Erachtens ebenfalls ein „Bestellbau“ und damit ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag vor und greift der Ausnahmetatbestand nach § 9 Abs 1 Z 10 BVergG nicht. Im Entwurf für den Baurechtsvertrag der Stadt Innsbruck mit dem Land Tirol (und auch in einer vorangegangenen Grundsatzvereinbarung) ist explizit festgehalten, dass auf der Baurechtsliegenschaft das aus dem Architekturwettbewerb hervorgegangene Siegerprojekt (somit die Planung der Henning Larsen Architects) umzusetzen ist.*
- c) *Verknüpft das MCI als Nutzer im Zusammenhang mit dem Abschluss des Mietvertrages mit der BIG die Bedingung, dass die BIG verpflichtet ist, den „Neubau MCI Campus“ nach dem vom MCI als Nutzer vorgegebenen Raum- und Funktionsprogramms und (gegebenenfalls) nach der Planung der Henning Larsen Architects zu realisieren, so liegt unseres Erachtens ebenfalls ein „Bestellbau“ und damit ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag vor, da das MCI – ungeachtet der Frage, ob das MCI eine Einrichtung des öffentlichen Rechtes im Sinne des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG ist – für die Bezahlung der Mieten (mit welchen die Errichtungskosten des „Neubau MCI Campus“ refinanziert werden) jedenfalls öffentliche Gelder erhält (Förderungen / Subventionen), mit welchen mehr als 50% der Errichtungskosten des „Neubau MCI Campus“ finanziert werden. Da die vom Land Tirol jährlichen Fördermittel an das MCI (für den „Neubau MCI Campus“ wohl ein zweistelliger Millionenbetrag) schon aus förderrechtlichen Gründen zweckgewidmet für die Refinanzierung der Errichtungskosten für den „Neubau MCI Campus“ verwendet werden müssen, ist unseres Erachtens von einer „direkten Subvention“ eines Bauauftrages im Sinne des § 4 Abs 2 BVergG für ein Hochschulgebäude (Anhang II leg cit) auszugehen und ist daher nach der zitierten Gesetzesstelle dieser Bauauftrag öffentlich auszuschreiben.“*

Herr Kollege Prof. Dr. Michael Breitenfeld hat unter Bezugnahme auf den vorzitierten



Auftragssachverhalt vorab mitgeteilt:

„Die einzige Chance die ich zur Zeit sehe, ohne öffentliche Ausschreibung das Projekt zu realisieren, ist eine Öffentlich-Öffentliche Kooperation. Als Basis meiner Überlegungen würde ich das Urteil des EuGHs vom 28.05.2020, Rs C-796/18 heranziehen.“

Herr Kollege Prof. Dr. Michael Breitenfeld hat sein „*vergaberechtliches Strategiepapier*“ übermittelt und in dem Begleitschreiben dazu folgendes festgehalten:

„Beiliegend finden Sie das angekündigte „vergaberechtliche Strategiepapier“ zur Information. Darin habe ich dargestellt, wie eine Öffentlich-Öffentliche Kooperation funktionieren könnte.

Sollten die dafür erforderlichen Rahmenbedingungen nicht möglich sein, wäre – wie ebenfalls bereits telefonisch erörtert – eine Neuausschreibung des Projektes erforderlich.“

Die von Herrn Kollegen Prof. Dr. Michael Breitenfeld angesprochene ausschreibungsfreie „*Öffentlich-Öffentliche Kooperation*“, deren Anwendungsbereich als Ausnahmetatbestand nach der herrschenden Rechtsprechung und Lehre eng auszulegen ist, beurteile ich aus folgenden Überlegungen kritisch:

Auf die aufgeworfene Kernfrage, ob auch die gesetzlichen Vorgaben für eine ausschreibungsfreie „*Öffentlich-Öffentliche Kooperation*“ erfüllt werden, wenn das Land Tirol „*nur*“ Fördergeldgeber (für vom MCI zu leistenden Mieten) eines von der BIG als Bauherr errichteten MCI-Neubaus ist, geht Herr Kollege Prof. Dr. Michael Breitenfeld in seinem „*vergaberechtlichen Strategiepapier*“ nicht näher ein. In diesem Zusammenhang setzt sich Herr Kollege Prof. Dr. Michael Breitenfeld auch nicht mit der Leitentscheidung des **EuGHs vom 04.06.2020, Rs C-429/19 Remondis II**, zum Themenkreis „*Öffentlich-Öffentliche Kooperation*“ vertiefend auseinander. Der EuGH schloss in der genannten Rechtssache, dass **von einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht ausgegangen werden kann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, der in seinem Gebiet für eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe verantwortlich ist, diese Aufgabe, die nach dem nationalen Recht allein ihm obliegt und für deren Erledigung mehrere Arbeitsgänge notwendig sind, nicht vollständig selbst erledigt, sondern einen anderen, von ihm unabhängigen**



öffentlichen Auftraggeber, der in seinem Gebiet allenfalls für diese im öffentliche Interesse liegende Aufgabe verantwortlich ist, damit beauftragt, gegen Entgelt einen der notwendigen Arbeitsgänge ausführt.

Auf das Tatbestandsmerkmal, dass die beteiligten öffentlichen Auftraggeber gemäß § 10 Abs. 3 Z 1 BVergG 2018 „*die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausführen werden*“, wird in Bezug auf die Frage, was das „*gemeinsame Ziel*“ des Landes Tirol und der BIG für eine kooperative Realisierung des Projektes „*Neubau MCI Campus*“ ist, im „*vergaberechtlichen Strategiepapier*“ nur lapidar mit der Feststellung: „*Aus der obigen Darstellung der Aufgaben des Landes Tirol und der BIG ergibt sich, dass auch die Errichtung von Bauten für Hochschulen in den jeweils eigenen Aufgabenbereich fällt.*“ eingegangen. Das „*vergaberechtliche Strategiepapier*“ beschränkt sich in diesem Punkt auf die singuläre Betrachtung des jeweiligen öffentlichen Interesses des Landes Tirol zum einen und der BIG zum anderen betreffend die Errichtung von Bildungseinrichtungen. Eine substantiiert begründete Verknüpfung der vom Land Tirol und der BIG für eine ausschreibungsfreie „*Öffentlich-Öffentliche Kooperation*“ erforderlicherweise „*von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen zur Erreichung gemeinsamer Ziele*“, findet sich im „*vergaberechtlichen Strategiepapier*“ nicht.

Auf der Webseite der BIG findet sich nachstehend wiedergegebener Geschäftsbereich der BIG:

„Nach diesem Prinzip handeln wir seit unserer Gründung 1992. Zwischen 1993 und 2000 übertrug uns der Gesetzgeber das Fruchtgenussrecht an vorwiegend Schul- und Universitätsliegenschaften [Anmerkung: des Bundes] mit einer Gebäudefläche von rund 2,1 Millionen Quadratmetern. Das Ziel: landesweites, effizientes Immobilien- und Baumanagement für Sanierungen, Instandhaltungen und Neubauten [Anmerkung: des Bundes] zu realisieren.

Im Jahr 2000 ermöglichte das Bundesimmobiliengesetz der BIG den Ankauf von 7,2 Millionen Quadratmetern Liegenschaftsfläche, die bis dahin im Eigentum des Bundes stand. Zeitgleich gliederten wir die damalige Bundesgebäudeverwaltung in die BIG Tochter IMB aus und legten so den Grundstein für die Planungs- und Baubetreuung sowie die Hausverwaltungsleistungen.



Das Dienstleistungsspektrum für unsere Kunden wuchs und zunehmend setzten wir auch auf Projektentwicklungen auf Liegenschaften, die sich für private Nutzung oder Drittverwertung eigneten. Zwar blieb der Bund Hauptkunde der BIG, doch die Weichen für Verwertungen im privaten Bereich waren gestellt. “

Das Bundesimmobiliengesetz normiert:

„§ 1.

(1) Ziel des vorliegenden Gesetzes ist es, in konsequenter Fortsetzung des mit dem BIG-Gesetz begonnenen Weges, das Immobilienvermögen und den Immobilienbedarf des Bundes nach wirtschaftlichen und marktorientierten Grundsätzen neu zu organisieren, die historisch gewachsenen Strukturen zu straffen, das Kostenbewusstsein bei den Nutzerressorts zu fördern, damit auch für ein sparsames Umgehen mit der Ressource Raum zu sorgen und Instrumente synergetischer Bedarfsfeststellung zu schaffen. “

Das „*vergaberechtliche Strategiepapier*“ gibt keine Antwort auf die hier relevante Frage, ob es tatsächlich eine im Sinne des vorzitierten § 1 des Bundesimmobiliengesetzes **im öffentlichen Interesse gelegene Aufgabe** der BIG ist, eine „*private Fachhochschule*“ zu bauen und an das MCI als Nutzer zu vermieten (und nicht nur in das Dienstleistungsspektrum der BIG für „*Projektentwicklungen auf Liegenschaften, die sich für private Nutzung oder Drittverwertung eignen*“ fällt).

Der Landesrechnungshof Tirol hält in seinem Bericht „*Fachhochschulträger Management Center Innsbruck GmbH*“ vom 09.02.2004, Zl. SE-0500/5, zur Organisationsform des MCI fest:

„Sowohl das MCI als auch die Fachhochschule Kufstein sind keine „Fachhochschulen“ gem. § 15 FHStG. Trotz der privatrechtlichen Trägerstruktur in Tirol werden die FH, wie in den nachfolgenden Ausführungen dargestellt, primär durch Mittel des Bundes und des Landes finanziert. “



Im Urteil des EuGHs in der Rechtssache „*Remondis II*“ sieht der EuGH für eine „*Öffentlich-Öffentliche Kooperation*“ eine „*echte Zusammenarbeit*“ als erforderlich an, wobei die Zusammenarbeit „*auf einem kooperativen Konzept*“ beruhen muss. Für ein „*kooperatives Konzept*“ ist es erforderlich, dass der Beitrag jedes Beteiligten über die bloße Erfüllung einer ihm ohnehin obliegender Pflicht und auch über einen rein finanziellen Beitrag hinausgeht. Eine Zusammenarbeit setze somit voraus, dass jeder Beteiligte einen Beitrag leistet, der ohne die Kooperationsabrede nicht von ihm, sondern von einem anderen Beteiligten geleistet werden müsste. Für diese erforderliche **kollaborative Dimension** haben die Kooperationspartner **auf Basis einer gemeinsamen Strategie zur Erfüllung eines gemeinsamen Ziels die Zusammenarbeit zu entwickeln.**

Der EuGH hat betreffend das Erfordernis für eine „*Öffentlich-Öffentlichen-Kooperation*“ judiziert, dass der Abschluss einer Kooperationsvereinbarung das **Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien** zur Zusammenarbeit sein muss und dass für die Bejahung einer „*echten Zusammenarbeit*“ eine Vereinbarung als erforderlich erachtet wird, mit welcher **die Kooperationspartner gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren.**

Das Land Tirol hat ursprünglich als „*alleiniger Bauherr*“ die TU-Leistungen ausgeschrieben und wurde in Folge die ARGE PORR / ORTNER als Totalunternehmer (mit Henning Larsen Architects als Subunternehmer) mit der Erstellung einer Vorentwurfsplanung für das Projekte „*Neubau MCI Campus*“ beauftragt. Dieser Auftrag ist mit der vorliegenden Vorentwurfsplanung beendet. Diese Dienstleistungen sind vom Land Tirol auch bereits bezahlt worden (bzw. befindet sich die Schlussrechnung in der Abwicklung). Das heißt, in der im „*vergaberechtlichen Strategiepapier*“ angesprochenen „*Öffentlich-Öffentliche Kooperation*“ würde das Land Tirol eine bereits vorliegende und bezahlte Planung einbringen. Zu diesem Punkt ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass – wie im Gutachtensauftrag für die vergaberechtliche Beurteilung des angedachten „*BIG-Modells*“ ausgeführt – das Land Tirol kein Auftraggeber für weitere Planungs- und Bauleistungen im Projekt „*Neubau MCI Campus*“ sein wollte.



Die nach dem Konzept des „*vergaberechtlichen Strategiepapiers*“ vom Land Tirol in die „*Öffentlich-Öffentliche Kooperation*“ mit der BIG einzubringende „*Vorentwurfsplanung*“ basiert auf einem **vom Land Tirol und dem MCI im Jahre 2019 festgelegten Raum- und Funktionsprogramm**, somit aus einer Zeit, zu welcher die BIG als Kooperationspartner für die Realisierung des Projektes „*Neubau MCI Campus*“ noch gar kein Thema war. Die vorliegende Vorentwurfsplanung und Bau- und Ausstattungsbeschreibung können zwangsläufig im Sinne der EuGH-Judikatur keinen für das Land Tirol und der BIG „*gemeinsamen Bedarf und die Lösungen dafür definieren*“.

Ob die vom Herrn Kollegen Prof. Dr. Michael Breitenfeld als „*gemeinsame Zusammenarbeit*“ definierte „*Sacheinbringung*“ der vorliegenden Vorentwurfsplanung bereits die vom europäischen Vergaberegime (und in der Rechtsprechung des EuGHs) geforderte „*echte Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern*“ erfüllt, ist meines Erachtens im „*vergaberechtliche Strategiepapier*“ nicht begründend abgeklärt und sehe ich diesen Punkt auch kritisch.

Dem vom Herrn Kollegen Prof. Dr. Michael Breitenfeld für seine Überlegungen zur „*Öffentlich-Öffentlichen Kooperation*“ herangezogenen EuGH-Urteil vom 28.05.2020, Rs C 796/18 „*Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH / Stadt Köln*“, liegt als Ausgangssachverhalt eine **Vereinbarung zugrunde**, nach welcher ein öffentlicher Auftraggeber einem anderen öffentlichen Auftraggeber eine Software kostenfrei überlässt, **die mit einer Kooperationsvereinbarung verknüpft ist**, nach der jede Partei dieser Kooperationsvereinbarung verpflichtet ist, von ihr etwaig hergestellte zukünftige Weiterentwicklungen der Software zur Erfüllung der in der Kooperationsvereinbarung definierten „*gemeinsamen Ziele*“ der anderen Partei kostenfrei zur Verfügung zu stellen.

Herr Kollege Prof. Dr. Michael Breitenfeld erachtet offensichtlich in der Überlassung der dem Land Tirol bereits vorliegenden Vorentwurfsplanung die Erfüllung des für eine „*Öffentlich-Öffentliche Kooperation*“ erforderliche Tatbestandmerkmals der „*echten Zusammenarbeit*“. Wie dem Sachverhalt des Urteils des EuGHs in der Rechtssache „*ISE*“ zugrunde gelegen, ist nur die „*Überlassungsvereinbarung*“ für eine bereits auf Seiten einer Partei vorhandenen Sache



noch nicht ausreichend für eine „*Öffentlich-Öffentliche Kooperation*“, **sondern bedarf es hierfür auch noch einer Verknüpfung mit einer „Kooperationsvereinbarung“**, nach welcher sich die Kooperationspartner auch zukünftig zu einem Leistungsaustausch (welcher nach der Rechtsprechung der EuGH **nicht nur in reinen Geldzahlungen bestehen darf**) zu verpflichten haben, wobei dieser Leistungsaustausch im Sinne einer künftigen „*echten Zusammenarbeit*“ der Erfüllung eines „*gemeinsamen Ziels*“ dienen muss.

Das vom Land Tirol angedachte „BIG-Modell“ sieht keine künftige Kooperation zwischen dem Land Tirol und der BIG – in welcher Vertrags- oder Gesellschaftsform auch immer – vor, sondern hätte sich das Land Tirol ausschließlich auf Geldzahlungen in Rahmen eines Fördervertrages mit dem MCI beschränkt, mit welchem über einen jährlichen Förderbetrag die vom MCI als Mieter des „Neubau MCI Campus“ an die BIG, welche den „Neubau MCI Campus“ als Bauherr im eigenen Namen und auf eigenes Risiko zu realisieren gehabt hätte, zu leistenden Mieten für die Refinanzierung der Errichtungskosten abgedeckt worden wären.

Ich verbleibe

mit freundlichen Grüßen

Dr. Herbert Schöpf, LL.M.
Rechtsanwalt

Anhang: „Vergaberechtliches Strategiepapier“

Breitenfeld

RECHTSANWÄLTE

Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG
Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien

MEMORANDUM

Vergaberechtliches
Strategiepapier

„Neubau MCI Campus“

Stand: 16.12.2024

1 AUSGANGSLAGE

1.1 Gegenstand des Projekts

Es ist beabsichtigt, das Bauvorhaben „Neubau MCI Campus“ auf dem „Fenner-Areal“ in Innsbruck zu realisieren. Es handelt sich dabei um den Neubau einer Fachhochschule. Dazu hat die Stadt Innsbruck im Jahr 2012 dem Bund und im Jahr 2019 dem Land Tirol ein Baurecht auf dem betreffenden Grundstück für die Dauer von 75 Jahre mit einer Option auf Verlängerung auf 99 Jahre eingeräumt.

Gegenstand des Projekts ist daher nicht der Betrieb einer Fachhochschule oder das Anbieten von Fachhochschulstudiengängen, sondern die Errichtung eines neuen Gebäudes für den weiteren und ungestörtesten Betrieb des MCI. Auf den Inhalt der Fachhochschulstudiengänge hat das gegenständliche Projekt ebenso wenig Einfluss wie auf den Betrieb der Fachhochschule in akademisch-organisatorischer oder inhaltlicher Hinsicht.

1.2 Bisherige Schritte

Im Jahr 2021 erteilte das Land Tirol der ARGE Porr Bau GmbH / Ortner Ges.m.b.H. den Zuschlag im Vergabeverfahren „Wettbewerblicher Dialog – Totalunternehmer Neubau MCI Campus“. Der Auftrag erfolgt in zwei Phasen. In der ersten Phase erfolgte die Auslobung eines internationalen Architekturwettbewerbs und weiters die Erarbeitung eines Vorentwurfs mit einer Bau- und Ausstattungsbeschreibung samt Kostenschätzung. Die zweite Phase umfasst den sogenannten Bauauftrag, der weitere Planungsleistungen sowie die Ausführung der Bauleistungen bis zur schlüsselfertigen Herstellung des MCI Campus enthält. Die zweite Phase steht unter der aufschiebenden Bedingung des Beschlusses der Tiroler Landesregierung und der Genehmigung durch den Tiroler Landtag.

In der ersten Phase wurde das Architekturbüro HenningLarsen Architects als Sieger des Wettbewerbs gekürt und als Subunternehmer der ARGE Porr Bau GmbH / Ortner Ges.m.b.H. eingebunden. Es erarbeitete in Zusammenarbeit mit dem MCI einen erweiterten Vorentwurf mit einer Bau- und Ausstattungsbeschreibung samt Kostenschätzung.

Aus budgetären Überlegungen erwägt das Land Tirol, das Projekt mit der BIG zu realisieren. Dabei ist insbesondere eine öffentlich-öffentliche Kooperation zwischen dem Land Tirol und der BIG, eventuell eine öffentlich-öffentliche Kooperation zwischen dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG angedacht.

Dabei ist die Kernfrage, ob ohne öffentliche Ausschreibung nach dem Vergaberegime des BVergG 2018 die Stadt Innsbruck der BIG auf dem Projektgrundstück „Fenner Areal“ ein Baurecht einräumen bzw. das Eigentum an diese Liegenschaft übertragen und infolge die BIG den „Neubau MCI Campus“ als Bauherr auf eigene Kosten und eigenes Risiko realisieren und mit dem MCI als Nutzer einen Mietvertrag abschließen kann, wenn das Land Tirol die vom MCI an die BIG zu leistende Mieten (mit welcher die Errichtungskosten für den Neubau refinanziert werden) über einen Fördervertrag mit dem MCI finanziert. Dabei würde das Land Tirol auch die bisher erbrachten Leistungen der ersten Phase des Totalunternehmerauftrags einbringen.

1.3 Die Akteure

1.3.1 MCI

Bei der MCI Internationale Hochschule GmbH, FN 153700f, LG Innsbruck, in der Folge MCI, handelt es sich um eine Gesellschaft, die zu 75 % im Eigentum des Träger-Vereins Management Zentrum Tirol, zu 12,5 % im Eigentum des Träger- und Fördervereins für die Errichtung von Technischen Fachhochschulstudiengängen in Tirol und zu 12,5 % im Eigentum des Träger- und Fördervereins für die Errichtung touristischer Fachhochschul-Studiengänge - Institut für Verkehr und Tourismus steht.

Die MCI betreibt eine Fachhochschule¹. Ihr Gegenstand ist die Aus-, Fort- und Weiterbildung. Sie ist damit im Bereich des „postsekundären“ oder „tertiären“ Bildungssektor tätig. Als Träger nennt sie das Land Tirol, die Landeshauptstadt Innsbruck, die Wirtschaftskammer Tirol, die Arbeiterkammer Tirol, die Industriellenvereinigung Tirol und die Universität Innsbruck. Auch wenn Fachhochschulen unter den Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 12a B-VG fallen, können ihre Erhalter gemäß § 2 Z 1 FHG² der Bund, andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, aber auch juristische Personen des privaten Rechts, soweit deren Unternehmensgegenstand überwiegend die Errichtung, Erhaltung und der Betrieb einer Fachhochschule mit Fachhochschul-Studiengängen ist, sein. Diese Bestimmung wurde im Jahr 2020 neu gefasst³ und trat gemäß § 26 Abs 11 FHG am 1. Jänner 2021 in Kraft. Die Materialien führen dazu lediglich aus, dass redaktionelle Anpassungen erfolgten.⁴ Der heute geltende Gesetzestext wurde im Wesentlichen im Jahr 2002 erlassen.⁵ Die Materialien⁶ führen dazu aus:

„Im Hinblick auf die Sicherstellung des Studienbetriebes in Fachhochschul-Studiengängen scheint es erforderlich, eine zu starke Vermischung von Unternehmensgegenständen zu vermeiden. Vielmehr wären bei unterschiedlichen Geschäftsfeldern eines Erhalters Tochtergesellschaften einzurichten.

Die ergänzende Bestimmung könnte eine gesetzliche Grundlage für die Verweigerung der Anerkennung von Studiengängen bieten, deren Erhalter zu viele Geschäftszwecke kombinieren. Sie wäre gleichzeitig eine Möglichkeit, Fusionen von Rechtsträgern abzulehnen, als deren Ergebnis ein Erhalter entsteht, für den der Betrieb von Fachhochschul-Studiengängen nur mehr einen kleinen Teilaspekt darstellt.“

Die Stammfassung sah keine Einschränkung des Geschäftsfelds privater Erhalter vor. Die Materialien führen dazu aus:

„Neben dem gesetzlichen Erhalter Bund können andere juristische Personen als Erhalter von Fachhochschul-Studiengängen (und Fachhochschulen) auftreten, wenn die für Fachhochschul-Studiengänge und Fachhochschulen in diesem Gesetz festgelegten Voraussetzungen erfüllt werden.“

¹ Akkreditierung mit Bescheid des Boards der Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria vom 9. Mai 2012, FH12020025.

² Bundesgesetz über Fachhochschulen (Fachhochschulgesetz – FHG), BGBl 1993/340 idF BGBl I 2024/50.

³ Änderung des Hochschul-Qualitätssicherungsgesetzes, Bundesgesetz über Privathochschulen sowie Änderung des Fachhochschul-Studiengesetzes, BGBl I 2020/77.

⁴ EBRV 234 BlgNR XXVII. GP, 12.

⁵ Änderung des Fachhochschul-Studiengesetzes – FHStG, BGBl I 2002/58.

⁶ EBRV 976 BlgNR XXI. GP 6.

Daraus ergibt sich, dass Erhalter einer Fachhochschule der Bund, juristische Personen des öffentlichen Rechts und unter bestimmten Voraussetzungen juristische Personen des privaten Rechts sein können. Somit kann die MCI Internationale Hochschule GmbH Erhalterin einer Fachhochschule sein.

Vorweg zu klären ist auch die Eigenschaft des MCI als öffentlicher Auftraggeber. Vorauszuschicken ist, dass der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts weit zu verstehen ist, wobei alle Voraussetzungen des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 erfüllt sein müssen.⁷ Die Aufgabe des Betriebs einer Fachhochschule liegt als Tätigkeit der postsekundären und tertiären Bildung zweifellos im öffentlichen Interesse. Es ist möglich, beim MCI akademische Abschlüsse nach dem Bologna-System zu erwerben, wodurch sich Absolventen Qualifikationen aneignen, die im Fall des MCI ganz in Entsprechung ihrer Aufgabe als Fachhochschule gemäß § 3 Abs 1 Z 1 FHG praxisbezogen sind. Auch wenn wohl in diesem Bereich ein gewisser Wettbewerb unter Hochschulen besteht,⁸ kann davon ausgegangen werden, dass diese Aufgabe nichtgewerblicher Art ist, zumal sie ungeachtet ihrer Rechtsform als GmbH nicht auf Gewinn ausgerichtet ist und ohne die Zuwendungen der Träger nicht lebensfähig wäre. Damit übt das MCI eine im Allgemeininteresse stehende Aufgabe nichtgewerblicher Art iSd § 4 Abs 2 Z 1 BVergG 2018 aus. Als GmbH ist das MCI rechtsfähig iSd § 4 Abs 2 Z 2 lit b BVergG 2018.⁹ Die Träger der Fachhochschule sorgen für die Finanzierung. Nach den Angaben auf der Homepage des MCI sind diese – wie oben wiedergegeben – überwiegend Gebietskörperschaften und Körperschaften öffentlichen Rechts. Durch die Finanzierung durch die Träger beherrschen öffentliche Auftraggeber das MCI iSd § 4 Abs 2 Z 3 lit a BVergG 2018, wobei auch eine mittelbare Beherrschung etwa die Finanzierung im Wege von Vereinen genügt.¹⁰ Daher handelt es sich beim MCI um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018.

Allerdings ist anzumerken, dass das MCI als Beteiligter einer öffentlich-öffentlichen Kooperation nicht in Frage kommt, weil es über keine Mittel verfügt, die zur Umsetzung des Projekts Neubau MCI Campus erforderlich sein, die es in eine derartige Kooperation einbringen könnte.

1.3.2 Das Land Tirol

Das Land Tirol ist als Bundesland eine Gebietskörperschaft. Es ist ua einer der Träger des MCI, das sich durch Finanzierung des Betriebs des MCI äußert. Das Land Tirol ist als Land unzweifelhaft öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs 1 Z 1 BVergG 2018.¹¹

Nach Art 10 Abs 1 Tiroler Landesordnung 1989¹² hat das Land Tirol ua Wissenschaft und den Erwerb von Bildung zu fördern. Beim MCI handelt es sich um eine Fachhochschule, die

⁷ VwGH 12. 4. 2018, Ra 2015/04/0054, Jus-Extra VwGH-A 2018/6505 (*Lehofer*) = NZ 2018/77 (*Stöger*) = RdW 2018/431 = VIL-Slg 2018/24 = wbl 2018/207.

⁸ Ein entwickelter Wettbewerb alleine lässt noch nicht den Schluss zu, dass keine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art vorliegt (VwGH 5. 10. 2023, Ra 2020/04/0086, bbl 2024/63 = Jus-Extra VwGH-A 2024/7829 [*Lehofer*] = RPA-Slg 2024/17 = RPA-Slg 2024/18 = wbl 2024/46).

⁹ BVwG 2. 12. 2024, W139 2299106-2/33E.

¹⁰ ZB BVA 24. 4. 2006, N/0016-BVA/10/2006-16.

¹¹ BVA 31. 5. 2012, N/0043-BVA/13/2012-40, RPA-Slg 2013/6.

¹² Landesverfassungsgesetz vom 21. September 1988 über die Verfassung des Landes Tirol (Tiroler Landesordnung 1989), LGBl 1988/61 idF LGBl 2022/36.

einerseits im Bereich der postsekundären und tertiären Bildung und andererseits im Bereich der Wissenschaft tätig ist. Es ist möglich, beim MCI akademische Grade entsprechend dem Bologna-System zu erwerben. Daher handelt es sich bei der Unterstützung des Betriebs des MCI um eine dem Land Tirol von der Tiroler Landesordnung 1989 zugewiesene eigene Aufgabe.

1.3.3 Die BIG

Die BIG¹³ ist eine Gesellschaft im – mittelbaren – Alleineigentum des Bundes. Ihr Gegenstand ist gemäß § 2 Abs 1 Bundesimmobiliengesetz die Bereitstellung von Raum für Bundeszwecke allein oder gemeinsam mit Dritten und zu diesem Zweck, unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse des Bundes, insbesondere der Erwerb, die Nutzung, die Verwaltung, die Vermietung und die Veräußerung von Liegenschaften und Räumlichkeiten, die Errichtung und die Erhaltung von Bauten, zentrale Gebäudebewirtschaftungsdienstleistungen, sowie die Durchführung sonstiger mit dem Unternehmensgegenstand in Zusammenhang stehender Hilfs- und Nebengeschäfte, diese jedoch unter Ausschluss aller den Bestimmungen des Kreditwesengesetzes unterliegenden Geschäfte. Ein Geschäftsbereich ist die Betreuung von Universitäten und Hochschulen. Die BIG ist nach ständiger Rechtsprechung unzweifelhaft öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018.¹⁴

1.3.4 Die Stadt Innsbruck

Die Stadt Innsbruck ist als Stadt und damit Gemeinde iSd B-VG eine Gebietskörperschaft. Sie ist einer der Träger des MCI. Sie ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem der Neubau des MCI Campus errichtet werden soll. Die Stadt Innsbruck ist als Gemeinde unzweifelhaft öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 1 BVergG 2018.¹⁵

Nach Art 74 Abs 2 Tiroler Landesordnung 1989 umfasst der eigene Wirkungsbereich einer Gemeinde neben den Angelegenheiten als selbständiger Wirtschaftskörper gemäß Art 73 Abs 2 Tiroler Landesordnung 1989 alle Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden.

Nach Art 73 Abs 2 Tiroler Landesordnung 1989 ist die Gemeinde selbständiger Wirtschaftskörper. Sie hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundesgesetze und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, wirtschaftliche Unternehmen zu betreiben sowie im Rahmen der Finanzverfassung ihren Haushalt selbständig zu führen und Abgaben auszuschreiben.

Nach Art 5 Tiroler Landesordnung 1989 ist die Stadt Innsbruck die Landeshauptstadt von Tirol. Damit kommen ihr über die üblichen Aufgaben einer Gemeinde weitere Aufgaben als

¹³ Rechtsgrundlage ist derzeit das Bundesgesetz, mit dem die Bau- und Liegenschaftsverwaltung des Bundes neu organisiert sowie über Bundesvermögen verfügt wird (Bundesimmobiliengesetz), BGBl I 2000/141 idF BGBl I 2018/96.

¹⁴ ZB BVwG 26. 9. 2016, W149 2135160-1/5E; BVwG 13. 10. 2016, W123 2133597-2/24E, ZVB 2017/3 (*Grasböck*); BVA 26. 11. 2012, N/0095-BVA/04/2012-24, bbl 2013/74 = RPA-Slg 2013/37 = RPA-Slg 2013/38 = VIL-Slg 2013/9 = ZVB 2013/4 (*T. Gruber*).

¹⁵ Für Gemeinden allgemein zB LVwG Tirol 7. 11. 2018, LVwG-2018/S2/1387-10, RPA-Slg 2020/66 = RPA-Slg 2021/39.

Zentralstadt zu. Zu diesen gehören alle Aufgaben, die die Möglichkeiten einer kleineren Gemeinde übersteigen und die im Interesse eines größeren Raums oder des ganzen Bundeslands liegen. Zu diesen Aufgaben gehört auch die Zurverfügungstellung zentraler Bildungseinrichtungen.

Nach § 1 Abs 3 Innsbrucker Stadtrecht¹⁶ ist die Stadt Innsbruck ein selbständiger Wirtschaftskörper. Sie hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, wirtschaftliche Unternehmungen zu betreiben sowie im Rahmen der Finanzverfassung ihren Haushalt selbständig zu führen und Abgaben auszuschreiben. Dabei handelt es sich gemäß § 7 Abs 1 Innsbrucker Stadtrecht um eine Aufgabe des eigenen Wirkungsbereichs. Darüber hinaus sind alle Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Stadt verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden, Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs.

Für eine Bauverbotsablöse für den Neubau des MCI Campus auf dem gegenständlichen Grundstück bildete die Stadt Innsbruck bereits im Jahr 2012 eine Rücklage, die nach einer Erhöhung im Jahr 2022 noch mit 31. 12. 2023 unverändert ausgewiesen wurde.¹⁷ Bereits darin äußert sich neben der Trägerschaft am MCI das langfristige Interesse der Stadt Innsbruck an dem Neubau des MCI Campus, der seine Deckung auch in der Funktion der Landeshauptstadt findet.

Im Rahmen der Rolle als selbständiger Wirtschaftskörper ist die Stadt Innsbruck ermächtigt, Grundstücke zu erwerben und zu gestalten. In Wahrnehmung ihrer Aufgabe der örtlichen Raumplanung, die nach § 7 Abs 2 lit i Innsbrucker Stadtrecht eine Aufgabe des eigenen Wirkungsbereichs ist, ist sie berufen, insbesondere ihr gehörende Grundstücke einer der Entwicklung der Stadt dienenden Verwendung zuzuführen.

Die Schaffung von Bildungseinrichtungen von überregionaler Bedeutung gehört zweifellos zu den Aufgaben, die im Interesse einer Landeshauptstadt liegen, sodass der Neubau des MCI Campus zu den Aufgaben der Stadt Innsbruck zu zählen ist.

1.4 Aufgabenstellung

Zu untersuchen ist, ob eine öffentlich-öffentliche Kooperation zwischen dem Land Tirol und der BIG oder dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG zur Realisierung des Neubaus des MCI Campus möglich ist.

¹⁶ Stadtrecht der Landeshauptstadt Innsbruck 1975, LGBl 1975/53 idF LGBl 2024/24, in der Folge Innsbrucker Stadtrecht.

¹⁷ Kurzprotokoll GR-Sitzung 24. 10. 2024 über den Rechnungsabschluss der Stadt Innsbruck 2023, abrufbar unter <https://situngen.innsbruck.gv.at/modules/termine.cfc?method=getTerminDatei&termin=56535&datei=57098> (Zugriff am 15. 12. 2024).

2 ALLGEMEINES ZU ÖFFENTLICH-ÖFFENTLICHEN KOOPERATION

Grundsätzlich handelt es sich auf bei dem Begriff des Vertrags in dem Ausnahmetatbestand des § 10 Abs 3 BVergG 2018 um einen öffentlichen Auftrag.¹⁸ Daher ist der Begriff „Vertrag“ in dem Ausnahmetatbestand im Sinne eines öffentlichen Auftrags zu verstehen.

Erstmals normiert das BVergG 2018 den in der Rechtsprechung entstandenen Ausnahmetatbestand der öffentlich-öffentlichen Kooperation in § 10 Abs 3 BVergG 2018 und legt kumulative Voraussetzungen für die zulässige Inanspruchnahme des Sondertatbestandes fest. Konkret regelt § 10 Abs 3 BVergG 2018 die Voraussetzungen für ausschreibungsfreie Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern, die eine öffentlich-öffentliche Kooperation begründen. Gemäß § 10 Abs 3 BVergG 2018 gilt dieses Bundesgesetz nicht für Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern, wenn

1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder implementiert, mit der sichergestellt werden soll, dass von den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden können,
2. die Implementierung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
3. die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen.

Die Gesetzesmaterialien sprechen in diesem Zusammenhang von Vertragskonstruktionen, die von öffentlichen Aufträgen insbesondere darin abweichen, als dass neben dem Austausch von Leistung gegen Entgelt weitere Elemente in der Leistungsbeziehung zwischen den öffentlichen Auftraggebern eine wesentliche Rolle spielen.¹⁹ Dieses erforderliche kooperative Konzept wird im Erwägungsgrund 33 der Vergabe RL 2014 24 /EU besonders hervorgehoben und unterscheidet auch den Ausnahmetatbestand der öffentlich-öffentlichen Kooperation von der In House Vergabe, die Ausdruck der Organisationsfreiheit eines öffentlichen Auftraggebers ist.²⁰

Die öffentlich-öffentliche Kooperation geht davon aus, dass Auftraggeber ihre Bedürfnisse nicht am freien Markt, sondern durch Zusammenarbeit befriedigen.²¹ Daher erbringen sie die Leistung gemeinsam selbst, sodass das Vergaberecht nicht anwendbar ist. Da es sich um eine Ausnahme handelt, müssen alle im BVergG 2018 festgelegten Voraussetzungen erfüllt sein.

Die Form der Zusammenarbeit gibt das BVergG 2018 nicht vor, sodass jede Form eines Vertrags zulässig sein dürfte. Es empfiehlt sich aber aus Gründen der Rechtssicherheit, einen schriftlichen Vertrag abzuschließen. Weiters sind gemäß § 10 Abs 6 BVergG 2018 die „maßgeblichen Gründe“ für die Inanspruchnahme eines Ausnahmetatbestands gemäß § 10 Abs 1 bis 5 BVergG 2018, somit auch für eine öffentlich-öffentliche Kooperation,

¹⁸ EuGH 28. 5. 2020, C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, ECLI:EU:C:2020:395, Rn 36, RdW 2020/536 = RPA 2020, 366 (*Ullreich/Reisinger/Pallitsch*) = VIL-Slg 2020/24 = wbl 2020/184 = ZVB 2020/77 (*C. Gruber/Jacoby/Juricek*).

¹⁹ EBRV 69 BlgNR XXVI. GP, 43.

²⁰ ZB EuGH 18. 6. 2020, C-328/19, *Porin kaupunki*, ECLI:EU:C:2020:483, Rn 77, Rechtsnews 29.254 = RPA 2020, 372 (*Ullreich/Reisinger/Pallitsch*) = VIL-Slg 2020/28.

²¹ VwGH 17. 4. 2023, Ra 2020/04/0045, *Abfallbehandlung Stadt Wien*, bbl 2023/147 = Jus-Extra VwGH-A 2023/7659 (*Lehofer*) = RdW 2023/542 (*Öhler/Otterbein*) = Rechtsnews 34.256 = RPA 2023, 269 (*Ullreich/Reisinger*) = ZVB 2024/10 (*Mayr*).

schriftlich festzuhalten. Daher kann eine Zusammenarbeit entweder in Form einer gemeinsamen Einrichtung, aber auch ausschließlich in vertraglicher Form erfolgen. Ein Vertrag zwischen dem Land Tirol und der BIG oder dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG ist daher ausreichend, um diese öffentlich-öffentliche Kooperation zu begründen.

Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass jeder Tatbestand zur Inanspruchnahme einer Ausnahme von der Anwendung des Vergaberegimes restriktiv auszulegen ist.²² Auftraggeber müssen daher bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Inanspruchnahme einer Ausnahme besonders sorgfältig vorgehen. Auch müssen sie das Vorliegen der Voraussetzungen dokumentieren und im Zweifel nachweisen.²³

Um zu klären, ob eine öffentlich-öffentliche Kooperation von der Anwendung des Vergaberegimes ausgenommen ist, sind daher folgende Voraussetzungen zu prüfen:

1. Sie erfolgt ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern;
2. die Zusammenarbeit liegt im öffentlichen Interesse bzw wird die öffentliche Dienstleistung zur Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt;
3. alle Beteiligten sind in die Leistungserbringung eingebunden;
4. die Beteiligten erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 der erfassten Tätigkeiten;
5. kein privater Dienstleistungserbringer wird bessergestellt und
6. die Rechtsform der Kooperation ist nicht maßgeblich.

Diese Voraussetzungen werde für jede zu untersuchende Konstellation vergaberechtlich weiter geprüft.

3 ÖFFENTLICH-ÖFFENTLICHE KOOPERATION ZWISCHEN DEM LAND TIROL UND DER BIG

Es ist zu prüfen, ob eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit zwischen dem Land Tirol und der BIG ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Regeln des BVergG durchführen zu müssen. Anders gesagt ist dazu prüfen, ob nach dem Obigen die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 10 Abs 3 BVergG 2018 erfüllt sind.

3.1 Öffentliche Auftraggeber

Wie oben ausgeführt handelt es sich sowohl bei dem Land Tirol als auch bei der BIG um öffentliche Auftraggeber, sodass die erste Voraussetzung erfüllt ist.

3.2 Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse bzw zur Erreichung gemeinsamer Ziele

Der Begriff des öffentlichen Interesses bzw des Allgemeininteresses nach dem BVergG 2018 wurde der Vergabe RL 2014/24/EU entnommen und ist demgemäß unionsrechtlich

²² ZB EuGH 7. 7. 2022, C-213/21 und C-214/21, *Italy Emergenza*, ECLI:EU:C:2022:532, Rn 32, Rechtsnews 32.786 = RPA 2022, 352 (*Reisner*) = ZVB 2022/91 (*Pesendorfer/Jožic*); VwGH 1. 2. 2024, Ro 2020/04/0020 bis 0022, *Jus-Extra VwGH-A 2024/7931 (Lehofer)* = RdW 2024/295 (*Öhler/Otterbein*) = ZVB 2024/67 (*Pesendorfer/Jožic*);

²³ ZB VwGH 17. 4. 2023, Ra 2020/04/0045, *Abfallbehandlung Stadt Wien*, bbl 2023/147 = *Jus-Extra VwGH-A 2023/7659 (Lehofer)* = RdW 2023/542 (*Öhler/Otterbein*) = Rechtsnews 34.256 = RPA 2023, 269 (*Ullreich/Reisinger*) = ZVB 2024/10 (*Mayr*).

autonom und damit grundsätzlich weit auszulegen.²⁴ Insbesondere in harmonisierten Rechtsbereichen wie dem Vergaberecht bildet das Recht der EU einen unabdingbaren Rahmen, den es in der Interpretation und Anwendung nationalen Rechts stets mitzudenken und mitzuberücksichtigen gilt. Dies ergibt sich vor allem aus der unmittelbaren und vorrangigen Anwendung des Unionsrechts²⁵ wird aber ebenso aus der Loyalitätsverpflichtung des Art 4 Abs 3 EUV sowie aus Art 288 Abs 3 AEUV abgeleitet.²⁶

Da diese Verpflichtungen an die Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit gerichtet sind, betrifft sie alle drei Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative. Damit sind etwa auch öffentliche Auftraggeber als Teil der Verwaltung umfasst und haben das Unionsrecht stets mitzuberücksichtigen und einzuhalten. Mitgliedstaaten ist daher auch ein unionswidriges Verhalten öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen.²⁷ Der Staat kann diesfalls auch haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.²⁸

Die Kooperationspartner müssen Adressat einer gemeinsamen Aufgabe sein,²⁹ die ihnen Kraft eines Aktes der innerstaatlichen Organisation welcher Art auch immer obliegt. Fehlt diese gemeinsame Aufgabe, ist eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht möglich.³⁰ Die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit weist nämlich eine „kollaborative Dimension“ auf.³¹

Aufgabe des Trägers der Fachhochschule ist auch die Bereitstellung der nötigen Infrastruktur für den Betrieb der Hochschule. Dazu gehört auch die Errichtung der für die Fachhochschule nötigen Gebäude. Auch wenn diese Aufgabe zum eigentlichen Betrieb der

²⁴ ZB EuGH 12. 12. 2002, C-470/99, *Universale-Bau ua*, ECLI:EU:C:2002:746 = Slg 2002, I-11617 = bbl 2003/61 (*Gutknecht*) = EuZW 2003, 147 = RPA 2002, 372 (*Stempkowski*) = WuW 2003, 205 = ZER 2003/358 = ZVB 2003/31 (*Oder*) = ZVB-LSK 2003/33 = ZVB-LSK 2003/34 = ZVB-LSK 2003/35; EuGH 27. 2. 2003, C-373/00, *Truley*, ECLI:EU:C:2003:110, Rn 45, Slg 2003, I-1931 = bbl 2003/89 = RPA 2003, 65 (*Heid*) = wbl 2003/133 = ZER 2003/47; EuGH 16. 10. 2003, C-283/00, *Kommission/Spanien*, ECLI:EU:C:2003:544, Rn 79, Slg 2003, I-11.697.

²⁵ EuGH 5. 2. 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1; EuGH 15. 7. 1964, 6/64, *Costa/ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66; EuGH 21. 12. 2021, C-497/20, *Randstad Italia*, ECLI:EU:C:2021:1037, Rn 66, AnwBl 2022/81 = RPA 2022, 241 (*Reisner*).

²⁶ So schon EuGH 10. 4. 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, *von Colson*, Rn 26; EuGH 11. 9. 2014, C-277/13, *Kommission/Portugal*, ECLI:EU:C:2014:2208, Rn 57; EuGH 22. 12. 2022, C-383/21 und C-384/21, *Sambre & Biesme*, ECLI:EU:C:2022:1022, Rn 36, = RPA 2023, 147 (*Ullreich/Reisinger*).

²⁷ EuGH 28. 10. 1999, C-328/96, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:1999:526, Rn 75, Slg 1999, I-7479 = bbl 2000/37 = wbl 1999/354 = ZER 1999, 164 = ZER 2000/246.

²⁸ *Eder*, *Der öffentliche Auftraggeber im System des unionsrechtlichen Haftungsrechts* Band 3 (2015), 197.

²⁹ EuGH 19. 12. 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, ECLI:EU:C:2012:817 Rn 40, GES 2013, 51 = RdW 2013/85 = RPA 2013, 113 (*Reisner*) = VIL-Slg 2013/1 = ZVB 2013/100 (*Eisner/Blesky*); EuGH 13. 6. 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, ECLI:EU:C:2013:385, Rn 36, RPA 2013, 296 (*Reisner*) = VIL-Slg 2013/44 = wbl 2013/205 = ZVB 2013/115 (*Eisner/Fruhmann*).

³⁰ EuGH 20. 6. 2013, C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, ECLI:EU:C:2013:416, Rn 55, RPA-Slg-Int 2014/4; EuGH 8. 5. 2014, C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, ECLI:EU:C:2014:303, Rn 35, RdW 2014/382 = Rechtsnews 17.243 = RPA 2014, 226 (*Reisner*) = VIL-Slg 2014/31 = wbl 2014/130.

³¹ VwGH 17. 4. 2023, Ra 2020/04/0045, *Abfallbehandlung Stadt Wien*, bbl 2023/147 = Jus-Extra VwGH-A 2023/7659 (*Lehofer*) = RdW 2023/542 (*Öhler/Otterbein*) = Rechtsnews 34.256 = RPA 2023, 269 (*Ullreich/Reisinger*) = ZVB 2024/10 (*Mayr*).

Fachhochschule akzessorisch sein kann, ist eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit dennoch möglich.³²

Da Fachhochschulen – anders als Universitäten iSd UOG – auch von anderen Rechtsträgern als dem Bund betrieben werden können, nimmt gegenständlich das Land Tirol neben anderen diese Rolle wahr. Dabei ist es der maßgebliche Träger des MCI. Somit gehört auch die Bereitstellung der nötigen Infrastruktur auf welche Art auch immer, sei es durch unmittelbare Zurverfügungstellung oder durch Finanzierung, zu seinen Aufgaben.

Aufgabe der BIG ist die Errichtung und der Betrieb von Gebäuden ua für Universitäten und Hochschulen. Dazu verfügt sie über einen eigenen Unternehmensbereich, den sie Universitäten nennt, und einen anderen Unternehmensbereich, den sie Schulen nennt. Alleine die auf ihrer Homepage ersichtlichen Referenzprojekte zeigen, wie viele derartige Objekte sie bereits renoviert, errichtet, umgebaut oder auch betrieben hat. Sie verfügt daher über die entsprechende Expertise und – wie ihrer Homepage zu entnehmen ist – gehören Fragen des Raum- und infrastrukturellen Ressourcenmanagements zu ihren Kernaufgaben. Sie berät von der Vision zur Entwicklung über die Umsetzung eines Projekts bis hin zum reibungslosen Betrieb. Sie bietet professionelles Projektmanagement, um einen optimalen Bauablauf zu gewährleisten. Das Projekt kann von der Sanierung eines historischen Festsaals bis zur Entwicklung eines neuen Universitätscampus reichen. Bei diesen Aufgaben weist die BIG jahrzehntelange Erfahrung auf. Dabei ist die BIG nicht am freien Markt tätig, sondern betreut nur Projekte für die öffentliche Hand.

Aus der obigen Darstellung der Aufgaben des Landes Tirol und der BIG ergibt sich, dass auch die Errichtung von Bauten für Hochschulen in den jeweils eigenen Aufgabenbereich fällt.

3.3 Einbindung aller Beteiligten in die Leistungserbringung

Es müssen alle Beteiligten an der Erbringung der Leistung mitarbeiten und dabei zur Erbringung der Leistung beitragen. Der Austausch von Leistungen zur Erfüllung der gemeinsamen Aufgabe und zum Erreichen des gemeinsamen Ziels kommt ebenso in Frage, wie ein anteiliger gleichartiger Beitrag. Diese Überlegung ergibt sich daraus, dass die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit die genannte „kollaborative Dimension“ aufweisen muss. Die Erfüllung der Aufgabe muss in einer „echten Zusammenarbeit“ erfolgen. Für das Vorliegen einer „echten Zusammenarbeit“ gemäß der Klarstellung in Abs 3 des 33. Erwägungsgrundes der RL 2014/24/EU spräche nach dem EuGH etwa, wenn die Beteiligten öffentlichen Auftraggeber gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren, während im Rahmen der Vergabe eines normalen öffentlichen Auftrags eine solche Phase der Bedarfsprüfung und -definition im Allgemeinen einseitig verlaufe.³³ Der öffentliche Auftrag muss Ergebnis einer Initiative zur Zusammenarbeit zwischen den an ihr beteiligten öffentlichen Auftraggeber sein.³⁴ Daraus ergibt sich, dass jeder der Beteiligten aus der ihm obliegenden Aufgabe zur Erfüllung der gemeinsamen Leistung beitragen muss.

³² EuGH 28. 5. 2020, C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, ECLI:EU:C:2020:395Rn 62, RdW 2020/536 = RPA 2020, 366(*Ullreich/Reisinger/Pallitsch*) = VIL-Slg 2020/24 = wbl 2020/184 = ZVB 2020/77 (*C. Gruber/Jacoby/Juricek*).

³³ EuGH 4. 6. 2020, C-429/19, *Remondis II*, ECLI:EU:C:2020:436, Rn 33, Rechtsnews 29.198 = RPA 2020, 378 (*Ullreich/Reisinger/Pallitsch*) = VIL-Slg 2020/22 = wbl 2020/141 = ZVB 2020/67 (*Bittner*).

³⁴ EuGH 22. 12. 2022, C-383/21 und C-384/21, *Sambre & Biesme*, ECLI:EU:C:2022:1022, Rn 82, RPA 2023, 147 (*Ullreich/Reisinger*).

Es genügt daher, wenn die von den Beteiligten eingebrachten Leistungen einander ergänzen und der Erfüllung der gemeinsamen Aufgabe dienen.³⁵ In der zitierten Entscheidung sah der VwGH zB diese Voraussetzung als erfüllt an, indem ein Beteiligter die Müllverbrennungsanlage und ein anderer Beteiligter die Abfalldéponie zur Erfüllung der gemeinsamen Aufgabe der Müllentsorgung einbrachte.³⁶

Im vorliegenden Fall würde das Land Tirol das Grundstück sowie den erweiterten Vorentwurf mit einer Bau- und Ausstattungsbeschreibung samt Kostenschätzung einbringen. Es würde zur Finanzierung der Bauarbeiten beitragen. Die BIG würde ihre Expertise bei der Planung und Errichtung von Universitäts- und Hochschulbauten einbringen und die weitere Errichtung betreuen und abwickeln. Allenfalls würde die BIG den Bau finanzieren. Teile der Arbeiten, die die Beteiligten nicht selbst ausführen können, müssten sie wegen ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber jedenfalls nach den Regeln des BVergG ausschreiben. Die „kollaborative Dimension“ und die „echte Zusammenarbeit“ sind dadurch gewahrt.

3.4 Erbringen von Leistungen auf dem offenen Markt

Die beteiligten Auftraggeber dürfen gemäß § 10 Abs 3 Z 3 BVergG 2018 auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen. Dabei soll der Gesamtwert jener Leistungen, die im Rahmen der Kooperation durch die Kooperationspartner erbracht werden, als Berechnungsbasis für die zulässige Betätigung am Markt herangezogen werden.³⁷ Nach der Rechtsprechung des VwGH³⁸ dürfen die Kooperationspartner im branchenspezifischen Bereich nicht mehr als 20 % von ihrem jeweiligen Unternehmensumsatz „am offenen Markt“ erwirtschaften.

Damit soll sichergestellt werden, dass es sich bei den in die Kooperation eingebrachten Leistungen um staatliche Eigenleistungen handelt und nicht um Leistungen, mit welchen der betreffende öffentliche Auftraggeber auf dem offenen Markt konkurriert. Die Berechnung des am offenen Markt erbrachten Anteiles der für die Kooperation relevanten Tätigkeit richtet sich dabei nach § 10 Abs 4 BVergG 2018.

Das Land Tirol erbringt keine solchen Leistungen am offenen Markt. Der BIG ist es – anders als ihrer Tochter ARE – untersagt, am offenen Markt aufzutreten, sodass auch sie keine Leistungen am offenen Markt erbringt. Daher ist auch dieses Kriterium im Licht der Rechtsprechung des EuGH erfüllt.

Anzumerken ist jedoch, dass noch keine Rechtsprechung des EuGH zu der Frage besteht, wie die 20 %-Klausel zu verstehen ist. Wenn allerdings gar keine Leistungen am offenen Markt erbracht werden, kann ungeachtet der Auslegung der Berechnungsmethode davon ausgegangen werden, dass die Klausel jedenfalls erfüllt ist.

³⁵ EuGH 28. 5. 2020, C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, ECLI:EU:C:2020:395, Rn 58, RdW 2020/536 = RPA 2020, 366 (*Ullreich/Reisinger/Pallitsch*) = VIL-Slg 2020/24 = wbl 2020/184 = ZVB 2020/77 (*C. Gruber/Jacoby/Juricek*).

³⁶ VwGH 17. 4. 2023, Ra 2020/04/0045, *Abfallbehandlung Stadt Wien*, bbl 2023/147 = Jus-Extra VwGH-A 2023/7659 (*Lehofer*) = RdW 2023/542 (*Öhler/Otterbein*) = Rechtsnews 34.256 = RPA 2023, 269 (*Ullreich/Reisinger*) = ZVB 2024/10 (*Mayr*).

³⁷ EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 44.

³⁸ VwGH 17. 4. 2023, Ra 2020/04/0045, *Abfallbehandlung Stadt Wien*, bbl 2023/147 = Jus-Extra VwGH-A 2023/7659 (*Lehofer*) = RdW 2023/542 (*Öhler/Otterbein*) = Rechtsnews 34.256 = RPA 2023, 269 (*Ullreich/Reisinger*) = ZVB 2024/10 (*Mayr*).

3.5 Keine Besserstellung Privater

Gemäß § 10 Abs 3 Z 2 BVergG 2018 muss die „Implementierung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt“ sein. Diese Überlegung soll zum Ausdruck bringen, dass einerseits

- „kein privater Dienstleister einen Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern erhalten darf“ und
- andererseits „für Finanztransfers zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein dürfen“.³⁹

3.5.1 Keine Besserstellung Privater

Durch die Zusammenarbeit darf kein Privater etwa automatisch beauftragt werden, ohne ein dem BVergG genügendes Vergabeverfahren durchzuführen.⁴⁰ Anders gesagt ist zu folgern, dass bei der allenfalls erforderlichen Heranziehung von externen Dienstleistern die Bestimmungen des BVergG 2018 einzuhalten sind, damit auf dieser Ebene am freien Markt keine Wettbewerbsverfälschung eintritt.⁴¹ Die Vergabe von allenfalls erforderlichen Aufträgen an an der Zusammenarbeit nicht beteiligte Dritte hindert dann nicht die Qualifikation als vergabefreie öffentlich öffentliche Kooperation, wenn diese Drittleistungen vergaberechtskonform beauftragt werden.⁴²

Die Anforderungen an eine öffentlich öffentliche Kooperation sind mithin dann erfüllt, wenn Drittleistungen den Bestimmungen des BVergG 2018 entsprechend beschafft wurden. Diese Drittleistungen dürfen sodann im Rahmen der öffentlich öffentlichen Kooperation auch vom jeweils anderen Kooperationspartner zur Erreichung des Kooperationsziels in Anspruch genommen werden. Dies deshalb, weil es dabei da bereits eine Ausschreibung iSd BVergG 2018 erfolgte zu keiner Besserstellung eines Bieters oder zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommt.

Da im vorliegenden Fall die erforderlichen Drittleistungen wie Vorentwurf oder Kostenschätzung nach den Bestimmungen des BVergG 2018 ausgeschrieben und beauftragt worden sind und andere Leistungen wie Bauleistungen ausgeschrieben werden, ist auch diese Voraussetzung einer öffentlich öffentlichen Kooperation erfüllt.

3.5.2 Für Finanztransfers sind ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich

Diese Voraussetzung soll sicherstellen, dass den Kooperationspartner nur die Selbstkosten ohne Gewinnzuschlag und für Drittleistungen nur die Sachkosten ohne Gewinnzuschlag

³⁹ EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 44.

⁴⁰ EuGH 13. 6. 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, ECLI:EU:C:2013:385, Rn 40, RPA 2013, 296 (*Reisner*) = VIL-Slg 2013/44 = wbl 2013/205 = ZVB 2013/115 (*Eisner/Fruhmann*).

⁴¹ *Heid* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer* (Hrsg), BVergG 2018 (2019), § 10 Rz 46.

⁴² EuGH 28. 5. 2020, C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, ECLI:EU:C:2020:395, Rn 76, RdW 2020/536 = RPA 2020, 366 (*Ullreich/Reisinger/Pallitsch*) = VIL-Slg 2020/24 = wbl 2020/184 = ZVB 2020/77 (*C. Gruber/Jacoby/Juricek*).

ersetzt werden dürfen. Der Kostenausgleich soll sich mithin auf den reinen Ausgleich der tatsächlich entstandenen Kosten beschränken.⁴³

Bei der vorliegenden Ausgestaltung des Projekts ist nicht erkennbar, dass eine Seite der anderen mehr als bereits rechtskonform erworbene Leistungen zur Verfügung stellt. Für die Absicht, dass ein Kooperationspartner dem anderen einen Gewinnzuschlag, der die Selbstkosten übersteigt, verrechnet, ergibt sich kein Hinweis. Allfällige Dritteleistungen wurden und werden vergaberechtskonform beschafft. Daher kommt es nicht zu einer Besserstellung Privater.

3.6 Rechtsform der Kooperation

Da die Rechtsform nicht maßgeblich ist, kann die Kooperation sowohl in Form einer gemeinsamen Einrichtung, die etwa in Form einer ARGE in unterschiedlicher Ausgestaltung, also einer Vergesellschaftung erfolgen kann, als auch wie gegenständlich eher in Frage kommend auf vertraglicher Grundlage erfolgen.

3.7 Ergebnis

Anhand der obigen Prüfergebnisse kann somit festgehalten werden, dass die in Aussicht genommene öffentlich öffentliche Kooperation zwischen dem Land Tirol und der BIG:

1. ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern erfolgt;
2. im öffentlichen Interesse liegt bzw zur Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt wird;
3. alle Beteiligten in die Leistungserbringung einbindet;
4. keinen Einfluss auf den offenen Markt hat, weil die Beteiligten auf dem offenen Markt weniger als 20 % der erfassten Tätigkeiten erbringen;
5. keinen privater Dienstleistungserbringer besserstellt und
6. in jeder Rechtsform möglich ist, weil die Rechtsform der Kooperation nicht maßgeblich ist.

Es kann somit im Ergebnis mit sehr guten Gründen davon ausgegangen werden, dass gegenständlich alle sechs Tatbestandsmerkmale einer ausschreibungsfreien öffentlich öffentlichen Kooperation zwischen dem Land Tirol und der BIG gemäß § 10 Abs 3 BVergG 2018 erfüllt sind.

4 ÖFFENTLICH-ÖFFENTLICHE KOOPERATION ZWISCHEN DEM LAND TIROL, DER STADT INNSBRUCK UND DER BIG

Eine Möglichkeit besteht auch darin, dass sich über die beiden oben genannten Kooperationspartner hinaus auch die Stadt Innsbruck an der Kooperation beteiligt, indem sie das Baurecht an dem Grundstück für die Neuerrichtung des MCI Campus einbringt. Insofern erfüllt sie eine Voraussetzung für den Beitrag zum Projekt, weil sie Eigentümerin des Grundstücks für die Errichtung des MCI Campus ist.

Damit wäre es auch möglich, eine öffentlich-öffentliche Kooperation zwischen dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG einzurichten. Dennoch sind in diesem Fall die oben

⁴³ EuGH 4. 6. 2020, C-429/19, *Remondis II*, ECLI:EU:C:2020:436, Rn 29, Rechtsnews 29.198 = RPA 2020, 378 (*Ullreich/Reisinger/Pallitsch*) = *VIL-Slg 2020/22* = *wbl 2020/141* = *ZVB 2020/67* (*Bittner*); EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 44.

genannten Voraussetzungen auch für diese Kooperation zu prüfen, wobei auf die oben genannten allgemeinen Ausführungen zurückgegriffen werden kann.

4.1 Öffentliche Auftraggeber

Wie oben ausgeführt handelt es sich sowohl bei dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG um öffentliche Auftraggeber, sodass die erste Voraussetzung erfüllt ist.

4.2 Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse bzw zur Erreichung gemeinsamer Ziele

Auch die Stadt Innsbruck hat – wie oben ausgeführt – großes Interesse an der Umsetzung des Projekts MCI Campus Neubau. Die Gestaltung des ihr gehörenden Grundstücks im Zentrum von Innsbruck entsprechend den Zielen der örtlichen Raumplanung und die Erfüllung ihrer Aufgabe als Landeshauptstadt, zu der ua auch die Zurverfügungstellung von Bildungseinrichtungen, die für das ganze Bundesland von Bedeutung sind, zeigen, dass das MCI und damit auch der Neubau des MCI Campus zur Gewährleistung der nötigen Infrastruktur für den Bildungsbetrieb zu ihren Aufgaben gehört, die im eigenen Wirkungsbereich liegen. Damit verfolgen im Fall einer Kooperation zwischen dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG alle Beteiligten eine ihnen gemeinsame Aufgabe im öffentlichen Interesse.

4.3 Einbindung aller Beteiligten in die Leistungserbringung

Wie oben ausgeführt bringen das Land Tirol und die BIG jeweils unterschiedliche Mittel zur Erreichung des gemeinsamen Ziels ein. Würde sich darüber hinaus noch die Stadt Innsbruck an der Kooperation beteiligen, könnte sie als Beitrag das Baurecht an dem ihr gehörenden Grundstück einbringen, sodass keiner beiden anderen Beteiligten dieses ablösen müsste. Damit würde auch die Stadt Innsbruck zu der Umsetzung des Projekts beitragen und im Fall einer Kooperation zwischen dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG würden alle Beteiligten im Rahmen ihrer Möglichkeiten zur Realisierung des Projekts beitragen.

4.4 Erbringen von Leistungen auf dem offenen Markt

Die Stadt Innsbruck erbringt im Bereich der Errichtung von Universitäts- und Hochschulgebäuden keine Leistungen auf dem offenen Markt. Im Übrigen ist dazu auf die obigen Ausführungen zu verweisen.

4.5 Keine Besserstellung Privater

Wie oben ausgeführt erfolgt durch das Land Tirol und die BIG keine Besserstellung Privater.

Der Beitrag der Stadt bestünde in der Einbringung des Baurechts an dem nötigen Grundstück. Die Bewertung dieses Grundstücks erfolgte – wie sich aus dem zitierten Gemeinderatssitzungsprotokoll ergibt – auf Grundlage einer sachverständigen Bewertung dieses Baurechts. Es ist nicht erkennbar, dass die Stadt Innsbruck beabsichtigen würde, darüber hinaus einen Gewinnzuschlag verrechnen zu wollen.

Weiters ist die Stadt Innsbruck öffentliche Auftraggeberin. Sollten daher über die Zurverfügungstellung des Baurechts weitere Leistungen erforderlich werden, die am offenen Markt zu beschaffen wären, müsste sie diese in Ausschreibungen nach dem BVergG 2018 erwerben. Damit kommt es auch durch die Einbeziehung der Stadt Innsbruck nicht zu einer Besserstellung Privater.

4.6 Rechtsform der Kooperation

Da die Rechtsform nicht maßgeblich ist, kann die Kooperation sowohl in Form einer gemeinsamen Einrichtung, die etwa in Form einer ARGE in unterschiedlicher Ausgestaltung, also einer Vergesellschaftung erfolgen kann, als auch wie gegenständlich eher in Frage kommend auf vertraglicher Grundlage erfolgen.

4.7 Ergebnis

Anhand der obigen Prüfergebnisse kann somit festgehalten werden, dass die in Aussicht genommene öffentlich öffentliche Kooperation zwischen dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG:

1. ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern erfolgt;
2. im öffentlichen Interesse liegt bzw zur Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt wird;
3. alle Beteiligten in die Leistungserbringung einbindet;
4. keinen Einfluss auf den offenen Markt hat, weil die Beteiligten auf dem offenen Markt weniger als 20 % der erfassten Tätigkeiten erbringen;
5. keinen privater Dienstleistungserbringer besserstellt und
6. in jeder Rechtsform möglich ist, weil die Rechtsform der Kooperation nicht maßgeblich ist.

Es kann somit im Ergebnis mit sehr guten Gründen davon ausgegangen werden, dass gegenständlich alle sechs Tatbestandsmerkmale einer ausschreibungsfreien öffentlich öffentlichen Kooperation auch zwischen dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG gemäß § 10 Abs 3 BVergG 2018 erfüllt sind.

5 ZUSAMMENFASSUNG UND MÖGLICHKEITEN

Die unmittelbare Beteiligung des MCI an der Umsetzung des Projekts Neubau MCI Campus ist nicht vorgesehen.

Eine öffentlich-öffentliche Kooperation zwischen

- dem Land Tirol und der BIG oder
- dem Land Tirol, der Stadt Innsbruck und der BIG

erscheint aufgrund der obigen Prüfung möglich. Dabei bringen das Land Tirol die bereits erfolgte Vorplanung und eine allfällige Finanzierung, die BIG das Projektmanagement und die tatsächliche Umsetzung des Projekts ein. Sollte sich die Stadt Innsbruck daran beteiligen, würde sie das Baurecht an der benötigten Liegenschaft einbringen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass Leistungen Dritter in diesem Zusammenhang jedenfalls nach den Regeln des BVergG 2018 auszuschreiben sind, weil es sich bei allen Beteiligten um öffentliche Auftraggeber handelt.

gez. Prof. Dr. Michael Breitenfeld