

TE Uvs Bescheid 2005/5/13 314-013/04

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.05.2005

Norm

BVergG 2002 §4 Abs2

BVergG 2002 §16 Abs2

BVergG 2002 §17 Abs2

BVergG 2002 §18 Abs2

BVergG 2002 §19 Abs2

B-VG Art 14b Abs1

BVergG Art 14b Abs3

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch seine Kammer 3 mit den Mitgliedern Dr Röser, Dr Böhler und Dr Herzog über den Antrag der Firma W E GmbH, B, auf Feststellung, dass die Wahl von Direktvergaben durch die Gemeinde L zur Errichtung und Betreuung eines Biomasse Heizwerkes und zur Belieferung von gemeindeeigenen Gebäuden mit Fernwärme nicht zu Recht erfolgt ist, zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 4 Abs 3 lit a, 13 Abs 1 und 14 des Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag zurückgewiesen. Gemäß den Paragraphen 4, Absatz 3, Litera a,, 13 Absatz eins und 14 des Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag zurückgewiesen.

Gemäß § 18 des Vergabenachprüfungsgesetzes in Verbindung mit § 1 Abs 1 der Verwaltungsabgabenverordnung für Vergabenachprüfungsverfahren hat der Antragsteller eine Verwaltungsabgabe in Höhe von 1.159,20 Euro zu entrichten. Diese Abgabe ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Erkenntnisses an den Unabhängigen Verwaltungssenat zu entrichten. Gemäß Paragraph 18, des Vergabenachprüfungsgesetzes in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, der Verwaltungsabgabenverordnung für Vergabenachprüfungsverfahren hat der Antragsteller eine Verwaltungsabgabe in Höhe von 1.159,20 Euro zu entrichten. Diese Abgabe ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Erkenntnisses an den Unabhängigen Verwaltungssenat zu entrichten.

Text

1. In einem am 4.10.2004 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In

diesem brachte er im Wesentlichen vor, er verfüge über umfangreiches Know-How in der Errichtung und im Betrieb von Energie- und Wärmeerzeugungsanlagen auf der Basis von Biomasse. Er habe sich daher seit Beginn des Jahres 2004 mit der Gemeinde L und der s.a.b. A M G- und B GmbH & Co KG (nachfolgend AM-KG genannt) darauf verständigt, gewisse Vorarbeiten für eine langfristige Belieferung des Hallenbades in L sowie von Gebäuden im Eigentum der Gemeinde L mit Wärme zu erbringen und entsprechende Studien samt den Vertragsgrundlagen auszuarbeiten. Die Gemeinde L habe sich interessiert gezeigt, Wärme aus einem Heizwerk des Antragstellers langfristig zu nutzen. Aus diesem Grunde habe sie sich insbesondere eine möglichst umfassende Versorgung von Gewerbebetrieben und Privathaushalten in der Gemeinde L durch den Antragsteller gewünscht. Als sich der Wunsch der Gemeinde L zur Realisierung eines Heizwerkes konkretisiert habe, habe er mit der Gemeinde und der AM-KG eine mögliche Rahmenvereinbarung zur Errichtung und Bewirtschaftung des Heizwerkes ausgearbeitet. Beabsichtigt sei gewesen, dass ein privater Betreiber auf gemeindeeigenem Grund ein Biomasse Heizwerk erstellt und über ein zu errichtendes Fernwärmeleitungsnetz öffentliche Gebäude der Gemeinde L, Gewerbebetriebe und Privathaushalte sowie das Hallenbad L mit Wärme versorgt. Der Antragsteller habe in den Gesprächen mit der Gemeinde L mehrfach darauf hingewiesen, dass in weiterer Folge die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVerG) seitens der Gemeinde eingehalten werden müssten. Diese Hinweise seien von der Gemeinde ignoriert worden. Mit Schreiben vom 15.3.2004 habe die Gemeinde dem Antragsteller mitgeteilt, dass die Gemeindevertretung der Gemeinde L am 8.3.2004 verschiedene Angebote verglichen habe. Der Bürgermeister sei seitens der Gemeindevertretung beauftragt worden, in Zusammenarbeit mit dem Geschäftsführer der AM-KG mit dem Antragsteller ein Vertragswerk auszuarbeiten, in dem verschiedene Punkte noch zu klären gewesen seien. Am 5.4.2004 habe der Antragsteller einen zweiten Entwurf einer Rahmenvereinbarung vorgelegt und wieder darauf hingewiesen, dass die Gemeinde die vergaberechtlichen Vorschriften einzuhalten habe. In weiterer Folge seien die Vorbereitungsmaßnahmen und Verhandlungen zwischen der Gemeinde und dem Antragsteller ins Stocken geraten. Er sei nunmehr der Ansicht gewesen, dass es zur ordnungsgemäßen Ausschreibung der Leistungen kommen werde. Trotz intensivster Bemühungen habe er keine weiteren Informationen mehr von der Gemeinde erhalten. Im August habe der Antragsteller völlig überraschend feststellen müssen, dass eine Genossenschaft L gegründet worden sei. Er sei dadurch alarmiert gewesen und habe wiederum versucht in Erfahrung zu bringen, ob nunmehr die seitens der Gemeinde zu vergebenden Leistungen an diese Gesellschaft beauftragt worden seien. Mit Brief vom 2.9.2004 habe der Antragsteller eine Mitteilung nach § 6 Vergabenachprüfungsgesetz erstattet und eine Schadenersatzforderung erhoben. Im Antwortschreiben habe die Gemeinde erstmals ausdrücklich eingeräumt, dass der Zuschlag dem Anbieter Genossenschaft H-E erteilt worden sei. Er habe am Abschluss eines Vertrages mit der Gemeinde L ein Interesse gehabt, weil es Geschäftsgegenstand des Antragstellers sei, gerade solche Heizwerke zu errichten und zu betreiben und Wärmelieferungen auch an öffentliche Auftraggeber anzubieten. Durch die nunmehr erfolgte, grob rechtswidrige und unzulässige Direktvergabe sei dem Antragsteller ein großer Schaden entstanden. Durch die intensiven Vorarbeiten mit der Gemeinde und das Einbringen seines Know-How, von dem die Gemeinde entsprechend profitiert gehabt habe, seien ihm Kosten in Höhe von mindestens 50.000 Euro entstanden. Hätte die Gemeinde L ein geregeltes Vergabeverfahren durchgeführt, hätte er eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt. Die Belieferung der Gemeinde L mit Wärme sei ein Lieferauftrag im Sinne des § 2 BVerG. Der Lieferauftrag habe ein geschätztes Auftragsvolumen von jährlich ca 27.000 Euro. Um das Biomasse Heizwerk rentabel betreiben zu können, müsste der Vertrag eine Mindestlaufzeit von 15 Jahren haben; der geschätzte Auftragswert betrage somit allein für die Lieferaufträge ca 405.000 Euro. Die Einräumung eines Rechts an einen Auftraggeber (richtig wohl: Auftragnehmer), ein Biomasse Heizwerk und Fernwärmeleitungen auf gemeindeeigenem Grund errichten zu dürfen und sich über die Einnahmen aus dem Verkauf von Fernwärme an Private und Gewerbebetriebe zu refinanzieren, sei eine Dienstleistungskonzession. Die Kosten der Errichtung des Biomasse Heizwerks würden sich auf ca 1,3 Mio Euro belaufen (davon Kosten für das Fernwärmenetz ca 400.000 Euro). Somit bewegten sich beide vergabepflichtigen Aufträge im Oberschwellenbereich. Im vorliegenden Fall würden die Auftragswerte die Grenze für die Direktvergabe von 20.000 Euro um ein Vielfaches übersteigen. Die Direktvergabe widerspreche daher den Bestimmungen des BVerG und sei damit nach § 100 Abs 1 letzter Satz BVerG nichtig. Der Feststellungsantrag sei rechtzeitig, weil der Antragsteller erstmals am 24.9.2004 (Tag der Zustellung des Briefes der Gemeinde L vom 23.9.2004) Kenntnis von der erfolgten Zuschlagserteilung erlangt habe.¹ In einem am 4.10.2004 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen vor, er verfüge über umfangreiches Know-How in der Errichtung und im Betrieb von Energie- und

Wärmeerzeugungsanlagen auf der Basis von Biomasse. Er habe sich daher seit Beginn des Jahres 2004 mit der Gemeinde L und der s.a.b. A M G- und B GmbH & Co KG (nachfolgend AM-KG genannt) darauf verständigt, gewisse Vorarbeiten für eine langfristige Belieferung des Hallenbades in L sowie von Gebäuden im Eigentum der Gemeinde L mit Wärme zu erbringen und entsprechende Studien samt den Vertragsgrundlagen auszuarbeiten. Die Gemeinde L habe sich interessiert gezeigt, Wärme aus einem Heizwerk des Antragstellers langfristig zu nutzen. Aus diesem Grunde habe sie sich insbesondere eine möglichst umfassende Versorgung von Gewerbebetrieben und Privathaushalten in der Gemeinde L durch den Antragsteller gewünscht. Als sich der Wunsch der Gemeinde L zur Realisierung eines Heizwerkes konkretisiert habe, habe er mit der Gemeinde und der AM-KG eine mögliche Rahmenvereinbarung zur Errichtung und Bewirtschaftung des Heizwerkes ausgearbeitet. Beabsichtigt sei gewesen, dass ein privater Betreiber auf gemeindeeigenem Grund ein Biomasse Heizwerk erstellt und über ein zu errichtendes Fernwärmeleitungsnetz öffentliche Gebäude der Gemeinde L, Gewerbebetriebe und Privathaushalte sowie das Hallenbad L mit Wärme versorgt. Der Antragsteller habe in den Gesprächen mit der Gemeinde L mehrfach darauf hingewiesen, dass in weiterer Folge die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVerG) seitens der Gemeinde eingehalten werden müssten. Diese Hinweise seien von der Gemeinde ignoriert worden. Mit Schreiben vom 15.3.2004 habe die Gemeinde dem Antragsteller mitgeteilt, dass die Gemeindevertretung der Gemeinde L am 8.3.2004 verschiedene Angebote verglichen habe. Der Bürgermeister sei seitens der Gemeindevertretung beauftragt worden, in Zusammenarbeit mit dem Geschäftsführer der AM-KG mit dem Antragsteller ein Vertragswerk auszuarbeiten, in dem verschiedene Punkte noch zu klären gewesen seien. Am 5.4.2004 habe der Antragsteller einen zweiten Entwurf einer Rahmenvereinbarung vorgelegt und wieder darauf hingewiesen, dass die Gemeinde die vergaberechtlichen Vorschriften einzuhalten habe. In weiterer Folge seien die Vorbereitungsmaßnahmen und Verhandlungen zwischen der Gemeinde und dem Antragsteller ins Stocken geraten. Er sei nunmehr der Ansicht gewesen, dass es zur ordnungsgemäßen Ausschreibung der Leistungen kommen werde. Trotz intensivster Bemühungen habe er keine weiteren Informationen mehr von der Gemeinde erhalten. Im August habe der Antragsteller völlig überraschend feststellen müssen, dass eine Genossenschaft L gegründet worden sei. Er sei dadurch alarmiert gewesen und habe wiederum versucht in Erfahrung zu bringen, ob nunmehr die seitens der Gemeinde zu vergebenden Leistungen an diese Gesellschaft beauftragt worden seien. Mit Brief vom 2.9.2004 habe der Antragsteller eine Mitteilung nach Paragraph 6, Vergabenachprüfungsgesetz erstattet und eine Schadenersatzforderung erhoben. Im Antwortschreiben habe die Gemeinde erstmals ausdrücklich eingeräumt, dass der Zuschlag dem Anbieter Genossenschaft H-E erteilt worden sei. Er habe am Abschluss eines Vertrages mit der Gemeinde L ein Interesse gehabt, weil es Geschäftsgegenstand des Antragstellers sei, gerade solche Heizwerke zu errichten und zu betreiben und Wärmelieferungen auch an öffentliche Auftraggeber anzubieten. Durch die nunmehr erfolgte, grob rechtswidrige und unzulässige Direktvergabe sei dem Antragsteller ein großer Schaden entstanden. Durch die intensiven Vorarbeiten mit der Gemeinde und das Einbringen seines Know-How, von dem die Gemeinde entsprechend profitiert gehabt habe, seien ihm Kosten in Höhe von mindestens 50.000 Euro entstanden. Hätte die Gemeinde L ein geregeltes Vergabeverfahren durchgeführt, hätte er eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt. Die Belieferung der Gemeinde L mit Wärme sei ein Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 2, BVerG. Der Lieferauftrag habe ein geschätztes Auftragsvolumen von jährlich ca 27.000 Euro. Um das Biomasse Heizwerk rentabel betreiben zu können, müsste der Vertrag eine Mindestlaufzeit von 15 Jahren haben; der geschätzte Auftragswert betrage somit allein für die Lieferaufträge ca 405.000 Euro. Die Einräumung eines Rechts an einen Auftraggeber (richtig wohl: Auftragnehmer), ein Biomasse Heizwerk und Fernwärmeleitungen auf gemeindeeigenem Grund errichten zu dürfen und sich über die Einnahmen aus dem Verkauf von Fernwärme an Private und Gewerbebetriebe zu refinanzieren, sei eine Dienstleistungskonzession. Die Kosten der Errichtung des Biomasse Heizwerkes würden sich auf ca 1,3 Mio Euro belaufen (davon Kosten für das Fernwärmenetz ca 400.000 Euro). Somit bewegten sich beide vergabepflichtigen Aufträge im Oberschwellenbereich. Im vorliegenden Fall würden die Auftragswerte die Grenze für die Direktvergabe von 20.000 Euro um ein Vielfaches übersteigen. Die Direktvergabe widerspreche daher den Bestimmungen des BVerG und sei damit nach Paragraph 100, Absatz eins, letzter Satz BVerG nichtig. Der Feststellungsantrag sei rechtzeitig, weil der Antragsteller erstmals am 24.9.2004 (Tag der Zustellung des Briefes der Gemeinde L vom 23.9.2004) Kenntnis von der erfolgten Zuschlagserteilung erlangt habe.

2. Die Gemeinde L als Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach Punkt 1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.
3. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung

durchgeführt. Folgender, im Wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

Die Firma AM-KG beabsichtigte, in der Gemeinde L einen neuen Bad- und Hotelkomplex AM zu errichten. Die Gemeinde L ist zu 46% Gesellschafterin (Kommanditistin) dieser Gesellschaft.

Ursprünglich war für das AM eine Beheizung mit Heizöl vorgesehen. Es wurde dann eine Beheizung mit Fernwärme unter Einbeziehung von Gebäuden der Gemeinde L in Erwägung gezogen.

In weiterer Folge haben sowohl der Antragsteller als auch ein weiterer Anbieter anlässlich einer Gemeindevertretungssitzung vom 9.2.2004 ihre jeweiligen Konzepte zu einer Beheizung mit Fernwärme vorgestellt. Die Gemeinde hat in ihrer Gemeindevertretungssitzung vom 1.3.2004 den Ankauf einer Liegenschaft für das Biomasse Heizwerk beschlossen. Am 3.3.2004 haben der Antragsteller und der weitere Anbieter der Gemeinde jeweils ein Offert übermittelt. In der Gemeindevertretungssitzung am 9.3.2004 wurde der Beschluss gefasst, dass der Auftragsvergabe zur Lieferung von Fernwärme an die AM sowie an die gemeindeeigenen Gebäude durch den Antragsteller zugestimmt werde, wenn für näher bezeichnete Punkte eine einvernehmliche Lösung gefunden werden könne. Diese Punkte wurden dem Antragsteller mit Schreiben der Gemeinde vom 15.3.2004 mitgeteilt. Der Antragsteller hat hierauf der Gemeinde L Vertragsentwürfe betreffend eine Rahmenvereinbarung und eine Wärmelieferung vorgelegt, welche in der Folge überarbeitet wurden.

Die AM-KG hat in ihrer Gesellschafterversammlung vom 29.4.2004 beschlossen, die Geschäftsführung der AM-KG zu beauftragen, die Angebote zu prüfen und den Auftrag an den Bestbieter zu erteilen. Nach dieser Prüfung hat die AM-KG der Gemeinde L mit Schreiben vom 5.5.2004 bekannt gegeben, dass der Auftrag für die Fernwärmelieferung mittels Biomasse an den Anbieter Genossenschaft H-E vergeben werde. Am 3.6.2004 wurde durch die Genossenschaft H-E die neue Genossenschaft L gegründet; die Gemeinde ist an dieser Genossenschaft mit 1 Anteil (von ca 120 Anteilen) beteiligt.

In der Folge hat die Genossenschaft L mit der AM-KG einen Wärmelieferungsvertrag (vom 26.5.2004 bzw 18.6.2004) abgeschlossen.

Weiters hat die Genossenschaft L mit der Gemeinde L 2 Wärmelieferungsverträge abgeschlossen. Der eine Vertrag betrifft vier gemeindeeigene Gebäude (Vertrag vom 18.6.2004 bzw 26.6.2004); dieser Vertrag hat eine Laufzeit von 20 Jahren, wobei die Kosten für den jährlichen Wärmebedarf bei 17.967 Euro liegen. Der zweite Vertrag betrifft das Gebäude, in welchem das Gemeindeamt und die Raiba untergebracht sind (Vertrag vom 31.8.2004 bzw 30.7.2004); dieser Vertrag hat ebenfalls eine Laufzeit von 20 Jahren, wobei die Kosten für den jährlichen Wärmebedarf betreffend die Gemeinde L 1.728,27 Euro betragen.

In der Gemeindevertretungssitzung vom 3.7.2004 wurde ua beschlossen, das Grundstück für das Biomasse Heizwerk an die Genossenschaft L zu verkaufen, sofern ua für alle gemeindeeigenen Gebäude der gleiche Wärmepreis gilt. Der Baubeginn für das Biomasse Heizwerk war Anfang September 2004; die Belieferung mit Fernwärme hat Ende 2004 begonnen. Der Kaufvertrag betreffend das Grundstück für das Biomasse Heizwerk wurde am 27.12.2004 unterfertigt, wobei in diesem Vertrag zu Gunsten der Gemeinde ein Wiederkaufsrecht für den Fall eingeräumt wurde, dass die Genossenschaft L nicht binnen drei Jahren nach Unterfertigung der Vertragsurkunde auf der Vertragsliegenschaft ein Biomasse Heizwerk errichtet.

4.1. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Art 14b Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes. 4.1. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes.

Bei der Gemeinde L handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG). Die gegenständlichen Aufträge stellen einerseits Lieferaufträge mit einem geschätzten Auftragswert von insgesamt 393.905,42 Euro dar. Andererseits geht es nach dem Vorbringen des Antragstellers um einen Dienstleistungskonzessionsvertrag mit einem geschätzten Auftragswert von ca 1,3 Mio Euro. Die Aufträge wären somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Bei der Gemeinde L handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG). Die gegenständlichen Aufträge stellen einerseits Lieferaufträge mit einem geschätzten Auftragswert von insgesamt

393.905,42 Euro dar. Andererseits geht es nach dem Vorbringen des Antragstellers um einen Dienstleistungskonzessionsvertrag mit einem geschätzten Auftragswert von ca 1,3 Mio Euro. Die Aufträge wären somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

4.2. Gemäß § 6 Abs 1 Vergabenachprüfungsgesetz hat ein Unternehmer dann, wenn er der Ansicht ist, dass eine vom Auftraggeber getroffene Entscheidung rechtswidrig ist, den Auftraggeber unverzüglich und nachweislich elektronisch oder mittels Telefax von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und der geltend gemachten Rechtswidrigkeit zu verständigen. Die Verständigung hat spätestens gleichzeitig mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages zu erfolgen. 4.2. Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, Vergabenachprüfungsgesetz hat ein Unternehmer dann, wenn er der Ansicht ist, dass eine vom Auftraggeber getroffene Entscheidung rechtswidrig ist, den Auftraggeber unverzüglich und nachweislich elektronisch oder mittels Telefax von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und der geltend gemachten Rechtswidrigkeit zu verständigen. Die Verständigung hat spätestens gleichzeitig mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages zu erfolgen.

Der Antragsteller ist seiner Verständigungspflicht im Sinne des § 6 Abs 1 Vergabenachprüfungsgesetz nachgekommen. Der Antragsteller ist seiner Verständigungspflicht im Sinne des Paragraph 6, Absatz eins, Vergabenachprüfungsgesetz nachgekommen.

5. Gemäß § 8 Vergabenachprüfungsgesetz ist ein Feststellungsantrag spätestens sechs Wochen nach Zuschlagserteilung oder nach Widerruf einer Ausschreibung einzubringen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller Kenntnis von der Zuschlagserteilung bzw vom Widerruf der Ausschreibung erlangt hat oder erlangen hätte können. Nach Ablauf von sechs Monaten nach Zuschlagserteilung bzw nach dem Zeitpunkt, in dem die Ausschreibung widerrufen wurde oder als widerrufen gilt, kann der Feststellungsantrag nicht mehr gestellt werden. 5. Gemäß Paragraph 8, Vergabenachprüfungsgesetz ist ein Feststellungsantrag spätestens sechs Wochen nach Zuschlagserteilung oder nach Widerruf einer Ausschreibung einzubringen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller Kenntnis von der Zuschlagserteilung bzw vom Widerruf der Ausschreibung erlangt hat oder erlangen hätte können. Nach Ablauf von sechs Monaten nach Zuschlagserteilung bzw nach dem Zeitpunkt, in dem die Ausschreibung widerrufen wurde oder als widerrufen gilt, kann der Feststellungsantrag nicht mehr gestellt werden.

Die Gemeinde L hat darauf hingewiesen, dass der Nachprüfungsantrag verspätet eingebracht worden sei, da der Antragsteller unmittelbar nach der Gesellschafterversammlung der AM-KG vom 29.4.2004 Kenntnis davon gehabt habe, dass ein Mitbewerber den Zuschlag erhalte; insbesondere habe der Zeuge H (Geschäftsführer der AM-KG) im Mai 2004 entsprechende Telefonate mit dem Geschäftsführer des Antragstellers geführt. Im Übrigen bestünde über eine weitere Gesellschaft eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung zwischen dem Antragsteller und der AM-KG.

Diesem Vorbringen kommt einerseits keine Berechtigung zu, da die entsprechenden Beschlüsse der Gemeinde erst zu einem Zeitpunkt nach dem 29.4.2004 gefasst wurden. Andererseits hat der Zeuge H lediglich angegeben, in einem Telefonat mit dem Geschäftsführer des Antragstellers sei es um Spezifikationen offengebliebener Teile gegangen, wobei sich der Zeuge nicht mehr erinnern konnte, ob dieses Telefonat vor oder nach der Entscheidung durch die Gesellschafterversammlung stattgefunden hat.

Im Übrigen hat die Gemeinde L mit ihrem Hinweis auf die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen nicht konkret dargetan, aus welchen Gründen der Antragsteller Kenntnis von der Zuschlagserteilung haben hätte sollen.

Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass der gegenständliche Nachprüfungsantrag rechtzeitig ist.

6.1. Der Antragsteller hat die Auffassung vertreten, dass im vorliegenden Fall die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Sinne des § 4 Abs 2 BVergG gegeben sei, da das gesamte Handeln der Gemeinde L darauf gerichtet gewesen sei, einem Dritten die Möglichkeit (das Recht) einzuräumen, ein Biomasse Heizkraftwerk zu errichten, mit dem das AM, andere Gewerbebetriebe und private sowie öffentliche Gebäude der Gemeinde L versorgt werden sollten. 6.1. Der Antragsteller hat die Auffassung vertreten, dass im vorliegenden Fall die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, BVergG gegeben sei, da das gesamte Handeln der Gemeinde L darauf gerichtet gewesen sei, einem Dritten die Möglichkeit (das Recht) einzuräumen, ein Biomasse Heizkraftwerk zu errichten, mit dem das AM, andere Gewerbebetriebe und private sowie öffentliche Gebäude der Gemeinde L versorgt werden sollten.

Der Auftraggeber vertritt hingegen die Auffassung, dass nur die Belieferung der Gemeindegebäude mit Fernwärme grundsätzlich vergaberechtlich relevant sei.

6.2. Vorweg ist klarzustellen, dass zuerst von der AM-KG ein Liefervertrag mit der Genossenschaft L abgeschlossen wurde. Die AM-KG ist weder ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs 1 Z 2 BVergG, weil die Voraussetzungen der lit a und c dieser Vorschrift nicht erfüllt sind, noch ist sie ein Sektorenauftraggeber im Sinne des § 7 Abs 2 BVergG. Soweit die Gemeinde L Beschlüsse hinsichtlich dieses Lieferauftrages gefasst hat, hat sie diese nicht als öffentlicher Auftraggeber, sondern als Gesellschafter des privaten Auftraggebers AM-KG gefasst. Erst nach dieser Auftragsvergabe durch die AM-KG hat die Gemeinde als öffentlicher Auftraggeber selbst Lieferverträge für gemeindeeigene Gebäude mit derselben Genossenschaft abgeschlossen.

6.3. Für die oben angeführte Auffassung des Auftraggebers, dass kein Konzessionsvertrag nach § 4 Abs 2 BVergG vorliege, spricht, dass von vornherein die Gegenleistung der Genossenschaft L für die Erbringung ihrer Dienstleistungen nicht "ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises" gelegen ist; die Gemeinde hätte nämlich demnach der Genossenschaft nicht ein solches Recht eingeräumt, sondern dieser nur ein Grundstück für die Errichtung des Heizwerkes verkauft. Die Genossenschaft hätte ein solches Grundstück allenfalls auch von einem anderen Grundeigentümer erwerben können. Der Verkauf eines Grundstückes als solcher unterliegt nicht den vergaberechtlichen Vorschriften.

Für die oben wiedergegebene Auffassung des Antragstellers, dass ein Konzessionsvertrag anzunehmen sei, spricht das Vorliegen eines Gesamtkonzeptes der Gemeinde: Die Gemeinde wollte, dass ein örtliches Biomasse-Heizkraftwerk errichtet werde. Es war klar, dass einerseits der Betrieb eines solchen nur rentabel war, wenn insbesondere auch das AM von diesem Kraftwerk mit Wärme beliefert würde, und dass andererseits die Gebäude der Gemeinde und in der Folge allenfalls weitere Privatgebäude von demselben Heizwerk zu beliefern wären. Die vergaberechtsfreundlichere Variante einer Verwirklichung dieses Konzeptes wäre gewesen, wenn die Gemeinde als solche die ersten vergabemäßig relevanten Schritte gesetzt hätte und dabei den Abschluss eines Dienstleistungskonzessionsvertrages (bzw allenfalls eines Baukonzessionsvertrages) ausgeschrieben hätte.

6.4. Die Beantwortung der Frage, ob nunmehr die Rechtsauffassung des Auftraggebers oder jene des Antragstellers zutreffend ist, kann jedoch im vorliegenden Fall aus folgendem Grund unterbleiben:

In beiden Fällen besteht nämlich von vornherein ein Rechtsschutz nach Vergaberecht bzw eine Antragslegitimation für eine Vergabenachprüfung durch den UVS nur hinsichtlich der Verträge betreffend die Wärmelieferung für gemeindeeigene Gebäude. Dies für den Fall des Zutreffens der Rechtsauffassung des Antragstellers deswegen, weil nach § 16 Abs 2 und nach § 18 Abs 2 BVergG für die Vergabe von Verträgen über Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich (nach § 18 Abs 2 BVergG mit hier nicht zutreffenden Ausnahmetatbeständen) allein die Bestimmungen des 1. Teiles sowie die §§ 21 und 44, und somit nicht die Bestimmungen über den Rechtsschutz gelten. Gleichartiges gilt für die Vergabe von Baukonzessionsverträgen (vgl die §§ 16 Abs 5 und 17 Abs 6 BVergG). In beiden Fällen besteht nämlich von vornherein ein Rechtsschutz nach Vergaberecht bzw eine Antragslegitimation für eine Vergabenachprüfung durch den UVS nur hinsichtlich der Verträge betreffend die Wärmelieferung für gemeindeeigene Gebäude. Dies für den Fall des Zutreffens der Rechtsauffassung des Antragstellers deswegen, weil nach Paragraph 16,

Absatz 2 und nach Paragraph 18, Absatz 2, BVergG für die Vergabe von Verträgen über Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich (nach Paragraph 18, Absatz 2, BVergG mit hier nicht zutreffenden Ausnahmetatbeständen) allein die Bestimmungen des 1. Teiles sowie die Paragraphen 21 und 44, und somit nicht die Bestimmungen über den Rechtsschutz gelten. Gleichartiges gilt für die Vergabe von Baukonzessionsverträgen vergleiche die Paragraphen 16, Absatz 5 und 17 Absatz 6, BVergG).

6.5. Der Antragsteller hat in diesem Zusammenhang, gestützt auf Katary (in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht², Seite 160ff) die Auffassung vertreten, dass die vorher erwähnte Einschränkung des BVergG hinsichtlich der Dienstleistungskonzessionen nicht für das Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz gelte.

Nach Ansicht des Verwaltungssenates führt aber eine den Artikel 14b Abs 1 und 3 B-VG berücksichtigende verfassungskonforme Auslegung zu einem anderen Ergebnis: Die Festlegung der Rechtssphären der Rechtsunterworfenen und damit die grundlegende Bestimmung der Verfahrensparteien sind Sache des Materiengesetzgebers. Aufgabe des Verfahrensrechtsgesetzgebers ist es, im Rahmen der materiengesetzlichen Vorgaben die näheren Modalitäten der Geltendmachung von materiengesetzlich eingeräumten Ansprüchen zu regeln und auch verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, um die Einhaltung der materiengesetzlichen Vorschriften sicherzustellen. Auch die Festlegung der mangelnden Anfechtbarkeit von Entscheidungen des Auftraggebers ist als Angelegenheit der Materiengesetzgebung zu qualifizieren und demnach nicht als Festlegung der näheren Modalitäten der Rechtsdurchsetzung dem Verfahrensrechtsgesetzgeber vorzubehalten. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass der Landesgesetzgeber im Vergabenachprüfungsgesetz nur insoweit eine Nachprüfung einrichten kann, als der Bundesgesetzgeber Vergabeverfahrensregelungen trifft, also die Vergabe öffentlicher Aufträge näher regelt, und nicht bloß einige Grundsätze aufstellt. Wenn also das BVergG den Abschluss von Dienstleistungskonzessionsverträgen nur insoweit regelt, als es Auftraggeber, Bewerber und Bieter an bestimmte – in den §§ 21 und 44 festgelegte – Vorgaben bindet, ist für eine landesbehördliche Vergabekontrolle im Sinne des Art 14b Abs 3 B-VG und somit für eine Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder kein Raum (Rill in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, Wien 2004, Seite 20ff).

Nach Ansicht des Verwaltungssenates führt aber eine den Artikel 14b Absatz eins und 3 B-VG berücksichtigende verfassungskonforme Auslegung zu einem anderen Ergebnis: Die Festlegung der Rechtssphären der Rechtsunterworfenen und damit die grundlegende Bestimmung der Verfahrensparteien sind Sache des Materiengesetzgebers. Aufgabe des Verfahrensrechtsgesetzgebers ist es, im Rahmen der materiengesetzlichen Vorgaben die näheren Modalitäten der Geltendmachung von materiengesetzlich eingeräumten Ansprüchen zu regeln und auch verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, um die Einhaltung der materiengesetzlichen Vorschriften sicherzustellen. Auch die Festlegung der mangelnden Anfechtbarkeit von Entscheidungen des Auftraggebers ist als Angelegenheit der Materiengesetzgebung zu qualifizieren und demnach nicht als Festlegung der näheren Modalitäten der Rechtsdurchsetzung dem Verfahrensrechtsgesetzgeber vorzubehalten. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass der Landesgesetzgeber im Vergabenachprüfungsgesetz nur insoweit eine Nachprüfung einrichten kann, als der Bundesgesetzgeber Vergabeverfahrensregelungen trifft, also die Vergabe öffentlicher Aufträge näher regelt, und nicht bloß einige Grundsätze aufstellt. Wenn also das BVergG den Abschluss von Dienstleistungskonzessionsverträgen nur insoweit regelt, als es Auftraggeber, Bewerber und Bieter an bestimmte – in den Paragraphen 21 und 44 festgelegte – Vorgaben bindet, ist für eine landesbehördliche Vergabekontrolle im Sinne des Artikel 14 b, Absatz 3, B-VG und somit für eine Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder kein Raum (Rill in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, Wien 2004, Seite 20ff).

7.1. Gemäß § 27 Abs 1 Z 2 BVergG ist eine Direktvergabe bei allen Leistungen (abgesehen von geistig-schöpferischen Dienstleistungen) nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 20.000 Euro nicht erreicht.7.1. Gemäß Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist eine Direktvergabe bei allen Leistungen (abgesehen von geistig-schöpferischen Dienstleistungen) nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 20.000 Euro nicht erreicht.

Zufolge § 4 Abs 3 lit a Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte.Zufolge Paragraph 4, Absatz 3, Litera a, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein

Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte.

7.2. Der Antragsteller hat geltend gemacht, dass die gegenständlichen zwischen der Genossenschaft L und der Gemeinde L abgeschlossenen Wärmelieferungsverträge in unzulässiger Weise direkt vergeben worden seien. Dabei ist er offensichtlich davon ausgegangen, dass eine eigene vergaberechtliche Behandlung der Lieferverträge mit der Gemeinde L neben der vergaberechtlichen Behandlung des von ihm geltend gemachten Dienstleistungskonzessionsvertrages geboten sei. Die Richtigkeit dieser Auffassung kann im gegenständlichen Fall dahingestellt bleiben.

Die Gemeinde L hat darauf hingewiesen, dass sie hinsichtlich der gemeindeeigenen Gebäude an den von AM-KG gewählten Auftragnehmer (Genossenschaft L) insoweit gebunden gewesen sei, als es aus wirtschaftlichen Überlegungen keine weiteren Anbieter geben habe können.

7.3. Diesem Vorbringen der Gemeinde L ist entgegenzuhalten, dass sie ungeachtet dessen die gegenständlichen Aufträge zur Lieferung von Wärme ausschreiben hätte müssen. Auch aus der von der Gemeinde L zitierten Bestimmung des § 21 Abs 4 BVergG lässt sich nicht ableiten, dass in einem Fall wie dem gegenständlichen keine Ausschreibung zu erfolgen hätte. 7.3. Diesem Vorbringen der Gemeinde L ist entgegenzuhalten, dass sie ungeachtet dessen die gegenständlichen Aufträge zur Lieferung von Wärme ausschreiben hätte müssen. Auch aus der von der Gemeinde L zitierten Bestimmung des Paragraph 21, Absatz 4, BVergG lässt sich nicht ableiten, dass in einem Fall wie dem gegenständlichen keine Ausschreibung zu erfolgen hätte.

7.4. Allerdings hat der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vor dem UVS ausdrücklich selbst bestätigt, dass eine Lieferung von Fernwärme durch den Antragsteller nur für die Gebäude der Gemeinde (aus wirtschaftlichen Gründen) nicht möglich wäre. Die Belieferung von AM einerseits und der Gemeinde andererseits mit Fernwärme wurde vom Antragsteller immer als gesamthaftes Projekt gesehen.

Zufolge der obzitierten Bestimmung des § 4 Abs 3 Vergabenachprüfungsgesetz kommen als Antragsteller nur Unternehmer in Betracht, die ein Interesse an der Auftragsvergabe hatten. Weitere Voraussetzung für die Antragslegitimation ist, dass ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Zufolge der obzitierten Bestimmung des Paragraph 4, Absatz 3, Vergabenachprüfungsgesetz kommen als Antragsteller nur Unternehmer in Betracht, die ein Interesse an der Auftragsvergabe hatten. Weitere Voraussetzung für die Antragslegitimation ist, dass ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Aus den oben wiedergegebenen Angaben des Antragstellers ist ersichtlich, dass er an einer Wärmelieferung allein an die Gemeinde L (somit ohne gleichzeitige Belieferung der AM) tatsächlich nicht interessiert war. Außerdem konnte ihm mangels Wirtschaftlichkeit eines solchen eingeschränkten Projektes (diese Unwirtschaftlichkeit hatte schon eine Studie der Gemeinde L ergeben) kein Schaden durch das Nichterhalten dieses eingeschränkten Auftrages entstehen.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass ebenfalls aus wirtschaftlichen Gründen der Antragsteller als Bewerber nur für Lieferaufträge an die Gemeinde L keine echte Chance gegen einen solchen Mitbewerber gehabt hätte, der schon das AM als Kunden für die Fernwärmelieferung gehabt hätte.

Die diesbezügliche Antragslegitimation des Antragstellers war daher zu verneinen.

8. Der Antrag des Antragstellers auf Feststellung, dass die Wahl von Direktvergaben durch die Gemeinde L zur Errichtung und Betreibung eines Biomasse Heizwerkes und zur Belieferung von gemeindeeigenen Gebäuden mit Fernwärme nicht zu Recht erfolgt ist, war daher aus den unter obigen Punkten 6. und 7. zurückzuweisen.

Schlagworte

Vergaberecht, Dienstleistungskonzessionen

Zuletzt aktualisiert am

27.03.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at