

TE Uvs Bescheid 2009/3/23 314-002/09

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.03.2009

Norm

BVergG 2006 §79 Abs3

BVergG 2006 §79 Abs4

BVergG 2006 §96 Abs6

BVergG 2006 §99 Abs1

ElektrizitätswirtschaftsG §45 Abs1

BVergG 2006 §69 Abs1

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch seine Kammer 3 mit den Mitgliedern Dr Röser, Dr Böhler und Dr Herzog über die Anträge der N Egesellschaft mbH, W, auf Nichtigerklärung der Ausschreibungen des Landes Vorarlberg betreffend die Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung, Lieferung von Ökostrom 2009“ und „Rahmenvereinbarung, Lieferung von Ökostrom 2010/2011“ zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 4 Abs 2 und 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird den Anträgen auf Nichtigerklärung Folge gegeben und werden die Ausschreibungen für nichtig erklärt. Gemäß den Paragraphen 4, Absatz 2 und 13 Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird den Anträgen auf Nichtigerklärung Folge gegeben und werden die Ausschreibungen für nichtig erklärt.

Gemäß § 19 Abs 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat das Land Vorarlberg der Firma N Engesellschaft mbH sowohl die Hälfte der Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als auch die Hälfte der Gebühren für die Nachprüfungsanträge im Gesamtausmaß von 1.780,50 Euro binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Gemäß Paragraph 19, Absatz 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat das Land

Vorarlberg der Firma N Engesellschaft mbH sowohl die Hälfte der Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als auch die Hälfte der Gebühren für die Nachprüfungsanträge im Gesamtausmaß von 1.780,50 Euro binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Text

1.1. In einem am 22.1.2009 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz hinsichtlich der Ausschreibung „Rahmenvereinbarung Ökostrom 2010/2011“. In diesem brachte er im Wesentlichen wie folgt vor:

„7. Rechtswidrigkeiten

7.1 Erfüllungsort

In Punkt 6. der Ausschreibungsunterlage ist festgelegt, dass der Erfüllungsort der vom jeweiligen Auftraggeber bestimmte Ort innerhalb von Vorarlberg ist. Damit ist nicht hinreichend klargelegt, was tatsächlich der Erfüllungsort sein soll. Eine gewisse Klärung bringt das E-Mail der vergebenden Stelle vom 22.1.2009, Beilage ./4: Darin heißt es unter anderem:

"Aufgrund der Anzahl der Anlagen und der oben beschriebenen besonderen Sensibilität der gegenständlichen Anlagen müssen deren optimale Funktionsweise, die friktionslose Umstellung auf den neuen Lieferanten sowie die vollständige Liquidierung von Nachteilen, die der Lieferant zu vertreten hat, jederzeit gewährleistet sein.

Im Sinne der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit wird von der AG als Erfüllungsort der Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage als Erfüllungsort (im Sinne einer Bringschuld des Bieters / Lieferanten) vorgegeben. Dass der Bieter an diesen Erfüllungsort vertragskonform liefert, liegt ausschließlich im Verantwortungsbereich des Bieters.

Der Bieter hat daher für sämtliche Nachteile, die der AG dadurch entstehen können, dass der Bieter am Erfüllungsort nicht vertragskonform liefert (und somit auch für Nachteile, deren Ursachen beim Netzbetreiber liegen), einzustehen und hierfür eine angemessene Versicherungsdeckung nachzuweisen; dem Bieter bleibt es freilich unbenommen, allenfalls beim Netzbetreiber zu regressieren).

Mit dieser "Klarstellung" legt die vergebende Stelle aber offen, dass nach den Ausschreibungsbedingungen der Bieter sich des Netzbetreibers als Subunternehmer bedienen müsste, weil er anderenfalls die geschuldete Leistung (Lieferung von elektrischer Energie) am Erfüllungsort gar nicht erbringen könnte. Es ist nämlich davon auszugehen, dass sich jeder Lieferant der öffentlichen Stromnetze bedienen muss, um die von der Ausschreibung umfassten Anlagen zu beliefern (die Ausschreibung enthält keinerlei Hinweis darauf, dass sämtliche zu beliefernden Anlagen an Direktleitungen angeschlossen sind).

Damit ist aber rechtlich Unmögliches ausgeschrieben: Die Nutzung der öffentlichen Netze kann nur auf Basis des gesetzlichen Netzzugangsregimes erfolgen. Nach diesem Regime kommt einem Lieferanten aber kein eigener Netzzugang zu. Lieferanten sind zwar "Kunden" im Sinne des § 1 Abs 3 Z 25 und als solcher Netzzugangsberechtigter im Sinne von § 1 Abs 3 Z 38 Vorarlberger Landes-EIWOG. Allerdings regelt § 45 Abs 1 Vorarlberger Landes-EIWOG, dass alle Kunden berechtigt sind, mit (unter anderem) Stromhändlern Verträge über die Lieferung elektrischer Energie zur Deckung ihres Bedarfes abzuschließen und hinsichtlich dieser Strommengen Netzzugang zu begehren. Gemäß Abs 2 dieser Bestimmung können Elektrizitätsunternehmen (darunter fallen auch Stromhändler) den Netzzugang (nur) im Namen ihrer Kunden begehren. Daraus ergibt sich, dass Stromhändler Netzzugang nicht im eigenen Namen, sondern nur im Namen der von ihnen zu beliefernden Kunden begehren können, es also gar nicht möglich ist, dass der Lieferant im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einen Vertrag mit einem Netzbetreiber zur Belieferung von Endverbrauchern abschließen kann. Die in den Ausschreibungsbedingungen vorgegebene rechtliche Konstruktion, dass sich der Bieter des Netzbetreibers als Subunternehmer bedienen muss, ist daher rechtlich nicht möglich, weil er im Widerspruch zum zwingenden Netzzugangsregime nach dem Elektrizitätswirtschaftsrecht steht. Damit ist aber rechtlich Unmögliches ausgeschrieben: Die Nutzung der öffentlichen Netze kann nur auf Basis des gesetzlichen Netzzugangsregimes erfolgen. Nach diesem Regime kommt einem Lieferanten aber kein eigener Netzzugang zu. Lieferanten sind zwar "Kunden" im Sinne des Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 25 und als solcher Netzzugangsberechtigter im Sinne von Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 38, Vorarlberger Landes-EIWOG. Allerdings regelt Paragraph 45, Absatz eins, Vorarlberger Landes-EIWOG, dass alle Kunden berechtigt sind, mit (unter anderem)

Stromhändlern Verträge über die Lieferung elektrischer Energie zur Deckung ihres Bedarfes abzuschließen und hinsichtlich dieser Strommengen Netzzugang zu begehren. Gemäß Absatz 2, dieser Bestimmung können Elektrizitätsunternehmen (darunter fallen auch Stromhändler) den Netzzugang (nur) im Namen ihrer Kunden begehren. Daraus ergibt sich, dass Stromhändler Netzzugang nicht im eigenen Namen, sondern nur im Namen der von ihnen zu beliefernden Kunden begehren können, es also gar nicht möglich ist, dass der Lieferant im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einen Vertrag mit einem Netzbetreiber zur Belieferung von Endverbrauchern abschließen kann. Die in den Ausschreibungsbedingungen vorgegebene rechtliche Konstruktion, dass sich der Bieter des Netzbetreibers als Subunternehmer bedienen muss, ist daher rechtlich nicht möglich, weil er im Widerspruch zum zwingenden Netzzugangsregime nach dem Elektrizitätswirtschaftsrecht steht.

Dies hat im Hinblick auf die Festlegungen der Ausschreibung mehrererlei Konsequenzen:

Zum Einen ist nicht zulässig, dass der Bieter vertraglich gezwungen wird, seine Leistung an einem Erfüllungsort zu erfüllen, an dem ihm diese Leistungserbringung deshalb nicht möglich ist, weil er keinen diesbezüglichen (eigenen) Netzzugang haben kann. Die einzige Möglichkeit für einen Lieferanten ist, im Namen des Kunden Netzzugang zu gewähren. In diesem Fall ist aber der Kunde (Endverbraucher, also Auftraggeber) der Netzzugangsberechtigte und damit auch Vertragspartner des Netzbetreibers. Entgegen den Ausführungen im E-Mail vom 22.1.2009, Beilage ./4, ist daher die vorgesehene Bringschuld des Bieters rechtlich unmöglich.

b) Damit ist es aber auch unzumutbar, dem Bieter die Haftung für allfällige Nachteile, deren Ursache beim Netzbetreiber liegt, zu übertragen. Dies nicht nur, weil der Bieter faktisch eine derartige Haftung bei der Vertragserfüllung nicht verhindern könnte, wenn der Netzbetreiber seine Transportverpflichtungen nicht erfüllt, sondern auch die im E-Mail, Beilage ./xx, aufgezeigte Regressmöglichkeit nicht gegeben ist, weil der Lieferant (Bieter) kein Vertragsverhältnis mit dem Netzbetreiber hat, sodass ein Regress ausscheidet.

Die Verpflichtung zur Übernahme der Haftung für Schäden, die ein Dritter (Netzbetreiber, mit dem - wie oben aufgezeigt - der Bieter ja kein Vertragsverhältnis haben kann) verursacht, stellt aus vergaberechtlicher Sicht aber die Überbindung unkalkulierbarer Risiken auf die Bieter dar und ist daher im Sinne des § 79 Abs 3 BVergG unzulässig und sohin rechtswidrig. Die Verpflichtung zur Übernahme der Haftung für Schäden, die ein Dritter (Netzbetreiber, mit dem - wie oben aufgezeigt - der Bieter ja kein Vertragsverhältnis haben kann) verursacht, stellt aus vergaberechtlicher Sicht aber die Überbindung unkalkulierbarer Risiken auf die Bieter dar und ist daher im Sinne des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG unzulässig und sohin rechtswidrig.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nach Punkt 4.7 der Ausschreibungsunterlagen Gegenstand der Ausschreibung ausschließlich die Lieferung von Ökostrom ist. Der Netzzugang sowie die Netznutzung und sämtliche damit zusammenhängende Kosten sind nicht Gegenstand dieser Ausschreibung. Damit ist es aber auch unzulässig, dem Lieferanten die Haftung aus Netzzugang und Netznutzung zu überbinden.

7.2 Die Problematik des (rechtswidrigen und unmöglichen) Erfüllungsortes bringt aber noch ein weiteres Problem mit sich:

Ausgeschrieben ist die Belieferung mit Ökostrom. Erfüllen kann ein Bieter im Rechtsrahmen des gültigen (und zwingend anzuwendenden) Netzzugangsregimes diese Verpflichtung nur, indem er Ökostrom an technisch geeigneten Stellen in die Regelzone einspeist. Selbstverständlich kann der Bieter nicht die Gewähr dafür übernehmen, dass der von ihm in die Regelzone eingespeiste Ökostrom auch tatsächlich an den Anschlussstellen des Endverbrauchers entnehmbar ist (der Ökostrom hat im Netz kein "Mascherl", ist insoweit nicht bis zum Anschlusspunkt des Endverbrauchers "nachverfolgbar"). Nach der Ausschreibung (Punkt 3 des Ökostromliefervertrages) ist der Lieferant allerdings verpflichtet, ausschließlich Ökostrom zu liefern, und zwar im Sinne einer Vollversorgung. Dies ist technisch und rechtlich unmöglich.

Noch gravierender wird diese Problematik im Zusammenhang mit der Ausgleichsenergie. Ausgleichsenergie fällt an, wenn der Endverbraucher mehr Energie entnimmt, als fahrplanmäßig (also ex ante) vorgesehen war. Ausgleichsenergie wird aber nicht vom jeweiligen Lieferanten "gekauft" und "ingespeist", sondern erfolgt der "Kauf" von Ausgleichsenergie durch den Regelzonenführer auf Basis der vom Bilanzgruppenkoordinator gemäß § 54b Abs 2 lit a eingeholten und gereihten Ausgleichsenergieangebote (der Lieferant hat daher überhaupt keine Möglichkeit zur Einflussnahme darauf, ob die zur Deckung des Ausgleichsenergiebedarfes seiner Bilanzgruppe vom Regelzonenführer abgerufene und tatsächlich ins Netz eingespeiste Ausgleichsenergie Ökostrom ist oder nicht). Schon dies zeigt, dass die

Pflicht zur Belieferung mit (ausschließlich) Ökostrom (siehe Punkt 3.4 der Ausschreibungsunterlagen) mit Erfüllungsort Netzanschlusspunkt des Endverbrauchers ist daher schon aus diesem Grund rechtlich unmöglich, der Lieferant keinen Einfluss darauf hat, ob der zur Verbrauchsdeckung am konkreten Netzanschlusspunkt des Endverbrauchers erforderliche Ausgleichsenergiebedarf mit Ökostrom gedeckt wird (siehe dazu die Ausführungen oben, wonach die Ausgleichsenergie Angebote vom Bilanzgruppenkoordinator erstellt und vom Regelzonenführer abgerufen werden).“Noch gravierender wird diese Problematik im Zusammenhang mit der Ausgleichsenergie. Ausgleichsenergie fällt an, wenn der Endverbraucher mehr Energie entnimmt, als fahrplanmäßig (also ex ante) vorgesehen war. Ausgleichsenergie wird aber nicht vom jeweiligen Lieferanten "gekauft" und "eingespeist", sondern erfolgt der "Kauf" von Ausgleichsenergie durch den Regelzonenführer auf Basis der vom Bilanzgruppenkoordinator gemäß Paragraph 54 b, Absatz 2, Litera a, eingeholten und gereihten Ausgleichsenergieangebote (der Lieferant hat daher überhaupt keine Möglichkeit zur Einflussnahme darauf, ob die zur Deckung des Ausgleichsenergiebedarfes seiner Bilanzgruppe vom Regelzonenführer abgerufene und tatsächlich ins Netz eingespeiste Ausgleichsenergie Ökostrom ist oder nicht). Schon dies zeigt, dass die Pflicht zur Belieferung mit (ausschließlich) Ökostrom (siehe Punkt 3.4 der Ausschreibungsunterlagen) mit Erfüllungsort Netzanschlusspunkt des Endverbrauchers ist daher schon aus diesem Grund rechtlich unmöglich, der Lieferant keinen Einfluss darauf hat, ob der zur Verbrauchsdeckung am konkreten Netzanschlusspunkt des Endverbrauchers erforderliche Ausgleichsenergiebedarf mit Ökostrom gedeckt wird (siehe dazu die Ausführungen oben, wonach die Ausgleichsenergie Angebote vom Bilanzgruppenkoordinator erstellt und vom Regelzonenführer abgerufen werden).“

1.2. Gleichzeitig wurde beantragt, der Unabhängige Verwaltungssenat möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung auftragen, das Vergabeverfahren auszusetzen.

1.3. Mit Bescheid vom 23.1.2009, hat der Unabhängige Verwaltungssenat dem im obigen Punkt 1.2. erwähnten Antrag des Antragstellers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit Folge gegeben, als dem Auftraggeber aufgetragen wurde, das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung, Lieferung von Ökostrom 2010/2011“ bis zur Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates über den ebenfalls eingebrachten Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung auszusetzen.

2.1. In einem am 29.1.2009 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung, Lieferung von Ökostrom 2009“. In diesem brachte er im Wesentlichen wie folgt vor:

„7. Rechtswidrigkeiten

Zur Rechtswidrigkeit der nachzuweisenden Betriebshaftpflichtversicherung

Im Rahmen des Nachweises der Eignung als Mindestanforderung ist eine aufrechte Betriebs/Berufshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von zumindest € 5 Mio für Personen- und Sachschäden, die im Rahmen der Vertragserfüllung (hier: Lieferung von Ökostrom) entstehen können, zu erbringen (siehe Pkt. 3.2 der Ausschreibungsunterlage). Mit E-Mail der vergebenden Stelle vom 28.1.2009 (Beilage ./6) wurde diese Anforderung dahingehend konkretisiert, dass „im Sinne der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit von der AG als Erfüllungsort der Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage als Erfüllungsort (im Sinne einer Bringschuld des Bieters/Lieferanten) vorgegeben wird.“ Dass der Bieter an diesen Erfüllungsort vertragskonform liefert, liege ausschließlich im Verantwortungsbereich des Bieters. Der Bieter habe ferner „für sämtliche Nachteile, die der AG dadurch entstehen können, dass der Bieter am Erfüllungsort nicht vertragskonform liefert (und somit auch für Nachteile, deren Ursache beim Netzbetreiber liegen (!)), einzustehen und hiefür eine angemessene Versicherungsdeckung nachzuweisen“. Des weiteren merkt die AG an, dass es dem Bieter freilich unbenommen bleibe, sich allenfalls beim Netzbetreiber zu regressieren.

7.1.2 Zwar entscheidet grundsätzlich der Auftraggeber, welche Nachweismittel für die Eignung vorzulegen sind. Nachweise dürfen einem Unternehmen jedoch gem. § 70 Abs 2 BVergG nur so weit abverlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt ist. Diese gesetzliche Regelung stellt in diesem Zusammenhang eine Konkretisierung des allgemein gültigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Die geforderten Nachweise müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen (RV 1171 BlgNR 22. GP 89, 148). Ein ausgewogenes Verhältnis liegt hier keinesfalls vor: 7.1.2 Zwar entscheidet grundsätzlich der Auftraggeber, welche Nachweismittel für

die Eignung vorzulegen sind. Nachweise dürfen einem Unternehmen jedoch gem. Paragraph 70, Absatz 2, BVergG nur so weit abverlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt ist. Diese gesetzliche Regelung stellt in diesem Zusammenhang eine Konkretisierung des allgemein gültigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Die geforderten Nachweise müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 89, 148). Ein ausgewogenes Verhältnis liegt hier keinesfalls vor:

7.1.3 Eine Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung eines Stromhändlers umfasst naturgemäß nur die von ihm im Rahmen seines Geschäftsbetriebs ausgeübten Tätigkeiten. Nicht umfasst von der Tätigkeit der Stromlieferanten ist die Tätigkeit des Betriebs eines Verteilernetzes. Dementsprechend ist im elektrizitätsrechtlichen Sondergewerberecht (für Vorarlberg das Gesetz über die Erzeugung, Übertragung und Verteilung von elektrischer Energie des Landes Vorarlberg, LGBl Nr. 51/2007, in Folge „Vbg EIWOG“) auch keine Verpflichtung eines Stromlieferanten verankert, eine derart weitgehende Versicherung (d.h. dass eine Versicherung, welche auch die Tätigkeit eines Netzbetreibers mitumfasst) abzuschließen. Nach der klaren Rollenzuteilung im System des EIWOG ist es gerade Aufgabe des Verteilernetzbetreibers, den an sein Netz angeschlossenen Kunden (wie hier der AG), den Zugang zu seinem Netz und somit die physische Entnahme des Stroms zu ermöglichen. Vertraglich findet diese Rollenverteilung in dem dreipersonalen Verhältnis Kunde - Stromhändler - Netzbetreiber dadurch seinen Ausdruck, dass der Kunde erstens mit dem Netzbetreiber (und nicht dem Lieferanten) einen Netzzugangs- und Netznutzungsvertrag abschließt und der Kunde zweitens mit dem Stromlieferanten einen Stromliefervertrag abschließt. Zwischen dem Lieferanten und dem Netzbetreiber bedarf es hinsichtlich der Belieferung des Kunden keines Vertragsverhältnis und kommt ein solches daher regelmäßig auch nicht zustande.

7.1.3 Eine Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung eines Stromhändlers umfasst naturgemäß nur die von ihm im Rahmen seines Geschäftsbetriebs ausgeübten Tätigkeiten. Nicht umfasst von der Tätigkeit der Stromlieferanten ist die Tätigkeit des Betriebs eines Verteilernetzes. Dementsprechend ist im elektrizitätsrechtlichen Sondergewerberecht (für Vorarlberg das Gesetz über die Erzeugung, Übertragung und Verteilung von elektrischer Energie des Landes Vorarlberg, Landesgesetzblatt Nr. 51 aus 2007,, in Folge „Vbg EIWOG“) auch keine Verpflichtung eines Stromlieferanten verankert, eine derart weitgehende Versicherung (d.h. dass eine Versicherung, welche auch die Tätigkeit eines Netzbetreibers mitumfasst) abzuschließen. Nach der klaren Rollenzuteilung im System des EIWOG ist es gerade Aufgabe des Verteilernetzbetreibers, den an sein Netz angeschlossenen Kunden (wie hier der AG), den Zugang zu seinem Netz und somit die physische Entnahme des Stroms zu ermöglichen. Vertraglich findet diese Rollenverteilung in dem dreipersonalen Verhältnis Kunde - Stromhändler - Netzbetreiber dadurch seinen Ausdruck, dass der Kunde erstens mit dem Netzbetreiber (und nicht dem Lieferanten) einen Netzzugangs- und Netznutzungsvertrag abschließt und der Kunde zweitens mit dem Stromlieferanten einen Stromliefervertrag abschließt. Zwischen dem Lieferanten und dem Netzbetreiber bedarf es hinsichtlich der Belieferung des Kunden keines Vertragsverhältnis und kommt ein solches daher regelmäßig auch nicht zustande.

7.1.4 Dies ist auch dann nicht anders, wenn als Erfüllungsort - wie dies normalerweise der Fall ist - nicht der Ort der Einspeisung des Stroms in das Netz, sondern - wie hier rechtswidrigerweise - der Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage der AG festgelegt wird. Denn ungeachtet der system- und rechtswidrigen Vorgabe des Erfüllungsortes in der vorliegenden Ausschreibung ist der Netzbetreiber für die Netzsicherheit zuständig, was sich auch in den weitgehenden Verpflichtungen niederschlägt, welche Netzbetreibern im Elektrizitätswirtschaftsrecht auferlegt werden. Nach dem Vbg EIWOG sind die Betreiber von Verteilernetzen verpflichtet, die von ihnen betriebenen Netze sicher, zuverlässig und leistungsfähig und unter Bedachtnahme auf den Umweltschutz und die Interessen der Gesamtheit der Netzzugangsberechtigten zu betreiben und zu erhalten sowie bedarfsgerecht auszubauen (§ 34 Abs 1 lit a) Vbg EIWOG) wie auch die zum Betrieb des Netzes erforderlichen technischen Voraussetzungen sicherzustellen (§34 Abs 1 lit b) Vbg EIWOG). Zentral sind hierbei aus technischer Sicht die Spannungshaltung, die Blindleistungsbereitstellung sowie die Netzengpassbeseitigung (Oberndorfer in Hauer/Oberndorfer (Hrsg), EIWOG (2007) § 29 Z 10). Vgl. dazu auch Pkt. VII Z 10. der Allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu den Verteilernetzen in Vorarlberg (genehmigt durch die E-Control Kommission am 12.11.2008), welche das Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und dem Netzkunden regeln und einen integrierenden Bestandteil des Netzzugangsvertrages bilden:

7.1.4 Dies ist auch dann nicht anders, wenn als Erfüllungsort - wie dies normalerweise der Fall ist - nicht der Ort der Einspeisung des Stroms in das Netz, sondern - wie hier rechtswidrigerweise - der Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage der AG festgelegt wird. Denn ungeachtet der system- und rechtswidrigen Vorgabe des Erfüllungsortes in der vorliegenden Ausschreibung ist der Netzbetreiber für

die Netzsicherheit zuständig, was sich auch in den weitgehenden Verpflichtungen niederschlägt, welche Netzbetreibern im Elektrizitätswirtschaftsrecht auferlegt werden. Nach dem Vbg ElWOG sind die Betreiber von Verteilernetzen verpflichtet, die von ihnen betriebenen Netze sicher, zuverlässig und leistungsfähig und unter Bedachtnahme auf den Umweltschutz und die Interessen der Gesamtheit der Netzzugangsberechtigten zu betreiben und zu erhalten sowie bedarfsgerecht auszubauen (Paragraph 34, Absatz eins, Litera a,) Vbg ElWOG) wie auch die zum Betrieb des Netzes erforderlichen technischen Voraussetzungen sicherzustellen (§34 Absatz eins, Litera b,) Vbg ElWOG). Zentral sind hierbei aus technischer Sicht die Spannungshaltung, die Blindleistungsbereitstellung sowie die Netzengpassbeseitigung (Oberndorfer in Hauer/Oberndorfer (Hrsg), ElWOG (2007) Paragraph 29, Ziffer 10,). Vgl. dazu auch Pkt. römisch sieben Ziffer 10, der Allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu den Verteilernetzen in Vorarlberg (genehmigt durch die E-Control Kommission am 12.11.2008), welche das Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und dem Netzkunden regeln und einen integrierenden Bestandteil des Netzzugangsvertrages bilden:

„Der Netzbetreiber hat für eine Betriebsführung entsprechend den geltenden technischen Regeln und für einen Versorgungswiederaufbau im Falle von Versorgungsunterbrechungen aufgrund von Störungen zu sorgen.“

7.1.5 Soweit dies zur Beseitigung einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schäden notwendig ist, kann die Behörde nach § 42 Vbg ElWOG einen anderen geeigneten Netzbetreiber zur vorübergehenden Erfüllung der Aufgaben des Übertragungsnetzbetreibers ganz oder teilweise heranziehen (sog. Einweisung). Alle diese Verpflichtungen treffen aber nicht jene, die Strom liefern (Stromhändler). 7.1.5 Soweit dies zur Beseitigung einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schäden notwendig ist, kann die Behörde nach Paragraph 42, Vbg ElWOG einen anderen geeigneten Netzbetreiber zur vorübergehenden Erfüllung der Aufgaben des Übertragungsnetzbetreibers ganz oder teilweise heranziehen (sog. Einweisung). Alle diese Verpflichtungen treffen aber nicht jene, die Strom liefern (Stromhändler).

7.1.6 Demgegenüber treffen Lieferanten und Stromhändler eben nicht die den Netzbetreibern auferlegten Verpflichtungen insbesondere auch nicht jene zur Aufrechterhaltung und Besorgung der Netzsicherheit (s. § 45 ElWOG). Dies ist auch konsequent: Es ist denkunmöglich, dass es durch die Tätigkeit des Lieferanten, welche im Wesentlichen in einer Bürotätigkeit besteht, zu den von der AG ins Treffen geführten Schäden kommen kann. Hinzu kommt, dass der Stromhändler weder eine Einflussmöglichkeit auf den Zustand des Netzes hat, an welches sein Kunde angeschlossen ist, noch sonst auf die durch den Netzbetreiber zu gewährleistende Versorgungssicherheit Einfluss nehmen kann. Der Stromhändler ist nicht Netzbetreiber. Schon aus diesem Grund ist das Verlangen eines Nachweises des Bestehens einer Betriebshaftpflichtversicherung in der Höhe von € 5 Mio. für Schäden, die nicht aus einer Erfüllung der dieser Ausschreibung unterliegenden Pflichten entstehen können, völlig überschießend. 7.1.6 Demgegenüber treffen Lieferanten und Stromhändler eben nicht die den Netzbetreibern auferlegten Verpflichtungen insbesondere auch nicht jene zur Aufrechterhaltung und Besorgung der Netzsicherheit (s. Paragraph 45, ElWOG). Dies ist auch konsequent: Es ist denkunmöglich, dass es durch die Tätigkeit des Lieferanten, welche im Wesentlichen in einer Bürotätigkeit besteht, zu den von der AG ins Treffen geführten Schäden kommen kann. Hinzu kommt, dass der Stromhändler weder eine Einflussmöglichkeit auf den Zustand des Netzes hat, an welches sein Kunde angeschlossen ist, noch sonst auf die durch den Netzbetreiber zu gewährleistende Versorgungssicherheit Einfluss nehmen kann. Der Stromhändler ist nicht Netzbetreiber. Schon aus diesem Grund ist das Verlangen eines Nachweises des Bestehens einer Betriebshaftpflichtversicherung in der Höhe von € 5 Mio. für Schäden, die nicht aus einer Erfüllung der dieser Ausschreibung unterliegenden Pflichten entstehen können, völlig überschießend.

7.1.7 Schließlich begründet die AG die Notwendigkeit des Nachweises einer derartigen Betriebshaftpflichtversicherung damit, dass der Bieter für sämtliche Nachteile, deren Ursachen beim Netzbetreiber liegen, einzustehen hat. Damit verlangt die AG im Ergebnis allerdings, dass der Bieter eine Betriebshaftpflichtversicherung vorzulegen hat, die auch die Tätigkeit des Betriebs des Verteilernetzes, an welchen die Anlagen der AG angeschlossen sind, aufweist. Für den hier vorliegenden Auftragsgegenstand der Belieferung mit Ökostrom, ist aber gerade das Vorliegen einer Haftpflichtversicherung für die Tätigkeit des Betriebs des Verteilernetzes nicht erforderlich. Nach Punkt 4.7 der Ausschreibungsunterlage ist Gegenstand der Ausschreibung ausschließlich die Lieferung von Ökostrom. Der Netzzugang sowie die Netznutzung und sämtliche damit zusammenhängende Kosten werden in diesem Punkt hingegen vom Auftraggeber ausdrücklich vom Gegenstand dieser Ausschreibung ausgenommen. Auch aus diesem Grund ist es unzulässig, dem Lieferanten die Haftung aus Netzzugang und

Netznutzung zu überbinden (siehe dazu auch unten Pkt. 7.2.6). Zu der damit verbundenen Übertragung von unkalkulierbaren Risiken, siehe unten Pkt. 7.3. Der Nachweis des Vorliegens einer solchen Versicherung ist daher unzulässig.

7.1.8 Auch ist anzumerken, dass die Versicherungssumme der Höhe nach unangemessen ist. Der Marktwert der ausgeschriebenen Leistung liegt jährlich bei rd € 328.456. Die verlangte Versicherungssumme der Betriebs-/Berufshaftpflichtversicherung beläuft sich gegenständlich jedoch auf € 5.000.000,00 (!), somit auf rund 15 mal soviel als der nach der Formel unter FN 1 errechnete jährliche Auftragswert. Es liegt somit auch die gesetzlich geforderte Verhältnismäßigkeit zwischen Auftragswert und Höhe der Versicherungssumme nicht vor – die gegenständlich geforderte Versicherungssumme der Betriebs-/Berufshaftpflichtversicherung steht keinesfalls in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand und ist auch aus diesem Grund sachlich nicht gerechtfertigt.

Der Stromlieferant verfügt auf Grund der strengen Entflechtungsregeln über keinerlei Verfügungsbefugnisse über das vom Netzbetreiber betriebene Netz sowie über keinerlei Anordnungsbefugnisse gegenüber dem Netzbetreiber. Eine Übertragung der von Netzbetreibern (auch verschuldensunabhängig!) verursachten Schäden auf den Stromlieferanten stellt auch eine in der Praxis absolut unübliche Vorgehensweise dar. So besteht bereits gem. Pkt. XXVI. der Allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu den Verteilernetzen in Vorarlberg (genehmigt durch die E-Control Kommission am 12.11.2008), welche das Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und dem Netzkunden regeln und einen integrierenden Bestandteil des Netzzugangsvertrages bilden, eine Haftung des Netzbetreibers gegenüber dem Netzkunden: Der Stromlieferant verfügt auf Grund der strengen Entflechtungsregeln über keinerlei Verfügungsbefugnisse über das vom Netzbetreiber betriebene Netz sowie über keinerlei Anordnungsbefugnisse gegenüber dem Netzbetreiber. Eine Übertragung der von Netzbetreibern (auch verschuldensunabhängig!) verursachten Schäden auf den Stromlieferanten stellt auch eine in der Praxis absolut unübliche Vorgehensweise dar. So besteht bereits gem. Pkt. römisch 26 . der Allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu den Verteilernetzen in Vorarlberg (genehmigt durch die E-Control Kommission am 12.11.2008), welche das Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und dem Netzkunden regeln und einen integrierenden Bestandteil des Netzzugangsvertrages bilden, eine Haftung des Netzbetreibers gegenüber dem Netzkunden:

„Jeder Vertragspartner haftet dem anderen nach den allgemeinen schadensrechtlichen Vorschriften. Soweit es danach für die Haftung auf Verschulden ankommt, wird mit Ausnahme von Personenschäden und nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gehaftet.

Dieser Haftungsausschluss ist insbesondere deswegen sachlich gerechtfertigt, weil bei einer unbeschränkten Haftung die Kosten für Versicherungen auf die Netzkunden überwältzt werden müssten.“

7.1.9 Schlussendlich ist anzumerken, dass darüber hinaus das Abschließen einer Betriebs/Berufshaftpflichtversicherung in der verlangten Höhe für die bloßen Zwecke der Angebotslegung sachlich nicht gerechtfertigt ist: Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, so hat sie sich gegenüber dem Versicherungsunternehmen verpflichtet, höhere Prämien zu leisten. Dies ist jedoch für den Unternehmenszweck der Antragstellerin (Lieferung von elektrischer Energie) überhaupt nicht notwendig.

7.1.10 Im Ergebnis steht die Höhe der Versicherungssumme der Betriebs/Berufshaftpflichtversicherung in keinem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand. Darüber hinaus ist die Forderung der Haftungsübernahme für sämtliche Risiken, welche ausschließlich den Netzbetreiber betreffen und ausschließlich dieser beeinflussen kann, aus rechtlichen Gründen - nämlich auf Grund der strengen Entflechtungsregeln - nicht erfüllbar.

7.2 Zur Rechtswidrigkeit der verlangten Referenzlisten

7.2.1 Gem. Pkt. 3.4 der Ausschreibung muss der Bieter gemeinsam mit seinem Angebot an Hand einer Referenzliste über Ökostromanlagenanerkennungsbescheide nach § 7 Ökostromgesetz (in Folge: ÖSG) nachweisen, dass die eigene/n oder die direkt/indirekt unter Vertrag stehende/n Ökostromanlage/n eine freie jährliche Gesamtkapazität von zumindest 8 GWh hat/haben. Davon bleibt das Recht der AG unberührt, die Vorlage der Bescheide und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter anzufragen. Darüber hinaus hat der Bieter gemeinsam mit seinem Angebot eine Referenzliste über Ökostromlieferverträge vorzulegen, aus denen sich ergibt, dass der Bieter einen freien Anspruch auf Lieferung von Ökostrom im Ausmaß von jährlich zumindest 8 GWh hat. Wiederum bleibt davon das Recht der AG unberührt, die Vorlage der Verträge und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen. Auch hier gilt, dass die geforderten Nachweise in einem ausgewogenen Verhältnis zum

Auftragsgegenstand stehen müssen (vgl. oben Pkt. 7.1). 7.2.1 Gem. Pkt. 3.4 der Ausschreibung muss der Bieter gemeinsam mit seinem Angebot an Hand einer Referenzliste über Ökostromanlagenanerkennungsbescheide nach Paragraph 7, Ökostromgesetz (in Folge: ÖSG) nachweisen, dass die eigene/n oder die direkt/indirekt unter Vertrag stehende/n Ökostromanlage/n eine freie jährliche Gesamtkapazität von zumindest 8 GWh hat/haben. Davon bleibt das Recht der AG unberührt, die Vorlage der Bescheide und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter anzufragen. Darüber hinaus hat der Bieter gemeinsam mit seinem Angebot eine Referenzliste über Ökostromlieferverträge vorzulegen, aus denen sich ergibt, dass der Bieter einen freien Anspruch auf Lieferung von Ökostrom im Ausmaß von jährlich zumindest 8 GWh hat. Wiederum bleibt davon das Recht der AG unberührt, die Vorlage der Verträge und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen. Auch hier gilt, dass die geforderten Nachweise in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen müssen (vergleiche oben Pkt. 7.1).

7.2.2 Anlagen zur Erzeugung elektrischer Energie, die ausschließlich auf Basis erneuerbarer Energieträger betrieben werden, sind lediglich über Antrag der Betreiber vom Landeshauptmann mit Bescheid als Ökostromanlage anzuerkennen (vgl. § 7 Abs 1 ÖSG). Der Stromlieferant, der nicht selbst auch Ökostromanlagen betreibt, verfügt jedoch gar nicht über derartige Ökostromanlagenanerkennungsbescheide, demzufolge er auch nicht auf diese verweisen bzw. diese nicht vorlegen kann. An dieser Stelle muss die Vorlage von Herkunftsnachweisen gem. § 8 ÖSG als ausreichend qualifiziert werden. 7.2.2 Anlagen zur Erzeugung elektrischer Energie, die ausschließlich auf Basis erneuerbarer Energieträger betrieben werden, sind lediglich über Antrag der Betreiber vom Landeshauptmann mit Bescheid als Ökostromanlage anzuerkennen (vergleiche Paragraph 7, Absatz eins, ÖSG). Der Stromlieferant, der nicht selbst auch Ökostromanlagen betreibt, verfügt jedoch gar nicht über derartige Ökostromanlagenanerkennungsbescheide, demzufolge er auch nicht auf diese verweisen bzw. diese nicht vorlegen kann. An dieser Stelle muss die Vorlage von Herkunftsnachweisen gem. Paragraph 8, ÖSG als ausreichend qualifiziert werden.

Die Ökostromverträge enthalten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, insbesondere Preise und sonstige Liefer- bzw. Bezugskonditionen. Die Verpflichtung zur Vorlage dieser Verträge für den bloßen Nachweis auf freien Anspruch auf Lieferung von Ökostrom im oben genannten Ausmaß steht im Widerspruch zu § 70 Abs 2 BVerfG, wonach der AG die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen hat. Zur Bestätigung der Richtigkeit der Angaben des Bieters ist die Vorlage des Vertrags in seiner Gesamtheit nicht erforderlich. Dementsprechend wäre eine Bestimmung in der Ausschreibung, nach der lediglich ein Übergeben von „geschwärzten“ Vertragsfassungen (d.h. von Vertragsteilen, aus denen die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse abgedeckt sind bzw. aus denen ausschließlich der Name des Vertragspartners und die gelieferte Strommenge hervorgeht) verlangt wird, ausreichend und auch vergaberechtskonform. Eben ausgeführtes gilt ebenso für die Herausgabe von Kundenverträgen. Die Ökostromverträge enthalten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, insbesondere Preise und sonstige Liefer- bzw. Bezugskonditionen. Die Verpflichtung zur Vorlage dieser Verträge für den bloßen Nachweis auf freien Anspruch auf Lieferung von Ökostrom im oben genannten Ausmaß steht im Widerspruch zu Paragraph 70, Absatz 2, BVerfG, wonach der AG die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen hat. Zur Bestätigung der Richtigkeit der Angaben des Bieters ist die Vorlage des Vertrags in seiner Gesamtheit nicht erforderlich. Dementsprechend wäre eine Bestimmung in der Ausschreibung, nach der lediglich ein Übergeben von „geschwärzten“ Vertragsfassungen (d.h. von Vertragsteilen, aus denen die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse abgedeckt sind bzw. aus denen ausschließlich der Name des Vertragspartners und die gelieferte Strommenge hervorgeht) verlangt wird, ausreichend und auch vergaberechtskonform. Eben ausgeführtes gilt ebenso für die Herausgabe von Kundenverträgen.

7.2.4 Im Ergebnis widersprechen sowohl die Festlegung, wonach die Referenzliste über Ökostromanlagenanerkennungsbescheiden als auch die Referenzliste über Ökostromlieferverträge (insbesondere eine etwaig damit verbundene Vorlage dieser Verträge) als Eignungsnachweise der Bestimmung des § 70 Abs 2 BVerfG und sind diese als rechtswidrig zu qualifizieren. 7.2.4 Im Ergebnis widersprechen sowohl die Festlegung, wonach die Referenzliste über Ökostromanlagenanerkennungsbescheiden als auch die Referenzliste über Ökostromlieferverträge (insbesondere eine etwaig damit verbundene Vorlage dieser Verträge) als Eignungsnachweise der Bestimmung des Paragraph 70, Absatz 2, BVerfG und sind diese als rechtswidrig zu qualifizieren.

Zur rechtswidrigen Festlegung des Erfüllungsortes

7.3.1 In Punkt 6. der Ausschreibungsunterlage ist festgelegt, dass der Erfüllungsort der vom jeweiligen Auftraggeber bestimmte Ort innerhalb von Vorarlberg ist. Mit dieser Festlegung ist jedoch nicht hinreichend klargestellt, was tatsächlich der Erfüllungsort sein soll.

7.3.2 Eine gewisse Klärung könnte die E-Mail der vergebenden Stelle vom 28.1.2009 mit sich bringen (Beilage ./5). In der Fragenbeantwortung heißt es unter anderem:

„Im Sinne der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit wird von der AG als Erfüllungsort der Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage als Erfüllungsort (im Sinne einer Bringschuld des Bieters / Lieferanten) vorgegeben. Dass der Bieter an diesen Erfüllungsort vertragskonform liefert, liegt ausschließlich im Verantwortungsbereich des Bieters.“

7.3.3 Mit dieser „Klarstellung“ legt die vergebende Stelle aber offen, dass nach den Ausschreibungsbedingungen der Bieter sich des Verteilernetzbetreibers, an welches die betroffene Anlage des Kunden angeschlossen ist, als Subunternehmer bedienen müsste, weil er anderenfalls die geschuldete Leistung (Lieferung von Ökostrom) am Erfüllungsort gar nicht erbringen könnte. Es ist nämlich davon auszugehen, dass sich jeder Lieferant der öffentlichen Stromnetze bedienen müsste, um die von der Ausschreibung umfassten Anlagen zu beliefern (Die Ausschreibung enthält keinerlei Hinweis darauf, dass sämtliche zu beliefernden Anlagen an Direktleitungen angeschlossen sind. Üblich als Erfüllungsort ist jedenfalls der technisch geeignete Einspeisepunkt in der Regelzone, in der die Standorte der AG liegen - die Verbindung bis zur jeweiligen Anlage ist sodann Sache des Netzbetreibers).

7.3.4 Damit ist aber rechtlich Unmögliches ausgeschrieben: Die Nutzung der öffentlichen Netze kann nur auf Basis des gesetzlichen Netzzugangsregimes erfolgen. Nach diesem Regime kommt einem Lieferanten aber kein eigener Netzzugang zu. Lieferanten sind zwar "Kunden" im Sinne des § 1 Abs 3 Z 25 Vbg ElWOG und als solcher Netzzugangsberechtigter im Sinne von § 1 Abs 3 Z 38 Vbg ElWOG. Allerdings regelt § 45 Abs 1 Vbg ElWOG, dass alle Kunden berechtigt sind, mit (unter anderem) Stromhändlern Verträge über die Lieferung elektrischer Energie zur Deckung ihres Bedarfes abzuschließen und hinsichtlich dieser Strommengen Netzzugang zu begehren. Gemäß Abs 2 dieser Bestimmung können Elektrizitätsunternehmen (darunter fallen auch Stromhändler) den Netzzugang (nur) im Namen ihrer Kunden begehren. Daraus ergibt sich, dass Stromhändler Netzzugang nicht im eigenen Namen, sondern nur im Namen der von ihnen zu beliefernden Kunden begehren können, es also gar nicht möglich ist, dass der Lieferant im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einen Vertrag mit einem Netzbetreiber zur Belieferung von Endverbrauchern abschließen kann.

7.3.4 Damit ist aber rechtlich Unmögliches ausgeschrieben: Die Nutzung der öffentlichen Netze kann nur auf Basis des gesetzlichen Netzzugangsregimes erfolgen. Nach diesem Regime kommt einem Lieferanten aber kein eigener Netzzugang zu. Lieferanten sind zwar "Kunden" im Sinne des Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 25, Vbg ElWOG und als solcher Netzzugangsberechtigter im Sinne von Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 38, Vbg ElWOG. Allerdings regelt Paragraph 45, Absatz eins, Vbg ElWOG, dass alle Kunden berechtigt sind, mit (unter anderem) Stromhändlern Verträge über die Lieferung elektrischer Energie zur Deckung ihres Bedarfes abzuschließen und hinsichtlich dieser Strommengen Netzzugang zu begehren. Gemäß Absatz 2, dieser Bestimmung können Elektrizitätsunternehmen (darunter fallen auch Stromhändler) den Netzzugang (nur) im Namen ihrer Kunden begehren. Daraus ergibt sich, dass Stromhändler Netzzugang nicht im eigenen Namen, sondern nur im Namen der von ihnen zu beliefernden Kunden begehren können, es also gar nicht möglich ist, dass der Lieferant im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einen Vertrag mit einem Netzbetreiber zur Belieferung von Endverbrauchern abschließen kann.

7.3.5 Die in den Ausschreibungsbedingungen vorgegebene rechtliche Konstruktion, dass sich der Bieter des Netzbetreibers als Subunternehmer bedienen muss, ist daher rechtlich nicht möglich, weil er im Widerspruch zum zwingenden Netzzugangsregime nach dem Elektrizitätswirtschaftsrecht steht. Dies hat im Hinblick auf die Festlegungen der Ausschreibung mehrerlei Konsequenzen:

7.3.6 Zum Einen ist nicht zulässig, dass der Bieter vertraglich gezwungen wird, seine Leistung an einem Erfüllungsort zu erfüllen, an dem ihm diese Leistungserbringung deshalb nicht möglich ist, weil er keinen diesbezüglichen (eigenen) Netzzugang haben kann. Die einzige Möglichkeit für einen Lieferanten ist, im Namen des Kunden Netzzugang zu gewähren. In diesem Fall ist aber der Kunde (Endverbraucher, also Auftraggeber) der Netzzugangsberechtigte und damit auch Vertragspartner des Netzbetreibers. Entgegen den Ausführungen im E-Mail vom 28.1.2009 (Beilage ./6) ist daher die wohl auch in gegenständlichen Vergabeverfahren vorgesehene Bringschuld des Bieters rechtlich unmöglich.

7.3.7 Damit ist es aber auch unzumutbar, dem Bieter die Haftung für allfällige Nachteile, deren Ursache beim

Netzbetreiber liegt, zu übertragen. Dies nicht nur, weil der Bieter faktisch eine derartige Haftung bei der Vertragserfüllung nicht verhindern könnte, wenn der Netzbetreiber seine Transportverpflichtungen nicht erfüllt, sondern auch die im E-Mail, Beilage ./6, aufgezeigte Regressmöglichkeit nicht gegeben ist, weil der Lieferant (Bieter) kein Vertragsverhältnis mit dem Netzbetreiber hat, sodass ein Regress ausscheidet.

7.3.8 Die Fragenbeantwortung steht auch im klaren Widerspruch mit anderen Bestimmungen der Ausschreibung, insb. deren Pkt. 4.7, wonach Gegenstand dieser Ausschreibung ausschließlich die Lieferung von Ökostrom ist und ferner festgelegt ist, dass die Netzzugangs- sowie die Netznutzungs- und sämtliche damit zusammenhängende Kosten nicht Gegenstand dieser Ausschreibung sind. Damit bringt die AG das - eigentlich richtige - Verständnis zum Ausdruck, dass die reine Belieferung mit Strom eben nicht auch voraussetzt, dass der Lieferant den Netzzugang und die Netznutzung sicherzustellen hat. Das Recht auf Netzzugang hat nach dem ElWOG auch nur der Kunde, nicht jedoch der Lieferant (der Lieferant kann nur auftrags und im Namen des Kunden Netzzugang begehren, erhält aber dadurch selbstverständlich kein originäres Netzzugangsrecht). Es ist aber unzulässig, zum einen die den Netzbetreibern auferlegten Pflichten (Gewährung Netzzugang und Netznutzung) vom Leistungsgegenstand auszunehmen, zum anderen allerdings dem Bieter eine weitgehend unbeschränkte Haftung für genau diese ausgenommenen Leistungsteile aufzubürden.

7.3.9 Die AG übersieht ferner, dass die von ihr gewünschte Leistung (Blieferung mit ausschließlich Ökostrom) an dem von ihr bestimmten Erfüllungsort aus einem weiteren Grund rechtlich und technisch unmöglich ist, denn Strom hat kein "Mascherl", d.h. ob der Strom, der von der AG an den von ihr bezeichneten Netzanschlusspunkten tatsächlich Ökostrom ist (also in einer zertifizierten Ökostromerzeugungsanlage produziert wurde) lässt sich weder feststellen noch garantieren. Der Stromlieferant kann lediglich durch Beibringen von Zertifikaten nachweisen, dass er eine entsprechende Menge an Ökostrom in die Regelzone eingespeist hat.

7.4 Zur Übernahme unkalkulierbarer Risiken

Es liegt zwar in der Natur des gegenständlichen Vergabeverfahrens, dass unklar ist, wie viele Einzelabrufe wann und in welcher Einzelauftragshöhe in der Vertragslaufzeit anfallen werden. Allerdings muss die AG selbst bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung dem Vergabeverfahren die in §§ 79 bis 100 BVergG 2006 enthaltenen Regelungen zu Grunde legen (vgl. VKS Wien 14.6.2005, VKS-1352/00 mit Bezug auf §§ 66 bis 80 BVergG 2002). Der AG hat die Ausschreibungsunterlagen somit auch bei Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden können (vgl. § 79 Abs 3 BVergG). Darüber hinaus sind in der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung alle Umstände anzuführen (z.B. örtliche und zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen (vgl. § 96 Abs 6 BVergG). Der Leistungsumfang muss daher so konkret sein, dass die Preisgestaltung für den Bieter nicht zum unkalkulierbaren Risiko wird (vgl. UVS Stmk 3.5.2004, 44.15-2/2004). Diese Voraussetzung erfüllt die gegenständliche Ausschreibung jedoch nicht: Es liegt zwar in der Natur des gegenständlichen Vergabeverfahrens, dass unklar ist, wie viele Einzelabrufe wann und in welcher Einzelauftragshöhe in der Vertragslaufzeit anfallen werden. Allerdings muss die AG selbst bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung dem Vergabeverfahren die in Paragraphen 79 bis 100 BVergG 2006 enthaltenen Regelungen zu Grunde legen vergleiche VKS Wien 14.6.2005, VKS-1352/00 mit Bezug auf Paragraphen 66 bis 80 BVergG 2002). Der AG hat die Ausschreibungsunterlagen somit auch bei Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden können vergleiche Paragraph 79, Absatz 3, BVergG). Darüber hinaus sind in der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung alle Umstände anzuführen (z.B. örtliche und zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen vergleiche Paragraph 96, Absatz 6, BVergG). Der Leistungsumfang muss daher so konkret sein, dass die Preisgestaltung für den Bieter nicht zum unkalkulierbaren Risiko wird vergleiche UVS Stmk 3.5.2004, 44.15-2/2004). Diese Voraussetzung erfüllt die gegenständliche Ausschreibung jedoch nicht:

Wie bereits unter Pkt. 4 ausgeführt, sind neben dem Land Vorarlberg auch die in Beilage ./1 zur Ausschreibungsunterlage angeführten Stellen als Auftraggeber, welche selbständig Aufträge erteilen können, anzusehen. Darüber hinaus ist der für die Rahmenvereinbarung ausgewählte Partner jedoch auch verpflichtet, mit von

der AG während der Vertragslaufzeit der Rahmenvereinbarung namhaft gemachten, weiteren Abnahmestellen Individualökostromlieferverträge abzuschließen (siehe Pkt. 4.2 der Ausschreibungsunterlage). Es ist somit völlig unklar, wie viele und welche zusätzlichen Auftraggeber welches Ausmaß an Strom innerhalb des Vereinbarungszeitraumes an welcher und wie vielen Anschlussstellen abrufen können. Die Frage des Vertragspartners und der Menge ist jedoch bei der Kalkulation der Preise eine wesentliche: So macht es einen erheblichen Unterschied, ob ein Ökostromliefervertrag mit einem Vertragspartner, welcher einen gesamten Verbrauch an Strom in Höhe von 1 kWh aufweist (hier etwa: Forstgarten des Landes Vorarlberg) oder mit einem Vertragspartner, welcher einen gesamten Verbrauch an Strom in Höhe von 274.486 kWh aufweist (hier etwa: Vorarlberger Landesbibliothek) abgeschlossen werden soll. Dadurch, dass seitens der AG auch andere, nicht umschriebene Abnahmestellen als Vertragspartner ernannt werden können, kann das Ausmaß des Stromverbrauches bei diesen Abnahmestellen zwischen den genannten kWh-Werten variieren. Dabei hat eine Abnahmestelle mit geringem Verbrauch ein anderes Abnahmeverhalten als eine Abnahmestelle mit hohem Verbrauch. Daraus resultieren unterschiedliche Beschaffungskosten und in Folge unterschiedliche Angebotspreise. Da den Bietern im Voraus nicht bekannt ist, für welche Abnahmestellen Individualökostromlieferverträge abgeschlossen werden können, ist eine genaue Kalkulation der Angebote unmöglich.

Der VKS Wien sprach iZm der Vergabe einer Rahmenvertrag über Spenglerarbeiten aus, dass Parameter der Umstände der Leistungserbringung wie Höhe von Objekten, Zugänglichkeit, Bauzustand usw. ebenfalls durch nach Kostenrelevanz zu bestimmenden Positionen zu berücksichtigen sind (VKS Wien 14.6.2005, VKS-1352/00). Zwar betraf diese Ausschreibung einen Rahmenvertrag, doch muss nach Rsp des BVA und nach der Lit auch eine Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung - trotz Zugrundelegung eines gelockerten Maßstabs - vor allem hinsichtlich der Konkretisierung des Leistungsumfanges den allgemeinen gesetzlichen Anordnungen gerecht werden (vgl. BVA 13.4.2006, N/0009-BVA/06/2006-38; Hornbanger/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002 (2005) § 119 Rz 12). Wenn dies bei Spenglerarbeiten bereits für Bauzustand und Zugänglichkeit der Objekte gilt, so muss dieser Grundsatz umso mehr bei Lieferung von Strom für die Definition des Vertragspartners und die Angabe über die gelieferte Menge an Strom an welche Anschlussstellen gelten! Der VKS Wien sprach iZm der Vergabe einer Rahmenvertrag über Spenglerarbeiten aus, dass Parameter der Umstände der Leistungserbringung wie Höhe von Objekten, Zugänglichkeit, Bauzustand usw. ebenfalls durch nach Kostenrelevanz zu bestimmenden Positionen zu berücksichtigen sind (VKS Wien 14.6.2005, VKS-1352/00). Zwar betraf diese Ausschreibung einen Rahmenvertrag, doch muss nach Rsp des BVA und nach der Lit auch eine Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung - trotz Zugrundelegung eines gelockerten Maßstabs - vor allem hinsichtlich der Konkretisierung des Leistungsumfanges den allgemeinen gesetzlichen Anordnungen gerecht werden vergleiche BVA 13.4.2006, N/0009-BVA/06/2006-38; Hornbanger/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002 (2005) Paragraph 119, Rz 12). Wenn dies bei Spenglerarbeiten bereits für Bauzustand und Zugänglichkeit der Objekte gilt, so muss dieser Grundsatz umso mehr bei Lieferung von Strom für die Definition des Vertragspartners und die Angabe über die gelieferte Menge an Strom an welche Anschlussstellen gelten!

7.4.4 Auch die Verpflichtung zur Übernahme der Haftung für Schäden, die ein Dritter (Netzbetreiber, mit dem - wie oben aufgezeigt - der Bieter ja kein Vertragsverhältnis hat) verursacht, stellt aus vergaberechtlicher Sicht aber die Überbindung unkalkulierbarer Risiken auf die Bieter dar. Dies deshalb, weil der Bieter keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Tätigkeit des Netzbetreibers hat und das von diesem ausgehende Risiko nicht beherrschen kann. Er kann dieses Risiko folglich auch nicht konkret in seiner Kalkulation berücksichtigen. Vorliegend sind im übrigen die Netze anderer Verteilernetzbetreiber betroffen. Auch werden die Umstände, die zu einer Haftung führen können bzw. für die die Bieter die Haftung übernehmen müssen, seitens der AG nicht nur nicht vollständig, sondern vielmehr überhaupt nicht angegeben. Diese Umstände müssen daher in weiten Teilen von eigenen Annahmen der Bieter ersetzt werden - in Folge sind die seitens der Bieter gelegten Angebote unkalkulierbar und nicht vergleichbar iSd BVerfG (vgl. Kurz, Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz (Teil 1) in ZVB 2008/86, 329). Darüber hinaus ist eine unbeschränkte Haftung überschießend, weil selbst der Netzbetreiber bei Haftungen, bei denen es auf Verschulden ankommt, nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet (mit Ausnahme von Personenschäden; vgl. Pkt. XXVI. der Allgemeinen Netzbedingungen, AB-VN). Die AG ist diesbezüglich auch nicht schutzbedürftig: Sie verfügt über einen eigenen Netzzugang - bzw Netzzugangsvertrag mit dem Netzbetreiber, auf welchen sie allfällige Schadenersatzansprüche stützen kann. Die hier verlangte Haftungsübernahme bezieht nach dem Wortlaut jedoch auch Nachteile der AG ein, die zwar ursächlich beim Netzbetreiber liegen, aber ohne sein Verschulden verursacht wurde, wie zB Höhere Gewalt. Dies ist nicht nur unkalkulierbar, sondern auch gröblich benachteiligend.

7.4.4 Auch die

Verpflichtung zur Übernahme der Haftung für Schäden, die ein Dritter (Netzbetreiber, mit dem - wie oben aufgezeigt - der Bieter ja kein Vertragsverhältnis hat) verursacht, stellt aus vergaberechtlicher Sicht aber die Überbindung unkalkulierbarer Risiken auf die Bieter dar. Dies deshalb, weil der Bieter keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Tätigkeit des Netzbetreibers hat und das von diesem ausgehende Risiko nicht beherrschen kann. Er kann dieses Risiko folglich auch nicht konkret in seiner Kalkulation berücksichtigen. Vorliegend sind im übrigen die Netze anderer Verteilernetzbetreiber betroffen. Auch werden die Umstände, die zu einer Haftung führen können bzw. für die die Bieter die Haftung übernehmen müssen, seitens der AG nicht nur nicht vollständig, sondern vielmehr überhaupt nicht angegeben. Diese Umstände müssen daher in weiten Teilen von eigenen Annahmen der Bieter ersetzt werden - in Folge sind die seitens der Bieter gelegten Angebote unkalkulierbar und nicht vergleichbar iSd BVergG vergleiche Kurz, Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz (Teil 1) in ZVB 2008/86, 329). Darüber hinaus ist eine unbeschränkte Haftung überschießend, weil selbst der Netzbetreiber bei Haftungen, bei denen es auf Verschulden ankommt, nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet (mit Ausnahme von Personenschäden; vergleiche Pkt. römisch 26 . der Allgemeinen Netzbedingungen, AB-VN). Die AG ist diesbezüglich auch nicht schutzbedürftig: Sie verfügt über einen eigenen Netzzugang - bzw Netzzugangsvertrag mit dem Netzbetreiber, auf welchen sie allfällige Schadenersatzansprüche stützen kann. Die hier verlangte Haftungsübernahme bezieht nach dem Wortlaut jedoch auch Nachteile der AG ein, die zwar ursächlich beim Netzbetreiber liegen, aber ohne sein Verschulden verursacht wurde, wie zB Höhere Gewalt. Dies ist nicht nur unkalkulierbar, sondern auch gröblich benachteiligend.

7.4.5 Schlussendlich ist darauf hinzuweisen, dass die Überwälzung des Preisrisikos (vgl. Pkt. 4.1.2 und Beilage ./ 7 der Ausschreibungsunterlage) auf den Bieter angesichts des Umstandes, dass seitens der AG eine Parallelbeschaffung jederzeit möglich ist, unzulässig ist. Insbesondere ist die Überwälzung des Preisrisikos auf Grund der Besonderheiten des EIWOG und der sich täglich ändernden Strompreis sachlich nicht gerechtfertigt, weil auch dadurch eine Unkalkulierbarkeit des Angebotes begründet wird.7.4.5 Schlussendlich ist darauf hinzuweisen, dass die Überwälzung des Preisrisikos vergleiche Pkt. 4.1.2 und Beilage ./ 7 der Ausschreibungsunterlage) auf den Bieter angesichts des Umstandes, dass seitens der AG eine Parallelbeschaffung jederzeit möglich ist, unzulässig ist. Insbesondere ist die Überwälzung des Preisrisikos auf Grund der Besonderheiten des EIWOG und der sich täglich ändernden Strompreis sachlich nicht gerechtfertigt, weil auch dadurch eine Unkalkulierbarkeit des Angebotes begründet wird.

7.5.6 Die aufgezeigten Umstände führen im Ergebnis zu einer Überbindung unkalkulierbarer Risiken. Sie sind daher im Sinne des § 79 Abs 3 BVergG unzulässig und sohin rechtswidrig.7.5.6 Die aufgezeigten Umstände führen im Ergebnis zu einer Überbindung unkalkulierbarer Risiken. Sie sind daher im Sinne des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG unzulässig und sohin rechtswidrig.

7.5 Zur gröblicher Benachteiligung durch die Vertragsbestimmungen

Unter Berücksichtigung der Definition in § 305 Abs 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) sind unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen (in Folge: „AGB“) alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (hier: die AG) der anderen Vertragspartei (hier: dem Bieter / dem Auftragnehmer) bei Abschluss des Vertrages stellt. Wesentliches Element dabei ist neben dem Zweck des massenweisen Einsatzes die einseitige Vorformulierung dieser Vertragsbedingungen. Den gemeinhin als AGB erkannten Vertragsklauseln gleichzuhalten ist aber - unabhängig von der Absicht des massenweisen Einsatzes - die einseitige Vorformulierung eines Einzelvertrages, sofern der andere Teil keine Möglichkeit hat, über den Vertragsinhalt tatsächlich individuell zu verhandeln (sog. „einseitiges Vertragsdiktat“). Auch derartige Vertragsbedingungen unterliegen damit der Geltungs- und Inhaltskontrolle der §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB.Unter Berücksichtigung der Definition in Paragraph 305, Absatz eins, des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) sind unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen (in Folge: „AGB“) alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (hier: die AG) der anderen Vertragspartei (hier: dem Bieter / dem Auftragnehmer) bei Abschluss des Vertrages stellt. Wesentliches Element dabei ist neben dem Zweck des massenweisen Einsatzes die einseitige Vorformulierung dieser Vertragsbedingungen. Den gemeinhin als AGB erkannten Vertragsklauseln gleichzuhalten ist aber - unabhängig von der Absicht des massenweisen Einsatzes - die einseitige Vorformulierung eines Einzelvertrages, sofern der andere Teil keine Möglichkeit hat, über den Vertragsinhalt tatsächlich individuell zu verhandeln (sog. „einseitiges Vertragsdiktat“). Auch derartige Vertragsbedingungen unterliegen damit der Geltungs- und Inhaltskontrolle der Paragraphen 864 a und 879 Absatz 3, ABGB.

7.5.2 In der vorliegenden Ausschreibung sind gem. Pkt. 1.13 Alternativ- und Abänderungsangebote unzulässig. Da sich

der Bieter daher strikt an die Ausschreibungsbedingungen zu halten hat, der Text der Ausschreibungsunterlage weder geändert noch ergänzt werden darf sowie ein Verhandlungsverbot besteht, legt das Vergaberecht gewissermaßen ex-lege fest, dass ein Bieter über den Vertragsinhalt nicht individuell verhandeln kann, womit das nach der Definition wesentliche einseitige Vertragsoktroi vorliegt. Im Ergebnis sind somit beim offenen Verfahren sämtliche Vertragsbestimmungen der Ausschreibung in ihrer Wirkung den als AGB bezeichneten Vertragsschablonen gleichzusetzen, sodass auch diese der für AGB vorgesehenen Geltungs- und Inhaltskontrolle des ABGB nach den §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB unterliegen (Katary, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Geltungs- und Inhaltskontrolle im Vergabespezifischen Rechtsschutz in RPA 2007, 217f). Auch der OGH sprach aus, dass in Fällen, in welchen der Vertragsinhalt zumindest weitgehend vorgegeben wird, ohne dass zugleich AGB vorliegen - so vor allem bei einer Ausschreibung, eine typische Ungleichgewichtslage angenommen wird, sodass eine Überprüfung der Ausschreibungsunterlage im Lichte der §§ 864a und 879 Abs 1 und Abs 3 ABGB im Analogieweg als zulässig erkannt wird (vgl. OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i).

7.5.2 In der vorliegenden Ausschreibung sind gem. Pkt. 1.13 Alternativ- und Abänderungsangebote unzulässig. Da sich der Bieter daher strikt an die Ausschreibungsbedingungen zu halten hat, der Text der Ausschreibungsunterlage weder geändert noch ergänzt werden darf sowie ein Verhandlungsverbot besteht, legt das Vergaberecht gewissermaßen ex-lege fest, dass ein Bieter über den Vertragsinhalt nicht individuell verhandeln kann, womit das nach der Definition wesentliche einseitige Vertragsoktroi vorliegt. Im Ergebnis sind somit beim offenen Verfahren sämtliche Vertragsbestimmungen der Ausschreibung in ihrer Wirkung den als AGB bezeichneten Vertragsschablonen gleichzusetzen, sodass auch diese der für AGB vorgesehenen Geltungs- und Inhaltskontrolle des ABGB nach den Paragraphen 864 a und 879 Absatz 3, ABGB unterliegen (Katary, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Geltungs- und Inhaltskontrolle im Vergabespezifischen Rechtsschutz in RPA 2007, 217f). Auch der OGH sprach aus, dass in Fällen, in welchen der Vertragsinhalt zumindest weitgehend vorgegeben wird, ohne dass zugleich AGB vorliegen - so vor allem bei einer Ausschreibung, eine typische Ungleichgewichtslage angenommen wird, sodass eine Überprüfung der Ausschreibungsunterlage im Lichte der Paragraphen 864 a und 879 Absatz eins und Absatz 3, ABGB im Analogieweg als zulässig erkannt wird vergleiche OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i).

7.5.3 Gem. § 879 Abs 3 ABGB ist eine gröblich benachteiligende Klausel, die nicht die beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig. Bei der Frage nach einer gröblichen Benachteiligung von § 879 Abs 3 ABGB ist das dispositive Recht als Ausgangspunkt heranzuziehen (vgl. Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB3 IV, § 879 Rz 30), welches eine Art „Richtigkeitsgewähr“ in sich trägt (vgl. auch Krejci in Rummel ABGB III § 879 Rz 240). Sofern daher eine Abweichung vom dispositiven Recht ohne sachliche Rechtfertigung vorliegt, wird dies eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners iSd § 879 Abs 3 ABGB darstellen.

7.5.3 Gem. Paragraph 879, Absatz 3, ABGB ist eine gröblich benachteiligende Klausel, die nicht die beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig. Bei der Frage nach einer gröblichen Benachteiligung von Paragraph 879, Absatz 3, ABGB ist das dispositive Recht als Ausgangspunkt heranzuziehen vergleiche Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB3 römisch vier, Paragraph 879, Rz 30), welches eine Art „Richtigkeitsgewähr“ in sich trägt vergleiche auch Krejci in Rummel ABGB römisch drei Paragraph 879, Rz 240). Sofern daher eine Abweichung vom dispositiven Recht ohne sachliche Rechtfertigung vorliegt, wird dies eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB darstellen.

7.5.4 Im gegenständlichen Vergabeverfahren liegen folgende Abweichungen vom dispositiven Recht - teilweise sogar von zwingenden Recht (!) - ohne sachliche Rechtfertigung vor:

Das Verlangen einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme in Höhe von € 5 Mio zu dem Zwecke der bloßen Stromlieferung als Eignungsnachweis widerspricht der Bestimmung des § 70 Abs 2 BVergG (siehe dazu ausführlich oben Pkt. 7.1). Das Verlangen einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme in Höhe von € 5 Mio zu dem Zwecke der bloßen Stromlieferung als Eignungsnachweis widerspricht der Bestimmung des Paragraph 70, Absatz 2, BVergG (siehe dazu ausführlich oben Pkt. 7.1).

Das Verlangen von Referenzlisten über Ökostromanlagenanerkennungsbescheide nach § 7 ÖSG sowie über die bestehenden Ökostromlieferverträge als Eignungsnachweise widerspricht ebenfalls der Bestimmung des § 70 Abs 2 BVergG (siehe dazu ausführlich oben Pkt. 7.2). Das Verlangen von Referenzlisten über Ökostromanlagenanerkennungsbescheide nach Paragraph 7, ÖSG sowie über die bestehenden Ökostromlieferverträge als Eignungsnachweise widerspricht ebenfalls der Bestimmung des Paragraph 70, Absatz 2, BVergG (siehe dazu ausführlich oben Pkt. 7.2).

Die Bestimmung des Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage als Erfüllungsort und die damit verbundene

Übernahme sämtlicher Risiken und Haftungen, welche den Netzbetreiber betreffen, widersprechen den zwingenden elektrizitätswirtschaftsrechtlichen Bestimmungen (insbesondere § 45 Abs 2 Vbg ElWOG sowie den strengen Entflechtungsregeln; siehe dazu ausführlich oben Pkt. 7.3); sie widersprechen auch den Ausschreibungsunterlagen selbst, welche genau die Leistungspflicht vom Auftragsgegenstand ausnehmen, für welche eine (weitgehend unbeschränkte) Haftung vom Bieter zu übernehmen ist. Die Bestimmung des Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage als Erfüllungsort und die damit verbundene Übernahme sämtlicher Risiken und Haftungen, welche den Netzbetreiber betreffen, widersprechen den zwingenden elektrizitätswirtschaftsrechtlichen Bestimmungen (insbesondere Paragraph 45, Absatz 2, Vbg ElWOG sowie den strengen Entflechtungsregeln; siehe dazu ausführlich oben Pkt. 7.3); sie widersprechen auch den Ausschreibungsunterlagen selbst, welche genau die Leistungspflicht vom Auftragsgegenstand ausnehmen, für welche eine (weitgehend unbeschränkte) Haftung vom Bieter zu übernehmen ist.

Durch die Bestimmung, dass der Auftragnehmer mit „weiteren Abnahmestellen“, welche in keiner Weise näher konkretisiert sind, Individualökostromlieferverträge abzuschließen hat wie auch durch die Bestimmung der Übernahme der Haftung für Schäden, die ein Netzbetreiber, dessen Risiko der Bieter weder kennt noch beherrschen kann, kommt es zur Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durch die Bieter. Die angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen widersprechen somit §§ 97 Abs 3 und 96 Abs 6 BVergG (siehe dazu ausführlich oben Pkt. 7.4). Durch die Bestimmung, dass der Auftragnehmer mit „weiteren Abnahmestellen“, welche in keiner Weise näher konkretisiert sind, Individualökostromlieferverträge abzuschließen hat wie auch durch die Bestimmung der Übernahme der Haftung für Schäden, die ein Netzbetreiber, dessen Risiko der Bieter weder kennt noch beherrschen kann, kommt es zur Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durch die Bieter. Die angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen widersprechen somit Paragraphen 97, Absatz 3 und 96 Absatz 6, BVergG (siehe dazu ausführlich oben Pkt. 7.4).

7.5.5 Da die angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen gegen dispositives (bzw. sogar zwingendes) Recht verstoßen, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung besteht, sind diese iSd § 879 Abs 3 ABGB als nichtig zu qualifizieren. 7.5.5 Da die angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen gegen dispositives (bzw. sogar zwingendes) Recht verstoßen, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung besteht, sind diese iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB als nichtig zu qualifizieren.

7.6 Zur rechtswidrigen Bezeichnung des Auftraggebers

Gem. § 80 Abs 1 BVergG ist in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung der Auftraggeber oder der Auftraggeber und die vergebende Stelle genau zu bezeichnen. Nach den erläuternden Bemerkungen muss für potentielle Interessenten klar sein, wer Auftraggeber ist und somit letztlich den Auftrag vergibt (RV 1171 BlgNR 22. GP 89, 148). Gem. Paragraph 80, Absatz eins, BVergG ist in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung der Auftraggeber oder der Auftraggeber und die vergebende Stelle genau zu bezeichnen. Nach den erläuternden Bemerkungen muss für potentielle Interessenten klar sein, wer Auftraggeber ist und somit letztlich den Auftrag vergibt (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 89, 148).

Weder in der Bekanntmachung noch in der Ausschreibungsunterlage geht klar hervor, wer nun Auftraggeber gegenständlicher Rahmenvereinbarung sein bzw. wer auf Grund der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung Aufträge erteilen wird. Vielmehr ist unter Pkt. 4.3 der Ausschreibungsunterlage festgelegt, dass der ausgewählte Partner der Rahmenvereinbarung verpflichtet ist, auch noch mit weiteren (derzeit noch nicht bekannten), von der AG namhaft gemachte Abnahmestellen Individualökostromlieferverträge abzuschließen. Es ist somit völlig unklar, wer AG gegenständlicher Ausschreibung ist. Auch aus diesem Grund ist diese nicht vergaberechtskonform.

7.7 Zur Nicht-Zugrundelegung der ÖNORM A 2060

Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN, so sind diese vom Auftraggeber für den Leistungsvertrag heranzuziehen (vgl. § 99 Abs 2 BVergG). Von diesen kann in den Ausschreibungsunterlagen nur in einzelnen Punkten abgewichen werden, wobei die Gründe für die abweichenden Festlegungen vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben sind. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN, so sind diese vom Auftraggeber für den Leistungsvertrag heranzuziehen (vergleiche Paragraph 99, Absatz 2, BVergG). Von diesen kann in den Ausschreibungsunterlagen nur in einzelnen Punkten abgewichen werden, wobei die Gründe für die abweichenden Festlegungen vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben sind.

Für die Vertragsbestimmungen gegenständlicher Ausschreibung hätte der Auftraggeber die ÖNORM A 2060, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Leistungen - Werkvertragsnorm heranziehen und somit deren Bestimmungen der Ausschreibung zu Grunde legen müssen. Dies hat die AG in rechtswidriger Weise unterlassen, die Ausschreibung widerspricht somit letztendlich auch aus diesem Grund den Bestimmungen des BVergG.

7.8 Zur Unzulässigkeit der Zuschlagskriterien

Gem. Pkt. 4.8 der Ausschreibungsunterlage hat der Bieter zu erklären, ob er u.a. die Zusatzleistung einer 24-Stunden-Störungshotline zum Ortstarif ohne Verrechnung von Zusatzkosten zur Verfügung stellt. Diese Zusatzleistung ist gleichzeitig ein Zuschlagskriterium - stellt der Bieter der AG für die Dauer der Belieferung mit Ökostrom ohne Verrechnung von Zusatzkosten eine 24-Stunden-Störungshotline zum Ortstarif zur Verfügung, so erhält er 3 Punkte. Das Bereitstellen der 24-Stunden-Störungshotline fließt somit in die Angebotsbewertung mit ein.

Laut Fragenbeantwortung vom 28.1.2009 ist Aufgabe und Zweck dieser Zusatzserviceleistung die Unterstützung der AG gegenüber dem Netzbetreiber. Gegenstand der Ausschreibung ist jedoch - wie bereits erwähnt - ausschließlich die Lieferung von Ökostrom; Netzzugang sowie Netznutzung sind hingegen nicht Gegenstand dieser Ausschreibung. Das Zuschlagskriterium der 24-Stunden-Störungshotline ist daher keinesfalls sachlich gerechtfertigt, hat doch ein Stromlieferant keinerlei Einflussmöglichkeit auf das Betreiben des Netzes und auf etwaige Störungen des Netzes. Das Zuschlagskriterium ist somit als rechtswidrig anzusehen."

2.2. Gleichzeitig wurde beantragt, der Unabhängige Verwaltungssenat möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung auftragen, das Vergabeverfahren auszusetzen.

2.3. Mit Bescheid vom 30.1.2009, hat der Unabhängige Verwaltungssenat den im obigen Punkt 2.2. erwähnten Antrag des Antragstellers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit Folge gegeben, als dem Auftraggeber aufgetragen wurde, das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung, Lieferung von Ökostrom 2009“ bis zur Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates über den ebenfalls eingebrachten Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung auszusetzen.

3. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach den Punkten 1.1. und 2.1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.

4.1. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, im wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

4.2. Der Auftraggeber hat den Auftrag „Rahmenvereinbarung Ökostrom 2010/2011“ ausgeschrieben. Der im Rahmen der Ausschreibung ausgewählte Partner der Rahmenvereinbarung verpflichtet sich, Ökostromlieferverträge entsprechend der Rahmenvereinbarung, somit auf Abruf bis zum 31.12.2011 mit jedem einzelnen Mitglied der Auftraggeberschaft abzuschließen. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich. In den Ausschreibungsunterlagen ist ua Folgendes festgehalten:

„1.13. Alternativangebote und Abänderungsangebote

Alternativangebote und Abänderungsangebote sind unzulässig.

.....

3.2. Betriebs/Berufshaftpflichtversicherung

Als Mindestanforderung ist der Nachweis über eine aufrechte Betriebs/Berufshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von zumindest € 5.000.000,00 für Personen- und Sachschäden, die im Rahmen der Vertragserfüllung (Lieferung von Ökostrom) entstehen können, zu erbringen.

....

3.4. Mindestanforderungen, technische Spezifikation, ausschließliche Lieferung von Ökostrom, Qualitäts- und Kapazitätsnachweis, Referenzen

Die Belieferung von Abnehmern der AG mit Ökostrom einerseits und eine garantierte Versorgungssicherheit andererseits sind für die AG besondere Qualitätskriterien, denen der Bieter/Vertragspartner der Rahmenvereinbarung jedenfalls gerecht werden muss.

Der vom Bieter im Rahmen dieser Vereinbarung zu liefernde Strom darf ausschließlich Ökostrom iSd des Punktes 1.20.2. der Ausschreibung sein und muss in anerkannten Ökostromanlagen iSd Punktes 1.20.3. der Ausschreibung hergestellt werden.

Der Bieter muss gemeinsam mit dem Angebot - anhand einer Referenzliste (Beilage./4) über Ökostromanlagenanerkennungsbescheide nach § 7 ÖSG - nachweisen, dass die eigene/n oder die direkt/indirekt unter Vertrag stehende/n Ökostromanlage/n eine freie jährliche Gesamtkapazität von zumindest 27 GWh hat/haben. Davon unberührt bleibt das Recht der AG, die Vorlage der Bescheide und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen. Der Bieter muss gemeinsam mit dem Angebot - anhand einer Referenzliste (Beilage./4) über Ökostromanlagenanerkennungsbescheide nach Paragraph 7, ÖSG - nachweisen, dass die eigene/n oder die direkt/indirekt unter Vertrag stehende/n Ökostromanlage/n eine freie jährliche Gesamtkapazität von zumindest 27 GWh hat/haben. Davon unberührt bleibt das Recht der AG, die Vorlage der Bescheide und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen.

Zum Nachweis, dass der Bieter direkt oder indirekt über eine freie jährliche Ökostromkapazität von zumindest 27 GWh verfügt, muss er gemeinsam mit dem Angebot eine Referenzliste (Beilage./4) über Ökostromlieferverträge vorlegen, aus denen sich ergibt, dass der Bieter einen freien Anspruch auf Lieferung von Ökostrom im Ausmaß von jährlich zumindest 27 GWh hat. Wird der Ökostrom in Eigenökostromanlagen erzeugt, gilt der Nachweis als erbracht, wenn nachgewiesen werden kann, dass diese Anlagen eine freie jährliche Ökostromkapazität von zumindest 27 GWh haben. Davon unberührt bleibt das Recht der AG, die Vorlage der Verträge und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen.

Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit muss der Bieter bei Angebotsabgabe (auf Verlangen) nachweisen können, dass er jährlich zumindest 7 GWh Ökostrom an bereits bestehende Kunden liefert. Zu diesem Zweck ist die Kundenliste Beilage./5 dem Angebot ausgefüllt anzuschließen. Davon unberührt bleibt das Recht der AG, die Vorlage der Verträge und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen.

Sollen die angeführten Kriterien durch einen Subunternehmer erbracht werden, muss der Bieter (neben den Nachweisen des Subunternehmers zusätzlich) durch eine Verpflichtungserklärung des Subunternehmers (Beilage./6) nachweisen, dass er im Auftragsfall tatsächlich über die zur Erbringung der Leistung erforderlichen Mittel des Subunternehmers verfügt.

.....

4. Leistungsbeschreibung

4.1. Lieferumfang, Kalkulationsgrundlagen, Preisbildung

4.1.1. Gegenstand

Gegenstand der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung ist die oben beschriebene sukzessive Vergabe von Lieferaufträgen betreffend Ökostrom durch die AG bis einschließlich 31.12.2011.

Der Strombezug aller derzeitigen Abnahmestellen (Beilage./1) beträgt rund 27 GWh pro Jahr. Die zu den einzelnen Abnahmestellen im Leistungsverzeichnis angegebenen jährlichen Verbrauchs- und Leistungsdaten entsprechen dem tatsächlichen Bedarf an elektrischer Energie im Jahr 2007. Da die angegebenen Verbrauchs- und Leistungsdaten aus dem Jahr 2007 stammen, stellen sie lediglich einen Orientierungsrahmen dar und sind keine verbindlichen Abnahmemengen für den ausgeschriebenen Lieferzeitraum.

4.1.2. Kalkulationsgrundlagen

Die anzubietenden Preise sind in der Beilage./7 für die Jahre 2010 und 2011 wie folgt zu kalkulieren und anzubieten:

Der derzeitige jährliche Strombezug aller Abnahmestellen beträgt rund 27 GWh und ist in der Beilage./1 für jede Abnahmestelle aufgeschlüsselt. Diese Aufschlüsselung wurde in die Beilage./7 übernommen. Vor dem Hintergrund der nachstehenden Preisbildungsregeln sind in der Beilage./7 für jede angeführte Abnahmestelle die jeweiligen Nettopreise für den dort angegebenen Jahresenergiebedarf für 2010 und 2011 anzubieten. Der so ermittelte Gesamtpreis für beide Jahre bildet die Grundlage für die Auswertung des Zuschlagskriteriums „Angebotspreis“.

Kalkulationsausgangsbasis sind die Notierungen (Tagesabschlusskurse) an der Deutschen Strombörse EXX (European Energy Exchange) www.eex.de in Leipzig vom 26.01.2009. Diese Notierungen sind gleichzeitig Grundlage für die Berechnung des Ausgangswertes für die Preisanpassung (Preisleitung, Floating).

Die Mehrkosten aus Ökoenergie für Stromhändler gemäß § 19 ÖSG idgF werden auf Basis folgender Berechnungsformel ermittelt und im Rahmen der Energielieferung zusätzlich verrechnet; diese Mehrkosten sind somit nicht Bestandteil des Angebotspreises: Die Mehrkosten aus Ökoenergie für Stromhändler gemäß Paragraph 19, ÖSG idgF werden auf Basis folgender Berechnungsformel ermittelt und im Rahmen der Energielieferung zusätzlich verrechnet; diese Mehrkosten sind somit nicht Bestandteil des Angebotspreises:

$$\text{Mehrkosten Ökostrom} = (\text{VPSÖ} - \text{MP}) \times \text{QSÖ} + (\text{VPKW} - \text{MP}) \times \text{QKW}$$

VPSÖ Verrechnungspreis für sonstige Ökostrom laut jeweils gültiger Verrechnungspreis-Verordnung;

VPKW Verrechnungspreis für Strom aus Kleinwasserkraftanlagen laut jeweils gültiger Verrechnungspreis-Verordnung;

QSÖ die der jeweils gültigen Verrechnungspreis-Verordnung zugrunde gelegte Quote für sonstigen Ökostrom;

QKW die der jeweils gültigen Verrechnungspreis-Verordnung zugrunde gelegte Quote für Strom aus Kleinwasserkraftanlagen;

MP Marktpreis für Ökoenergie; die Ermittlung des Marktpreises erfolgt während der Floatingphase analog der Energiepreisberechnung auf Basis der EEX-Terminmarktnotierung für Baseload je Lieferjahr.

.....

4.3. Rahmenvereinbarung, Individualökostromliefervertrag/Einzelvertrag

Die Rahmenvereinbarung gilt ab der Erklärung der AG über den Abschluss der Rahmenvereinbarung bis 31.12.2011. Während dieser Zeit ist die AG berechtigt und der auszuwählende Partner der Rahmenvereinbarung verpflichtet, für die in der Beilage./1 angeführten und von der AG namhaft gemachte, weitere Abnahmestellen Individualökostromlieferverträge, wie sie dieser Ausschreibung angeschlossen sind, nach Maßgabe der in dieser Ausschreibung vereinbarten Preisbildung abzuschließen.

Die Lieferung von Ökostrom auf der Grundlage solcher Art zustande gekommener Individualökostromlieferverträge hat spätestens zwei Monate nach Aufforderung durch die Auftraggeberschaft zu erfolgen.

Verletzt der auszuwählende Vertragspartner seine Verpflichtungen aus der Rahmenvereinbarung, ist er jeweils zur Bezahlung einer Vertragsstrafe an die AG in Höhe von € 50.000,00 verpflichtet. Die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadenersatzes bleibt davon unberührt.

.....

Abgrenzung, Netzzugang, Netznutzung

Gegenstand dieser Ausschreibung ist ausschließlich die Lieferung von Ökostrom. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Der Netzzugang sowie die Netznutzung und sämtliche damit zusammenhängenden Kosten sind nicht Gegenstand dieser Ausschreibung.

4.8. Zusatzleistungen des Bieters

Der Bieter hat in der Beilage./9 zu erklären, ob er nachstehende Zusatzleistungen ohne Verrechnung zusätzlicher Entgelte an die AG erbringen wird:

Der Bieter tritt bei der Verrechnung der Netznutzungskomponenten beim Netzbetreiber in Vorleistung und verrechnet diese Kosten ohne Aufschlag an die AG weiter (Gesamtrechnung);

weitere organisiert der Bieter ohne Verrechnung von Zusatzkosten das komplette Wechselmanagement für die AG;

darüber hinaus stellt der Bieter der AG für die Dauer der Belieferung mit Ökostrom ohne Verrechnung von Zusatzkosten eine 24-Stunden-Störungshotline zum Ortstarif sowie eine technische Beratung betreffend

Lastmanagement, Blindstrom etc (Vorortberatung auf den anlassbezogenen Abruf mit Reaktionszeit von maximal zwei Stunden) zur Verfügung.

.....

6. Erfüllungsort, Rechtswahl, Gerichtsstand

Erfüllungsort ist der vom jeweiligen Auftraggeber bestimmte Ort innerhalb von Vorarlberg. Ab dem Zustandekommen der Rahmenvereinbarung findet auf die Rahmenvereinbarung ausschließlich österreichisches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts Anwendung. Ausschließlicher Gerichtsstand für sämtliche Streitigkeiten aus der Rahmenvereinbarung ist das für das jeweilige Mitglied der AG örtlich und sachlich zuständige Gericht.“

4.3. Der Musterökostromliefervertrag lautet ua wie folgt:

„3. Umfang der Lieferung

Der Kunde bezieht seinen gesamten Bedarf an elektrischer Energie (Ökostrom) für die in Punkt 2. angeführte(n) Anlage(n) vom Lieferanten in der in der Anfrage spezifizierten Qualität.

Der Lieferant verpflichtet sich, die elektrische Energie entsprechend dem Bedarf des Kunden an den Übergabestellen der in Punkt 2. angeführten Standorte jederzeit zur Verfügung zu stellen (Vollversorgung).

Die notwendige Messeinrichtung wird vom Verteilernetzbetreiber, an dessen Netz die Kundenanlage angeschlossen ist, entsprechend dem Netzzugangsvertrag zur Verfügung gestellt.

.....

11. Netzangelegenheiten/kundeneigene Erzeugungsanlagen (Vollmacht)

Mit Unterzeichnung des Vertrages wird der Lieferant bevollmächtigt, den Kunden in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Netzzutritt, der Netzbereitstellung, der Netznutzung und dem Abrechnungs- bzw Messdatenmanagement gegenüber dem Netzbetreiber zu vertreten.

Sofern der Kunde über eine Erzeugungsanlage mit einem Anschluss an das öffentliche Netz verfügt, beinhaltet diese Vollmacht auch die Berechtigung des Lieferanten, beim Netzbetreiber und beim Abnehmer der Energie auf sämtliche Daten und Informationen zur Anlage zur eingeleiteten bzw abgenommenen Energie des Kunden zuzugreifen.“

4.4. Mit E-Mail vom 22.01.2009 beantwortete der Auftraggeber die bei ihm eingelangten Bieteranfragen; darin führt der Auftraggeber ua wie folgt aus:

„Auf Grund der Anzahl der Anlagen und der oben beschriebenen, besonderen Sensibilität der gegenständlichen Anlagen müssen deren optimale Funktionsweise, die friktionslose Umstellung auf den neuen Lieferanten sowie die vollständige Liquidierung von Nachteilen, die der Lieferant zu vertreten hat, jederzeit gewährleistet sein.

Im Sinne der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit wird von der AG als Erfüllungsort der Netzzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage als Erfüllungsort (im Sinne einer Bringschuld des Bieters/Lieferanten) vorgegeben. Dass der Bieter an diesen Erfüllungsort vertragskonform liefert, liegt ausschließlich im Verantwortungsbereich des Bieters.

Der Bieter hat daher für sämtliche Nachteile, die der AG dadurch entstehen können, dass der Bieter am Erfüllungsort nicht vertragskonform liefert (und somit auch für Nachteile deren Ursachen beim Netzbetreiber liegen), einzustehen und hierfür eine angemessene Versicherungsdeckung nachzuweisen (dem Bieter bleibt es freilich unbenommen, allenfalls beim Netzbetreiber zu regressieren).“

4.5. Der Auftraggeber hat weiters den Auftrag „Rahmenvereinbarung Ökostrom 2009“ ausgeschrieben. Der im Rahmen der Ausschreibung ausgewählte Partner der Rahmenvereinbarung verpflichtet sich, Ökostromlieferverträge entsprechend der Rahmenvereinbarung, somit auf Abruf bis zum 31.12.2009 mit jedem einzelnen Mitglied der Auftraggeberschaft abzuschließen. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich. In den Ausschreibungsunterlagen ist ua Folgendes festgehalten:

„1.13. Alternativangebote und Abänderungsangebote

Alternativangebote und Abänderungsangebote sind unzulässig.

.....

3.2. Betriebs/Berufshaftpflichtversicherung

Als Mindestanforderung ist der Nachweis über eine aufrechte Betriebs/Berufshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von zumindest € 5.000.000,00 für Personen- und Sachschäden, die im Rahmen der Vertragserfüllung (Lieferung von Ökostrom) entstehen können, zu erbringen.

....

3.4. Mindestanforderungen, technische Spezifikation, ausschließliche Lieferung von Ökostrom, Qualitäts- und Kapazitätsnachweis, Referenzen

Die Belieferung von Abnehmern der AG mit Ökostrom einerseits und eine garantierte Versorgungssicherheit andererseits sind für die AG besondere Qualitätskriterien, denen der Bieter/Vertragspartner der Rahmenvereinbarung jedenfalls gerecht werden muss.

Der vom Bieter im Rahmen dieser Vereinbarung zu liefernde Strom darf ausschließlich Ökostrom iSd des Punktes 1.20.2. der Ausschreibung sein und muss in anerkannten Ökostromanlagen iSd Punktes 1.20.3. der Ausschreibung hergestellt werden.

Der Bieter muss gemeinsam mit dem Angebot - anhand einer Referenzliste (Beilage./4) über Ökostromanlagenanerkennungsbescheide nach § 7 ÖSG - nachweisen, dass die eigene/n oder die direkt/indirekt unter Vertrag stehende/n Ökostromanlage/n eine freie jährliche Gesamtkapazität von zumindest 8 GWh hat/haben. Davon unberührt bleibt das Recht der AG, die Vorlage der Bescheide und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen. Der Bieter muss gemeinsam mit dem Angebot - anhand einer Referenzliste (Beilage./4) über Ökostromanlagenanerkennungsbescheide nach Paragraph 7, ÖSG - nachweisen, dass die eigene/n oder die direkt/indirekt unter Vertrag stehende/n Ökostromanlage/n eine freie jährliche Gesamtkapazität von zumindest 8 GWh hat/haben. Davon unberührt bleibt das Recht der AG, die Vorlage der Bescheide und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen.

Zum Nachweis, dass der Bieter direkt oder indirekt über eine freie jährliche Ökostromkapazität von zumindest 8 GWh verfügt, muss er gemeinsam mit dem Angebot eine Referenzliste (Beilage./4) über Ökostromlieferverträge vorlegen, aus denen sich ergibt, dass der Bieter einen freien Anspruch auf Lieferung von Ökostrom im Ausmaß von jährlich zumindest 8 GWh hat. Wird der Ökostrom in Eigenökostromanlagen erzeugt, gilt der Nachweis als erbracht, wenn nachgewiesen werden kann, dass diese Anlagen eine freie jährliche Ökostromkapazität von zumindest 8 GWh haben. Davon unberührt bleibt das Recht der AG, die Vorlage der Verträge und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen.

Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit muss der Bieter bei Angebotsabgabe (auf Verlangen) nachweisen können, dass er jährlich zumindest 7 GWh Ökostrom an bereits bestehende Kunden liefert. Zu diesem Zweck ist die Kundenliste Beilage./5 dem Angebot ausgefüllt anzuschließen. Davon unberührt bleibt das Recht der AG, die Vorlage der Verträge und weitere Informationen in diesem Zusammenhang beim Bieter abzufragen.

Sollen die angeführten Kriterien durch einen Subunternehmer erbracht werden, muss der Bieter (neben den Nachweisen des Subunternehmers zusätzlich) durch eine Verpflichtungserklärung des Subunternehmers (Beilage./6) nachweisen, dass er im Auftragsfall tatsächlich über die zur Erbringung der Leistung erforderlichen Mittel des Subunternehmers verfügt.

.....

4. Leistungsbeschreibung

4.1. Lieferumfang, Kalkulationsgrundlagen, Preisbildung

4.1.1. Gegenstand

Gegenstand der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung ist die oben beschriebene sukzessive Vergabe von Lieferaufträgen betreffend Ökostrom durch die AG bis einschließlich 31.12.2009.

Der Strombezug aller derzeitigen Abnahmestellen (Beilage./1) beträgt rund 8 GWh pro Jahr. Die zu den einzelnen Abnahmestellen im Leistungsverzeichnis angegebenen jährlichen Verbrauchs- und Leistungsdaten entsprechen dem tatsächlichen Bedarf an elektrischer Energie im Jahr 2007. Da die angegebenen Verbrauchs- und Leistungsdaten aus

dem Jahr 2007 stammen, stellen sie lediglich einen Orientierungsrahmen dar und sind keine verbindlichen Abnahmemengen für den ausgeschriebenen Lieferzeitraum.

4.1.2. Kalkulationsgrundlagen

Die anzubietenden Preise sind in der Beilage./7 für 2009 wie folgt zu kalkulieren und anzubieten:

Der derzeitige jährliche Strombezug aller Abnahmestellen beträgt rund 8 GWh und ist in der Beilage./1 für jede Abnahmestelle aufgeschlüsselt. Diese Aufschlüsselung wurde in die Beilage./7 übernommen.

In der Beilage./7 sind für jede angeführte Anlagentype die den installierten Messeinrichtungen entsprechenden Nettopreise für das Jahr 2009 anzubieten. Weiters ist vom Bieter der sich anhand dieser Angebotspreise, der Anlagenanzahl sowie der Energiebedarfs- und Leistungswerte ergebende Gesamtpreis für das Jahr 2009 je Anlagentyp zu ermitteln und in der Beilage./7 einzutragen. Die sich so ergebende Gesamtsumme bildet die Grundlage für die Auswertung des Zuschlagskriteriums ‚Angebotspreis‘.

Die Mehrkosten aus Ökoenergie für Stromhändler gemäß § 19 ÖSG idgF sind Bestandteil des Angebotspreises und in diesen enthalten. Die Mehrkosten aus Ökoenergie für Stromhändler gemäß Paragraph 19, ÖSG idgF sind Bestandteil des Angebotspreises und in diesen enthalten.

.....

4.3. Rahmenvereinbarung, Individualökostromliefervertrag/Einzelvertrag

Die Rahmenvereinbarung gilt ab der Erklärung der AG über den Abschluss der Rahmenvereinbarung bis 31.12.2009. Während dieser Zeit ist die AG berechtigt und der auszuwählende Partner der Rahmenvereinbarung verpflichtet, für die in der Beilage./1 angeführten und von der AG namhaft gemachte, weitere Abnahmestellen Individualökostromlieferverträge, wie sie dieser Ausschreibung angeschlossen sind, nach Maßgabe der in der Beilage./8 vereinbarten Preisbildung abzuschließen.

Die Lieferung von Ökostrom auf der Grundlage solcher Art zustande gekommener Individualökostromlieferverträge hat spätestens zwei Monate nach Aufforderung durch die AG zu erfolgen.

.....

4.7. Abgrenzung, Netzzugang, Netznutzung

Gegenstand dieser Ausschreibung ist ausschließlich die Lieferung von Ökostrom. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Der Netzzugang sowie die Netznutzung und sämtliche damit zusammenhängenden Kosten sind nicht Gegenstand dieser Ausschreibung.

4.8. Zusatzleistungen des Bieters

Der Bieter hat in der Beilage./9 zu erklären, ob er nachstehende Zusatzleistungen ohne Verrechnung zusätzlicher Entgelte an die AG erbringen wird:

1. a)Litera a

Der Bieter tritt bei der Verrechnung der Netznutzungskomponenten beim Netzbetreiber in Vorleistung und verrechnet diese Kosten ohne Aufschlag an die AG weiter (Gesamtrechnung);

2. b)Litera b

weiters organisiert der Bieter ohne Verrechnung von Zusatzkosten das komplette Wechselmanagement für die AG;

3. c)Litera c

darüber hinaus stellt der Bieter der AG für die Dauer der Belieferung mit Ökostrom ohne Verrechnung von Zusatzkosten eine 24-Stunden-Störungshotline zum Ortstarif zur Verfügung.

.....

6. Erfüllungsort, Rechtswahl, Gerichtsstand

Erfüllungsort ist der vom jeweiligen Auftraggeber bestimmte Ort innerhalb von Vorarlberg. Ab dem Zustandekommen der Rahmenvereinbarung findet auf die Rahmenvereinbarung ausschließlich österreichisches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts Anwendung. Ausschließlicher Gerichtsstand für sämtliche Streitigkeiten aus der

Rahmenvereinbarung ist das für das jeweilige Mitglied der AG örtlich und sachlich zuständige Gericht.“

4.6. Die Musterökostrombestellung lautet ua wie folgt:

„3. Umfang der Lieferung

Der Kunde bezieht seinen gesamten Bedarf an elektrischer Energie (Ökostrom) für die in Punkt 2. angeführte(n) Anlage(n) vom Lieferanten in der in der Anfrage spezifizierten Qualität, entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen und den Allgemeinen Stromlieferbedingungen des Lieferanten.

Der Lieferant verpflichtet sich, die elektrische Energie entsprechend dem Bedarf des Kunden an den Übergabestellen der in Punkt 2. angeführten Standorte jederzeit zur Verfügung zu stellen (Vollversorgung).

Die Lieferung beginnt zum frühestmöglichen Zeitpunkt, in der Regel zu Beginn des übernächsten Monats nach Auftragserteilung bzw Bestellung mittels dieses Formulars. Der Lieferant verständigt den Kunden zeitgerecht über das Datum des Lieferbeginns. Voraussetzung ist ein bestehender Netzzugang. Netzentgelte, Messdienstleistungen, gesetzliche Zuschläge und Abgaben werden dem Kunden nach Möglichkeit direkt durch den Lieferanten in Rechnung gestellt.

Die notwendige Messeinrichtung wird vom Verteilernetzbetreiber, an dessen Netz die Kundenanlage angeschlossen ist, entsprechend dem Netzzugangsvertrag zur Verfügung gestellt.

.....

10. Netzanangelegenheiten/kundeneigene Erzeugungsanlagen (Vollmacht)

Mit Unterzeichnung des Vertrages wird der Lieferant bevollmächtigt, den Kunden in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Netzzutritt, der Netzbereitstellung, der Netznutzung und dem Abrechnungs- bzw Messdatenmanagement gegenüber dem Netzbetreiber zu vertreten.

Sofern der Kunde über eine Erzeugungsanlage mit einem Anschluss an das öffentliche Netz verfügt, beinhaltet diese Vollmacht auch die Berechtigung des Lieferanten, beim Netzbetreiber und beim Abnehmer der Energie auf sämtliche Daten und Informationen zur Anlage zur eingeleiteten bzw abgenommenen Energie des Kunden zuzugreifen.

Der Kunde bevollmächtigt den Lieferanten ausdrücklich, ihn bei allen Maßnahmen gegenüber dem bisherigen Lieferanten und Netzbetreiber zu vertreten, die notwendig sind, um die Belieferung der Kundenanlagen mit elektrischer Energie durch den Lieferanten zu ermöglichen. Die Vollmacht umfasst insbesondere die Auflösung von Stromlieferverträgen.“

4.7. Mit E-Mail vom 28.01.2009 beantwortete der Auftraggeber die bei ihm eingelangten Bieteranfragen; darin führt der Auftraggeber ua wie folgt aus:

„Zu 3.2. der Ausschreibung

Die Nichtbebringung einer Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von zumindest € 5 Mio ist ein verbesserungsfähiger Mangel, der bei Nichtverbesserung zum Ausschluss führt.

Auf der Grundlage der Ausschreibungen RV 2009 sollen zahlreiche Anlagen des Landes Vorarlberg auf die Versorgung mit Ökostrom umgestellt werden, in denen nicht nur die gesamte Landesverwaltung besorgt wird, sondern die zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung sowie des Zivil- und Katastrophenschutzes unverzichtbar sind. Auf der Grundlage der Ausschreibungen Regierungsvorlage 2009 sollen zahlreiche Anlagen des Landes Vorarlberg auf die Versorgung mit Ökostrom umgestellt werden, in denen nicht nur die gesamte Landesverwaltung besorgt wird, sondern die zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung sowie des Zivil- und Katastrophenschutzes unverzichtbar sind.

Auf Grund der Anzahl der Anlagen und der oben beschriebenen, besonderen Sensibilität der gegenständlichen Anlagen müssen deren optimale Funktionsweise, die friktionslose Umstellung auf den neuen Lieferanten sowie die vollständige Liquidierung von Nachteilen, die der Lieferant zu vertreten hat, jederzeit gewährleistet sein.

Im Sinne der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit wird von der AG als Erfüllungsort der Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage als Erfüllungsort (im Sinne einer Bringschuld des Bieters/Lieferanten) vorgegeben. Dass der Bieter an diesen Erfüllungsort vertragskonform liefert, liegt ausschließlich im Verantwortungsbereich des Bieters.

Der Bieter hat daher für sämtliche Nachteile, die der AG dadurch entstehen können, dass der Bieter am Erfüllungsort nicht vertragskonform liefert (und somit auch für Nachteile, deren Ursachen beim Netzbetreiber liegen), einzustehen und hierfür eine angemessene Versicherungsdeckung nachzuweisen (dem Bieter bleibt es freilich unbenommen, allenfalls beim Netzbetreiber zu regressieren).

Für Nachteile, die der AG aus einer Störung oder gar einem Ausfall der Landesverwaltung, der Gesundheitsversorgung oder des Zivil- und Katastrophenschutzes entstehen können, erachten die AG eine Versicherungssumme von € 5 Mio als sachlich gerechtfertigt.

Zu 3.3. der Ausschreibung

Anstelle einer beglaubigten Kopie des Gesellschaftsvertrages können andere Nachweise erbracht werden, sofern durch diese im Sinne der Gleichwertigkeit vom Bieter bewiesen wird, dass der Bieter die zu 3.3. der Ausschreibung aufgestellten Musskriterien auf gleichwertige Weise vollinhaltlich erfüllt.

Die Beibringung der Kopie einer beglaubigten Kopie des Gesellschaftsvertrages genügt als Nachweis nicht. Der Gesellschaftsvertrag muss vollständig sein.

Zu 3.4. der Ausschreibung

Gleichwertige Nachweise sind zulässig; im Übrigen wird auf die Ausführungen zu 3.3. verwiesen. Der Klammerausdruck im vorletzten Absatz („auf Verlangen“) ist gegenstandslos und gilt hiermit als gestrichen.“

5. Nach der mündlichen Verhandlung haben die Parteien noch weitere Schriftsätze eingebracht.

6.1. Die Vergabeverfahren, die den gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegen, fallen gemäß Art 14b Abs 2 B-VG jeweils in den Vollziehungsbereich des Landes. 6.1. Die Vergabeverfahren, die den gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegen, fallen gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG jeweils in den Vollziehungsbereich des Landes.

Beim Auftraggeber handelt es sich jeweils um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006). Die gegenständlichen Aufträge stellen jeweils einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren dar und sind jeweils dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Beim Auftraggeber handelt es sich jeweils um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006). Die gegenständlichen Aufträge stellen jeweils einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren dar und sind jeweils dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat ist daher für die Behandlung der gegenständlichen Nachprüfungsanträge sachlich und örtlich zuständig.

6.2. Gemäß § 4 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. 6.2. Gemäß Paragraph 4, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Im offenen Verfahren ist auch die Ausschreibung eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers (vgl § 2 Z 16 lit a sublit aa BVerG 2006). Im offenen Verfahren ist auch die Ausschreibung eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers vergleiche Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerG 2006).

Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass er ein Interesse am Erhalt der gegenständlichen Aufträge hat und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden zu entstehen droht. Die vorliegenden Nachprüfungsanträge sind daher von vornherein zulässig.

7.1. Berührte Rechtsvorschriften des BVerG 2006:

Gemäß § 24 Abs 7 BVerG 2006 ist zu Festpreisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, wenn den Vertragspartnern nicht durch langfristige Verträge oder durch preisbestimmende Kostenanteile, die einer starken

Preisschwankung unterworfen sind, unzumutbare Unsicherheiten entstehen. In diesem Fall ist zu veränderlichen Preisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Der Zeitraum für die Geltung fester Preise darf grundsätzlich die Dauer von 12 Monaten nicht übersteigen. Gemäß Paragraph 24, Absatz 7, BVergG 2006 ist zu Festpreisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, wenn den Vertragspartnern nicht durch langfristige Verträge oder durch preisbestimmende Kostenanteile, die einer starken Preisschwankung unterworfen sind, unzumutbare Unsicherheiten entstehen. In diesem Fall ist zu veränderlichen Preisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Der Zeitraum für die Geltung fester Preise darf grundsätzlich die Dauer von 12 Monaten nicht übersteigen.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 muss unbeschadet der Regelung des § 20 Abs 1 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Gemäß § 70 Abs 2 BVergG 2006 dürfen vom Unternehmer Nachweise nur so weit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen. Gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006 dürfen vom Unternehmer Nachweise nur so weit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

Gemäß § 70 Abs 4 BVergG 2006 kann der Unternehmer den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber geforderten Unterlagen führen, sofern die geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich geforderten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen. Gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BVergG 2006 kann der Unternehmer den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber geforderten Unterlagen führen, sofern die geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich geforderten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

Gemäß § 75 Abs 1 BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 1 Z 4 je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Gemäß Paragraph 75, Absatz eins, BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

Gemäß § 79 Abs 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs 3 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.

Gemäß § 79 Abs 4 BVergG 2006 sind, soweit in einem offenen oder nicht offenen Verfahren ausschließlich eine

konstruktive Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs 2 erfolgt, die Beschreibung der Leistung und die sonstigen Bestimmungen so abzufassen, dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können. Gemäß Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2006 sind, soweit in einem offenen oder nicht offenen Verfahren ausschließlich eine konstruktive Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 2, erfolgt, die Beschreibung der Leistung und die sonstigen Bestimmungen so abzufassen, dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können.

Gemäß § 80 Abs 2 BVergG 2006 sind in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den §§ 71, 72, 74 und 75 aufzunehmen, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren. Gemäß Paragraph 80, Absatz 2, BVergG 2006 sind in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den Paragraphen 71, 72, 74 und 75 aufzunehmen, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren.

Gemäß § 96 Abs 6 BVergG 2006 sind in der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung alle Umstände anzuführen (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen. Gemäß Paragraph 96, Absatz 6, BVergG 2006 sind in der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung alle Umstände anzuführen (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.

Gemäß § 99 Abs 1 erster Satz BVergG 2006 sind, soweit sich die Vertragsbestimmungen nicht schon aus der Beschreibung der Leistung ergeben, diese eindeutig und so umfassend festzulegen, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann. Gemäß Paragraph 99, Absatz eins, erster Satz BVergG 2006 sind, soweit sich die Vertragsbestimmungen nicht schon aus der Beschreibung der Leistung ergeben, diese eindeutig und so umfassend festzulegen, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann.

Gemäß § 99 Abs 2 BVergG 2006 kann der Auftraggeber weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Gemäß Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 kann der Auftraggeber weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.

7.2. Berührte Rechtsvorschriften des Vorarlberger Elektrizitätswirtschaftsgesetzes:

Gemäß § 2 Elektrizitätswirtschaftsgesetz ist „Kunde“ ein Endverbraucher, Stromhändler oder Elektrizitätsunternehmen, das elektrische Energie kauft (Z 25), und ist „Netzzugangsberechtigter“ ein Kunde oder ein Erzeuger (Z 38). Gemäß Paragraph 2, Elektrizitätswirtschaftsgesetz ist „Kunde“ ein Endverbraucher, Stromhändler oder Elektrizitätsunternehmen, das elektrische Energie kauft (Ziffer 25), und ist „Netzzugangsberechtigter“ ein Kunde oder ein Erzeuger (Ziffer 38).

Gemäß § 20 Abs 1 Elektrizitätswirtschaftsgesetz sind die Netzbetreiber verpflichtet, den Netzzugangsberechtigten den Netzzugang zu den genehmigten Allgemeinen Bedingungen und festgelegten Systemnutzungstarifen zu gewähren. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, Elektrizitätswirtschaftsgesetz sind die Netzbetreiber verpflichtet, den Netzzugangsberechtigten den Netzzugang zu den genehmigten Allgemeinen Bedingungen und festgelegten Systemnutzungstarifen zu gewähren.

Gemäß § 20 Abs 2 Elektrizitätswirtschaftsgesetz haben die Nutzungsberechtigten einen Rechtsanspruch, auf Grundlage der genehmigten Allgemeinen Bedingungen und festgelegten Systemnutzungstarife die Benutzung des Netzes zu verlangen. Gemäß Paragraph 20, Absatz 2, Elektrizitätswirtschaftsgesetz haben die Nutzungsberechtigten

einen Rechtsanspruch, auf Grundlage der genehmigten Allgemeinen Bedingungen und festgelegten Systemnutzungstarife die Benutzung des Netzes zu verlangen.

Gemäß § 34 Abs 1 Elektrizitätswirtschaftsgesetz sind die Betreiber von Verteilernetzen verpflichtet, (lit a) das von ihnen betriebene Netz sicher, zuverlässig und leistungsfähig und unter Bedachtnahme auf den Umweltschutz und die Interessen der Gesamtheit der Netzzugangsberechtigten zu betreiben und zu erhalten sowie bedarfsgerecht auszubauen; (lit b) die zum Betrieb des Netzes erforderlichen technischen Voraussetzungen sicherzustellen. Gemäß Paragraph 34, Absatz eins, Elektrizitätswirtschaftsgesetz sind die Betreiber von Verteilernetzen verpflichtet, (Litera a,) das von ihnen betriebene Netz sicher, zuverlässig und leistungsfähig und unter Bedachtnahme auf den Umweltschutz und die Interessen der Gesamtheit der Netzzugangsberechtigten zu betreiben und zu erhalten sowie bedarfsgerecht auszubauen; (Litera b,) die zum Betrieb des Netzes erforderlichen technischen Voraussetzungen sicherzustellen.

Gemäß § 42 Abs 2 Elektrizitätswirtschaftsgesetz kann die Behörde, soweit dies zur Beseitigung einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schäden notwendig ist, einen anderen geeigneten Netzbetreiber zur vorübergehenden Erfüllung der Aufgaben des Übertragungsnetzbetreibers ganz oder teilweise heranziehen (Einweisung). Gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Elektrizitätswirtschaftsgesetz kann die Behörde, soweit dies zur Beseitigung einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schäden notwendig ist, einen anderen geeigneten Netzbetreiber zur vorübergehenden Erfüllung der Aufgaben des Übertragungsnetzbetreibers ganz oder teilweise heranziehen (Einweisung).

Gemäß § 45 Abs 1 Elektrizitätswirtschaftsgesetz sind alle Kunden berechtigt, mit Erzeugern, Stromhändlern sowie Elektrizitätsunternehmen Verträge über die Lieferung elektrischer Energie zur Deckung ihres Bedarfes abzuschließen und hinsichtlich dieser Strommengen Netzzugang zu begehren. Gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Elektrizitätswirtschaftsgesetz sind alle Kunden berechtigt, mit Erzeugern, Stromhändlern sowie Elektrizitätsunternehmen Verträge über die Lieferung elektrischer Energie zur Deckung ihres Bedarfes abzuschließen und hinsichtlich dieser Strommengen Netzzugang zu begehren.

Gemäß § 45 Abs 2 Elektrizitätswirtschaftsgesetz können Elektrizitätsunternehmen den Netzzugang im Namen ihrer Kunden begehren. Gemäß Paragraph 45, Absatz 2, Elektrizitätswirtschaftsgesetz können Elektrizitätsunternehmen den Netzzugang im Namen ihrer Kunden begehren.

Gemäß § 54b Abs 2 lit a Elektrizitätswirtschaftsgesetz sind im Rahmen der Berechnung und Zuordnung der Ausgleichsenergie - sofern nicht besondere Regelungen im Rahmen von Verträgen nach § 70 Abs 2 des Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetzes bestehen - jedenfalls Angebote für Ausgleichsenergie einzuholen, zu übernehmen und eine Abrufreihenfolge als Vorgabe für Regelzonenführer zu erstellen. Gemäß Paragraph 54 b, Absatz 2, Litera a, Elektrizitätswirtschaftsgesetz sind im Rahmen der Berechnung und Zuordnung der Ausgleichsenergie - sofern nicht besondere Regelungen im Rahmen von Verträgen nach Paragraph 70, Absatz 2, des Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetzes bestehen - jedenfalls Angebote für Ausgleichsenergie einzuholen, zu übernehmen und eine Abrufreihenfolge als Vorgabe für Regelzonenführer zu erstellen.

7.3. Gemäß § 7 Abs 1 Ökostromgesetz sind Anlagen zur Erzeugung elektrischer Energie, die ausschließlich auf Basis erneuerbarer Energieträger betrieben werden, über Antrag der Betreiber vom Landeshauptmann des Landes, in dem sich die Anlage befindet, mit Bescheid als Ökostromanlagen anzuerkennen. 7.3. Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ökostromgesetz sind Anlagen zur Erzeugung elektrischer Energie, die ausschließlich auf Basis erneuerbarer Energieträger betrieben werden, über Antrag der Betreiber vom Landeshauptmann des Landes, in dem sich die Anlage befindet, mit Bescheid als Ökostromanlagen anzuerkennen.

Gemäß § 8 Abs 1 Ökostromgesetz haben die Netzbetreiber, an deren Netzen anerkannte Anlagen zur Stromerzeugung auf Basis erneuerbarer Energieträger oder KWK-Anlagen angeschlossen sind, über die aus diesen Anlagen in ihr Netz eingespeisten Mengen an elektrischer Energie dem Anlagenbetreiber auf dessen Verlangen eine Bescheinigung auszustellen. Die Ausstellung kann mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung erfolgen. Gemäß Paragraph 8, Absatz eins, Ökostromgesetz haben die Netzbetreiber, an deren Netzen anerkannte Anlagen zur Stromerzeugung auf Basis erneuerbarer Energieträger oder KWK-Anlagen angeschlossen sind, über die aus diesen Anlagen in ihr Netz eingespeisten Mengen an elektrischer Energie dem Anlagenbetreiber auf dessen Verlangen eine Bescheinigung auszustellen. Die Ausstellung kann mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung erfolgen.

8.1. Der Antragsteller hat geltend gemacht, dass ihm eine Leistungserbringung an dem laut Ausschreibung vorgeschriebenen Erfüllungsort, nämlich am Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage unmöglich sei, da der Auftraggeber der Netzzugangsberechtigte und damit auch Vertragspartner des Netzbetreibers sei. Dies ergebe sich auch dadurch, dass der Netzzugang sowie die Netznutzung nicht Gegenstand der Ausschreibung seien. Es sei daher auch die Verpflichtung zur Haftungsübernahme am Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage überschießend, zumal der Netzbetreiber selbst (mit Ausnahme von Personenschäden) nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit hafte. Dasselbe gelte für die in diesem Zusammenhang laut Ausschreibung geforderte Betriebshaftpflichtversicherung für die vertragskonforme Erfüllung am Erfüllungsort.

Der Auftraggeber hat dem entgegengehalten, dass er den Erfüllungsort auf Grund eines zivilrechtlichen Vertrages vorgebe. Der Bieter hafte daher bis zur vertragskonformen Übergabe am Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage. Bei einem Schaden im Verantwortungsbereich des Netzbetreibers habe der Bieter, der bevollmächtigt sei, den Auftraggeber in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Netzzutritt, der Netzbereitstellung der Netznutzung und dem Abrechnungs- bzw Messdatenmanagement gegenüber dem Netzbetreiber zu vertreten, eine Klärung der Haftungsfrage mit dem Netzbetreiber herbeizuführen. Der Lieferant habe im Falle der Inanspruchnahme durch den Auftraggeber gemäß § 1358 ABGB und § 1422 ABGB umfassende Regressmöglichkeiten gegen den Netzbetreiber. Insgesamt sei daher auch eine Betriebshaftpflichtversicherung gerechtfertigt. Der Auftraggeber hat dem entgegengehalten, dass er den Erfüllungsort auf Grund eines zivilrechtlichen Vertrages vorgebe. Der Bieter hafte daher bis zur vertragskonformen Übergabe am Netzanschlusspunkt der jeweiligen Anlage. Bei einem Schaden im Verantwortungsbereich des Netzbetreibers habe der Bieter, der bevollmächtigt sei, den Auftraggeber in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Netzzutritt, der Netzbereitstellung der Netznutzung und dem Abrechnungs- bzw Messdatenmanagement gegenüber dem Netzbetreiber zu vertreten, eine Klärung der Haftungsfrage mit dem Netzbetreiber herbeizuführen. Der Lieferant habe im Falle der Inanspruchnahme durch den Auftraggeber gemäß Paragraph 1358, ABGB und Paragraph 1422, ABGB umfassende Regressmöglichkeiten gegen den Netzbetreiber. Insgesamt sei daher auch eine Betriebshaftpflichtversicherung gerechtfertigt.

8.2. Das Recht auf Netzzugang ist das Recht gegenüber einem Netzbetreiber auf physikalische Inanspruchnahme des öffentlichen Netzes zum Zweck der Lieferung oder des Bezuges von Strom, der an einen freigewählten Kunden geliefert bzw von einem selbstgewählten Stromlieferanten bezogen wird. Netzbewutzer sind somit die Personen, die Strom in das Netz einspeisen oder entnehmen. Diese Netzbewutzer haben aber darüber hinaus weder Verfügungsgewalt (Gewahrsame) oder Besitz über das Netz noch andere Einflussmöglichkeiten auf den Betrieb der Netze. Der Netzzugangsvertrag ist (zumeist) ein zweiseitiger Vertrag, dessen eine Vertragspartei stets der Netzbetreiber ist.

Neben dem Netzzugangsvertrag bestehen noch zwischen Lieferanten und Kunden die (Kauf-) Verträge über die Verschaffung der Ware Strom. Mit der Zur-Verfügung-Stellung des Stroms beim Kunden wird der dem Netzzugangsvertrag zugrundeliegende Stromliefervertrag erfüllt; insofern verschafft der Netzbetreiber dem Netzbewutzer auch für den Stromlieferanten Eigentum (vgl Hauer/Oberndorfer, aaO). Weiters bestehen noch Rechtsbeziehungen über die Einspeisung in und den Bezug aus Netzen zwischen verschiedenen Netzbetreibern selbst. Neben dem Netzzugangsvertrag bestehen noch zwischen Lieferanten und Kunden die (Kauf-) Verträge über die Verschaffung der Ware Strom. Mit der Zur-Verfügung-Stellung des Stroms beim Kunden wird der dem Netzzugangsvertrag zugrundeliegende Stromliefervertrag erfüllt; insofern verschafft der Netzbetreiber dem Netzbewutzer auch für den Stromlieferanten Eigentum vergleiche Hauer/Oberndorfer, aaO). Weiters bestehen noch Rechtsbeziehungen über die Einspeisung in und den Bezug aus Netzen zwischen verschiedenen Netzbetreibern selbst.

Darüber hinaus ist der Netzzugangsvertrag eingebettet in ein Geflecht von (gesetzlich angeordneten) Verträgen und (öffentlich-)rechtlichen Beziehungen, die von Einfluss auf den Netzzugangsvertrag bzw die Rechtstellung von Netzbewutzer bzw Netzbetreiber sind. So schreibt § 45 ElWOG den Stromhändlern und sonstigen Lieferanten vor, mit den Netzbetreibern, den Bilanzgruppenverantwortlichen und dem Bilanzgruppenkoordinator Datenaustausch-Verträge abzuschließen (über die von den Netzbewutzern eingespeiste bzw entnommene Energie). Ebenso hat der Bilanzgruppenkoordinator gemäß § 22 Abs 4 Z 12 ElWOG Verträge mit den dort angeführten Marktteilnehmern (Regelzonenführer, Netzbetreiber, Lieferanten) abzuschließen. Bei all diesen gesetzlich vorgesehenen Verträgen zwischen Netzbetreibern, Bilanzgruppenverantwortlichen, Bilanzgruppenkoordinatoren und Stromlieferanten handelt es sich um Verträge mit Schutzwirkung zu Gunsten der Netzbewutzer. Diese können daher von diesen

Marktteilnehmern den Ersatz von durch schuldhaftes, vertragswidriges Verhalten eines dieser Marktteilnehmer verursachter Schäden verlangen, obwohl sie nicht Vertragspartner dieser Verträge sind (vgl. zu alldem Hauer/Oberndorfer, Kommentar zum ElWOG, Anmerkungen zu § 15). Darüber hinaus ist der Netzzugangsvertrag eingebettet in ein Geflecht von (gesetzlich angeordneten) Verträgen und (öffentlich-)rechtlichen Beziehungen, die von Einfluss auf den Netzzugangsvertrag bzw. die Rechtstellung von Netzbenutzer bzw. Netzbetreiber sind. So schreibt Paragraph 45, ElWOG den Stromhändlern und sonstigen Lieferanten vor, mit den Netzbetreibern, den Bilanzgruppenverantwortlichen und dem Bilanzgruppenkoordinator Datenaustausch-Verträge abzuschließen (über die von den Netzbenutzern eingespeiste bzw. entnommene Energie). Ebenso hat der Bilanzgruppenkoordinator gemäß Paragraph 22, Absatz 4, Ziffer 12, ElWOG Verträge mit den dort angeführten Marktteilnehmern (Regelzonenführer, Netzbetreiber, Lieferanten) abzuschließen. Bei all diesen gesetzlich vorgesehenen Verträgen zwischen Netzbetreibern, Bilanzgruppenverantwortlichen, Bilanzgruppenkoordinatoren und Stromlieferanten handelt es sich um Verträge mit Schutzwirkung zu Gunsten der Netzbenutzer. Diese können daher von diesen Marktteilnehmern den Ersatz von durch schuldhaftes, vertragswidriges Verhalten eines dieser Marktteilnehmer verursachter Schäden verlangen, obwohl sie nicht Vertragspartner dieser Verträge sind (vergleiche zu alldem Hauer/Oberndorfer, Kommentar zum ElWOG, Anmerkungen zu Paragraph 15.).

8.3. Nach Auffassung des Unabhängigen Verwaltungssenates ist im Rahmen eines Vertrages zwischen dem Verkäufer (Lieferant) und dem Käufer (Endverbraucher) von Strom eine Regelung zulässig, die für den Käufer sicherstellt, dass er sich bei Problemen im Zusammenhang mit dem Kauf von Ökostrom und der damit zusammenhängenden Versorgung seiner Einrichtungen mit Strom nur an einen Ansprechpartner halten kann und nicht in jedem Fall den jeweiligen Verursacher der Störung ausfindig machen sowie sich mit diesem in der Folge wegen der Beseitigung der Störung und des Schadenersatzes auseinandersetzen muss. Dieses Anliegen ist nach Auffassung des Verwaltungssenates insbesondere im Hinblick auf die oben dargelegte Komplexität der verschiedenen Rechtsbeziehungen sowie im Hinblick auf die Vielzahl der betroffenen Marktteilnehmer legitim und es weist eine darauf abzielende Leistung durch die Verkäufer von Ökostrom das erforderliche Naheverhältnis zur Hauptleistung „Verkauf von Ökostrom“ auf.

Es darf somit auch unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten in einer Ausschreibung grundsätzlich eine Regelung vorgesehen werden, dass der Stromverkäufer im Innenverhältnis zum Käufer (Verbraucher) diesem gegenüber primär für die ordnungsgemäße Lieferung jenes Stroms haftet, der dem durch den Verbraucher gekauften Ökostrom mengenmäßig entspricht. Dies gilt aber - abgesehen von später noch auszuführenden Aspekten - nur unter bestimmten Voraussetzungen und Einschränkungen. Insbesondere darf die Haftung des Stromverkäufers - abgesehen von der durch das Kaufgeschäft unmittelbar für ihn bestehenden Haftung - nicht über die Haftung der einzelnen anderen vorgenannten, primär haftenden Beteiligten hinausgehen und sie darf für ihn kein unkalkulierbares Risiko bedeuten.

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass es dem Stromverkäufer natürlich offen stehen muss, die ihm vertraglich übertragene Haftung im Rahmen seines Angebots durch eine entsprechende Preisgestaltung zu berücksichtigen, und dass der Lieferant rechtlich in der Lage sein muss, den Kunden in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Netzzutritt, der Netzbereitstellung, der Netznutzung und dem Abrechnungs- bzw. Messdatenmanagement gegenüber dem Netzbetreiber zu vertreten.

8.4. Das Vergabenachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Festlegungen in den Ausschreibungen betreffend die Haftung des Verkäufers einerseits nicht ausreichend eindeutig und umfassend iS des § 99 Abs 1 BVergG 2006 sind sowie andererseits jedenfalls inhaltlich über die oben als zulässig bezeichnete Haftungsübernahme hinausgehen. 8.4. Das Vergabenachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Festlegungen in den Ausschreibungen betreffend die Haftung des Verkäufers einerseits nicht ausreichend eindeutig und umfassend iS des Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 sind sowie andererseits jedenfalls inhaltlich über die oben als zulässig bezeichnete Haftungsübernahme hinausgehen.

So bringt die Regelung der Ausschreibung über den Erfüllungsort keine ausreichende Klarheit zur Frage, in welchem Umfang den Verkäufer eine Haftung trifft. Nach der Ausschreibung könnte dieser Erfüllungsort und somit die Haftung als nur auf den „Kaufvertrag Ökostrom“ iS selbst bezogen verstanden werden, ohne die primär die anderen Marktteilnehmer treffenden Verpflichtungen zu erfassen, zumal es sich bei den anderen Beteiligten (zB den Netzbetreibern) nicht um Subunternehmer des Verkäufers handelt. Auch weitere Umstände beeinträchtigen die Eindeutigkeit der Festlegungen: So sind laut Punkt 4.7. der Ausschreibungen der Netzzugang und die Netznutzung

nicht Vertragsgegenstand; es soll aber nach der späteren Erklärung des Auftraggebers den Auftragnehmer auch die Haftung bei Störungen in Zusammenhang mit Netzzugang und Netznutzung treffen. Beispielsweise ist der Gegenschrift des Auftraggebers vom 19.2.2009 zu entnehmen, für die Gewährung von Netzzugang bis zur Übergabestelle beim Kunden sei der Lieferant verantwortlich; der Lieferant trage auch das Risiko von Netzzugangsverweigerungen durch Netzbetreiber. Weiters geht es um „die Lieferung von Ökostrom“, wobei der vom Erzeuger eingespeiste (Öko-) Strom aber natürlich nicht ident ist mit dem vom Verbraucher letztlich entnommenen Strom, da auf Grund des Kirchhoffschen Gesetzes der Lastfluss im Netz nicht gesteuert werden kann. Die allenfalls im Netz auftauchenden Probleme werden somit überwiegend nichts mit Ökostrom zu tun haben. Die Bestimmung der Ausschreibung, dass es nur um Ökostrom gehe, ist offenbar zu eng im Hinblick auf die tatsächliche Absicht des Auftraggebers.

Auch die nach der Ausschreibung erfolgten Feststellungen des Auftraggebers sind zur Frage der Haftung widersprüchlich. So ist in der Gegenschrift vom 19.2.2009 die Rede davon, dem Bieter werde „primär nur das entsprechende Forderungsmanagement“ übertragen; wenn der Netzbetreiber eine Haftung ablehne, könne auch der Bieter dem Auftraggeber die Einwendungen des Netzbetreibers 1:1 entgegenhalten. Andere Äußerungen des Auftraggebers lassen aber auf die Vorstellung einer umfassenden, „regressunabhängigen“ Haftung des Bieters schließen. Im gleichen Sinn hätte der Stromverkäufer offensichtlich auch für Fälle leichter Fahrlässigkeit zu haften, während der Netzbetreiber, wenn es auf ein Verschulden ankommt, nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit (mit Ausnahme von Personenschäden; vgl Punkt XXVI. der Allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu den Verteilernetzen in Vorarlberg, genehmigt durch die Energie-Control Kommission am 12.11.2008) haften müsste. Insoweit wäre ein Regress für den Stromverkäufer beim Netzbetreiber nicht möglich. Weiters wäre ihm ein Regress bei Zahlungsunfähigkeit des Netzbetreibers nicht möglich, ohne dass ihn dieser Umstand gegenüber dem Auftraggeber befreien würde. Auch die nach der Ausschreibung erfolgten Feststellungen des Auftraggebers sind zur Frage der Haftung widersprüchlich. So ist in der Gegenschrift vom 19.2.2009 die Rede davon, dem Bieter werde „primär nur das entsprechende Forderungsmanagement“ übertragen; wenn der Netzbetreiber eine Haftung ablehne, könne auch der Bieter dem Auftraggeber die Einwendungen des Netzbetreibers 1:1 entgegenhalten. Andere Äußerungen des Auftraggebers lassen aber auf die Vorstellung einer umfassenden, „regressunabhängigen“ Haftung des Bieters schließen. Im gleichen Sinn hätte der Stromverkäufer offensichtlich auch für Fälle leichter Fahrlässigkeit zu haften, während der Netzbetreiber, wenn es auf ein Verschulden ankommt, nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit (mit Ausnahme von Personenschäden; vergleiche Punkt römisch 26 . der Allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu den Verteilernetzen in Vorarlberg, genehmigt durch die Energie-Control Kommission am 12.11.2008) haften müsste. Insoweit wäre ein Regress für den Stromverkäufer beim Netzbetreiber nicht möglich. Weiters wäre ihm ein Regress bei Zahlungsunfähigkeit des Netzbetreibers nicht möglich, ohne dass ihn dieser Umstand gegenüber dem Auftraggeber befreien würde.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass nur die geforderte Haftpflichtversicherung, nicht aber die Haftung des Stromlieferanten als solche betragsmäßig begrenzt ist.

Eine derart weitgehende Übertragung der Haftung auf den Stromverkäufer ist einerseits sachlich nicht gerechtfertigt und stellt andererseits auch die Überbürdung nicht kalkulierbarer Risiken dar. Dies gilt umso mehr, als die Gefahr weitaus überwiegend aus der Sphäre Dritter stammt und ohne die vorgenannten Beschränkungen auch im Vergleich mit den sonstigen vertraglichen Rechten und Pflichten der Vertragsparteien übermäßig wäre.

9.1. Der Antragsteller hat weiters geltend gemacht, die Vorlage einer Betriebs/Berufshaftpflichtversicherung sei nicht gerechtfertigt. In dem Umfang, in dem nach den obigen Ausführungen eine Übertragung der Haftung an den Stromlieferanten zulässig ist, ist auch das Erfordernis einer Betriebs/Berufshaftpflichtversicherung sachlich gerechtfertigt. Die Höhe einer derart abzuschließenden Haftpflichtversicherung müsste durch den Auftraggeber begründet werden können.

9.2. Der Einwand des Antragstellers, das Abschließen einer Betriebs/ Berufshaftpflichtversicherung zum Zwecke der Anbotslegung sei nicht gerechtfertigt, trifft nicht zu. Der Auftraggeber hat zu Recht auf die Bestimmung des § 69 Z 1 BVergG 2006 hingewiesen, wonach die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Nach Auffassung des Unabhängigen Verwaltungssenates spricht aber nichts dagegen, wenn eine solche Versicherung zum angeführten Zeitpunkt lediglich unter der (aufschiebenden) Bedingung besteht, dass der betreffende Bieter auch den Zuschlag erhalten wird. 9.2. Der Einwand des Antragstellers, das Abschließen einer

Betriebs/ Berufshaftpflichtversicherung zum Zwecke der Anbotslegung sei nicht gerechtfertigt, trifft nicht zu. Der Auftraggeber hat zu Recht auf die Bestimmung des Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 hingewiesen, wonach die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Nach Auffassung des Unabhängigen Verwaltungssenates spricht aber nichts dagegen, wenn eine solche Versicherung zum angeführten Zeitpunkt lediglich unter der (aufschiebenden) Bedingung besteht, dass der betreffende Bieter auch den Zuschlag erhalten wird.

10.1. Der Antragsteller hat die Auffassung vertreten, dass völlig unklar sei, wer im gegenständlichen Fall der Auftraggeber sei, da Punkt 4.3. der Ausschreibungsunterlage festlege, dass der ausgewählte Partner der Rahmenvereinbarung verpflichtet sei, auch noch mit weiteren, derzeit nicht bekannten, von der AG namhaft zu machenden Abnahmestellen Individualökostromlieferverträge abzuschließen. Auf Grund dieses Umstandes sei auch der Leistungsumfang unkalkulierbar.

10.2. Aus den Bestimmungen des § 80 Abs 1 und § 152 Abs 2 BVergG 2006 ergibt sich, dass einerseits der Auftraggeber in der Ausschreibung genau zu bezeichnen ist und dass andererseits auf Grund einer Rahmenvereinbarung zu vergebende Aufträge nur vom Auftraggeber vergeben werden dürfen. 10.2. Aus den Bestimmungen des Paragraph 80, Absatz eins und Paragraph 152, Absatz 2, BVergG 2006 ergibt sich, dass einerseits der Auftraggeber in der Ausschreibung genau zu bezeichnen ist und dass andererseits auf Grund einer Rahmenvereinbarung zu vergebende Aufträge nur vom Auftraggeber vergeben werden dürfen.

Laut den Erläuternden Bemerkungen zu § 80 Abs 1 BVergG 2006 muss aus den Ausschreibungsunterlagen im Sinne der Transparenz klar und unmissverständlich hervorgehen, wer in concreto Auftraggeber ist; für die potentiellen Interessenten muss klar sein, wer Auftraggeber ist und somit letztlich den Auftrag vergibt. Laut den Erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 80, Absatz eins, BVergG 2006 muss aus den Ausschreibungsunterlagen im Sinne der Transparenz klar und unmissverständlich hervorgehen, wer in concreto Auftraggeber ist; für die potentiellen Interessenten muss klar sein, wer Auftraggeber ist und somit letztlich den Auftrag vergibt.

In den Erläuternden Bemerkungen zu der Bestimmung des § 152 Abs 2 BVergG 2006 ist Folgendes festgehalten: „Aus § 152 Abs 2 zweiter Satz folgt, dass, sofern eine Rahmenvereinbarung für mehrere Auftraggeber abgeschlossen werden soll, alle aus der Rahmenvereinbarung abrufberechtigten Auftraggeber festzulegen sind. Nach Ansicht der Kommission bildet die Rahmenvereinbarung ein sowohl auf Auftraggeber- wie auch Auftragnehmerseite ‚geschlossenes System‘. Ausschließlich jene(r) Auftraggeber und jene(r) Unternehmer, die von Beginn an Partei(n) der Rahmenvereinbarung waren, können aus dieser Leistungen abrufen.“ In den Erläuternden Bemerkungen zu der Bestimmung des Paragraph 152, Absatz 2, BVergG 2006 ist Folgendes festgehalten: „Aus Paragraph 152, Absatz 2, zweiter Satz folgt, dass, sofern eine Rahmenvereinbarung für mehrere Auftraggeber abgeschlossen werden soll, alle aus der Rahmenvereinbarung abrufberechtigten Auftraggeber festzulegen sind. Nach Ansicht der Kommission bildet die Rahmenvereinbarung ein sowohl auf Auftraggeber- wie auch Auftragnehmerseite ‚geschlossenes System‘. Ausschließlich jene(r) Auftraggeber und jene(r) Unternehmer, die von Beginn an Partei(n) der Rahmenvereinbarung waren, können aus dieser Leistungen abrufen.“

In der Ausschreibung ist unter Punkt 1.1. ausgeführt, dass Aufträge vom „Land Vorarlberg oder von mit diesem zusammenhängenden öffentlichen Auftraggebern, insbesondere von jeder einzelnen, in Beilage ./1 angeführten Stelle, selbstständig erteilt werden“ können. Weiters ist unter Punkt 4.3. der Ausschreibung ausgeführt, dass der auszuwählende Partner der Rahmenvereinbarung verpflichtet sei, Individualökostromlieferverträge „für die in der Beilage ./1 angeführten und von der AG namhaft gemachte, weitere Abnahmestellen“ abzuschließen. Nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates hat der Auftraggeber auf Grund der genannten Festlegungen in der Ausschreibung den Auftraggeber nicht klar und unmissverständlich festgelegt. Der Auftraggeber lässt es nämlich durch die Umschreibung, wonach Aufträge neben dem Land Vorarlberg auch „von mit diesem zusammenhängenden öffentlichen Auftraggebern“ erteilt werden können, offen, welche Auftraggeber damit konkret gemeint sind. An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, wonach diesbezüglich in der Ausschreibung auf die in der Beilage ./1 genannten Stellen verwiesen wird, da es sich hierbei lediglich um eine demonstrative Aufzählung handelt.

10.3. Zuzufolge der Bestimmung des § 79 Abs 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen ua so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können. 10.3. Zuzufolge der Bestimmung des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 hat der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen ua so

auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können.

Dadurch, dass der Bieter verpflichtet ist, mit weiteren, in der Ausschreibung nicht näher spezifizierten Abnahmestellen Individualökostromlieferverträge abzuschließen, steht für den Bieter nicht fest, wie vielen zusätzlichen Auftraggebern und in welchen Mengen er den Ökostrom liefern muss.

Der Unabhängige Verwaltungssenat hält die Ausführungen des Antragstellers, auf Grund unterschiedlichen Abnahmeverhaltens resultierten unterschiedliche Beschaffungskosten und in der Folge unterschiedliche Angebotspreise, nicht für unschlüssig; der Auftraggeber ist diesem Hinweis nicht entgegengetreten. Es ist somit davon auszugehen, dass der Auftraggeber den Leistungsumfang nicht in hinreichendem Ausmaß konkretisiert hat. Soweit der Auftraggeber in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass er den Bietern eine detaillierte Aufstellung über die aktuellen Abnahmestellen mit den exakten Verbrauchsdaten aus dem Jahre 2007 zur Verfügung gestellt habe, so ist ihm zu entgegnen, dass diese Aufstellung jene Abnahmestellen, die vom Auftraggeber zusätzlich namhaft gemacht werden können, nicht umfasst.

11. In Punkt 3.4. der Ausschreibung ist festgehalten, dass der Bieter anhand von Referenzlisten nachzuweisen habe, dass einerseits die Ökostromanlage eine freie jährliche Kapazität in einem bestimmten Ausmaß hat, und dass andererseits der Bieter einen Anspruch auf Lieferung von Ökostrom in einem bestimmten Ausmaß hat; weiters habe der Bieter nachzuweisen, dass er jährlich Ökostrom in einem bestimmten Ausmaß an bereits bestehende Kunden liefere.

Der Antragsteller hat darauf hingewiesen, dass die zum Nachweis der Eignung verlangten Referenzlisten rechtswidrig seien, da einerseits er nicht im Besitze von Ökostromanlagenanerkennungsbescheiden sei und andererseits die Ökostromverträge Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthalten würden.

Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass es dem Bieter durchaus zumutbar ist, den Ökostromanlagenanerkennungsbescheid vom betreffenden Anlagenbetreiber einzuholen. Dass er diesen Bescheid vom Anlagenbetreiber nicht erhalte, hat der Bieter nicht einmal selbst behauptet. Im Übrigen ist hier auf die Bestimmung des § 70 Abs 4 BVergG 2006 hinzuweisen, wonach der Nachweis auch mit anderen Unterlagen geführt werden kann, sofern die geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Beweiskraft wie die ursprünglich geforderten aufweisen. Der Auftraggeber hat im Zusammenhang mit Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auch zutreffend darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung „ein Übergeben von ‚geschwärzten‘ Vertragsfassungen“ nicht ausgeschlossen habe. Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass es dem Bieter durchaus zumutbar ist, den Ökostromanlagenanerkennungsbescheid vom betreffenden Anlagenbetreiber einzuholen. Dass er diesen Bescheid vom Anlagenbetreiber nicht erhalte, hat der Bieter nicht einmal selbst behauptet. Im Übrigen ist hier auf die Bestimmung des Paragraph 70, Absatz 4, BVergG 2006 hinzuweisen, wonach der Nachweis auch mit anderen Unterlagen geführt werden kann, sofern die geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Beweiskraft wie die ursprünglich geforderten aufweisen. Der Auftraggeber hat im Zusammenhang mit Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auch zutreffend darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung „ein Übergeben von ‚geschwärzten‘ Vertragsfassungen“ nicht ausgeschlossen habe.

12. Gemäß § 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

12. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. a) Litera a
im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und
2. b) Litera b
für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Ausschreibungen des Auftraggebers stehen auf Grund der obigen Ausführungen im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Den Anträgen, die Ausschreibungen für nichtig zu erklären, war daher jeweils stattzugeben.

13. Bei diesem Ergebnis war insbesondere nicht mehr näher zu prüfen, ob bzw inwieweit der Auftraggeber die ÖNORM A 2060 heranziehen hätte müssen, ob bei der Ausschreibung betreffend die Rahmenvereinbarung Ökostrom 2009 feste Preise bis 31.12.2009 vorgeschrieben hätten werden dürfen und ob die Bereitstellung einer 24-Stunden-Störungshotline als Zuschlagskriterium vorgesehen hätte werden dürfen. Lediglich ergänzend ist festzuhalten, dass der Auftraggeber hinsichtlich der 24-Stunden-Störungshotline jedenfalls näher darlegen hätte müssen, aus welchen Gründen er ein derartiges Zuschlagskriterium für gerechtfertigt hält bzw seiner Auffassung nach notwendig ist.

14. Gemäß § 19 Abs 3 Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu ersetzen, wenn der Unabhängige Verwaltungssenat die einstweilige Verfügung erlassen hat, der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.14. Gemäß Paragraph 19, Absatz 3, Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu ersetzen, wenn der Unabhängige Verwaltungssenat die einstweilige Verfügung erlassen hat, der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Gemäß § 19 Abs 4 Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.Gemäß Paragraph 19, Absatz 4, Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Im gegenständlichen Fall hat der Antragsteller (mit Einbringung der Nachprüfungsanträge) für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jeweils 593,50 Euro sowie für die Nachprüfungsanträge jeweils 1.780,50 Euro, somit insgesamt 3.561,00 Euro an Gebühren entrichtet. Zuzufolge der obzitierten Bestimmungen war daher dem Auftraggeber vorzuschreiben, dass er die Hälfte dieser Gebühren, somit insgesamt 1.780,50 Euro an den Antragsteller zu ersetzen hat.

Schlagworte

Vergaberecht, Stromlieferungsvertrag, Haftpflichtversicherung

Zuletzt aktualisiert am

22.05.2018

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at