jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Beschluss 2020/10/5 W120 2230425-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 05.10.2020

Entscheidungsdatum

05.10.2020

Norm

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §340 Abs1
BVergG 2018 §341
BVergG 2018 §353
BVergG 2018 §354
BVergGKonz 2018 §1
BVergGKonz 2018 §11
BVergGKonz 2018 §12
BVergGKonz 2018 §13
BVergGKonz 2018 §14
BVergGKonz 2018 §2
BVergGKonz 2018 §22
BVergGKonz 2018 §28
BVergGKonz 2018 §31
BVergGKonz 2018 §33
BVergGKonz 2018 §34
BVergGKonz 2018 §35
BVergGKonz 2018 §36
BVergGKonz 2018 §4 Abs2
BVergGKonz 2018 §6
BVergGKonz 2018 §78 Abs3 Z3
BVergGKonz 2018 §78 Abs3 Z4
BVergGKonz 2018 §8 Abs1 Z13
BVergGKonz 2018 §8 Abs1 Z31
BVergGKonz 2018 §83 Abs1 Z1
BVergGKonz 2018 §84
BVergGKonz 2018 §85 Abs1
BVergGKonz 2018 §85 Abs2

BVergGKonz 2018 §85 Abs3
BVergGKonz 2018 §97 Abs1
B-VG Art133 Abs4
B-VG Art133 Abs9
MinroG §3 Abs1 Z4
MinroG §45
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W120 2230425-1/28E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Eisner als Vorsitzenden, Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite über den Feststellungsantrag und die damit zusammenhängen Anträge auf Rückerstattung und Reduktion der Pauschalgebühr der XXXX in XXXX , vertreten durch MMag. Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, und Dr. Thomas Bründl, Rechtsanwalt in 5204 Straßwalchen, betreffend den Abschluss der Abbau- und Deponieverträge Scharfling-Kienbach durch die Österreichische Bundesforste AG in 3002 Purkersdorf, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, beschlossen:

A)

I. Die Anträge,

„das Bundesverwaltungsgericht wolle

das Feststellungsverfahren einleiten, der Antragstellerin nach Vorlage des Vergabeaktes Akteneinsicht gewähren, eine mündliche Verhandlung anberaumen und feststellen, dass

1. die Durchführung des Vergabeverfahrens Abbau- und Deponievertrages Scharfling-Kienbach der Österreichische Bundesforste AG ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen BVergGKonz 2018 iVm BVergG 2018, die hierzu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war

und / oder feststellen, dass

2. die Zuschlagserteilung im Verfahren Abbau- und Deponievertrages Scharfling-Kienbach der Österreichische Bundesforste AG, an die Zuschlagsempfängerin (‚Firma XXXX ' und/oder der ‚Firma XXXX ') ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 iVm BVergG 2018, der hierzu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

In eventu feststellen, dass

3. der Zuschlag bei der Vergabe Abbau- und Deponievertrag Scharfling-Kienbach der Österreichische Bundesforste AG, soweit diese als Rahmenvereinbarung oder dynamisches Beschaffungssystem erfolgt ist, rechtswidrig war.

In eventu feststellen, dass

4. der Zuschlag im Verfahren Vergabe des Abbau- und Deponievertrages Scharfling-Kienbach der Österreichische Bundesforste AG wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 iVm BVergG 2018, der hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Festlegung einer Ausschreibung (soweit eine solche durchgeführt wurde) der dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (in eventu: dem Angebot mit dem besten Preis) erteilt wurde,

werden als unzulässig zurückgewiesen.

II. Die Anträge,

„die lediglich dem Verbesserungsauftrag entsprechende, aber insoweit unpräjudizielle überwiesene Gebühr von € 2.917,00 zu Handen des Antragstellervertreters rück zu überweisen"

und

„[aufgrund des] im selben Vergabeverfahren[s] bereits [gestellten] Feststellungsantrag[s] die Gebühr daher gemäß § 340 Abs 1 z 5 BVergG 2018 auf 80 % der gem § 1 BVwG-PauschalGebV VERGABE 2018 festgesetzten Gebühr zu reduzieren“,

werden als unbegründet abgewiesen.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Text

Begründung:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 20.04.2020 stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren und brachten im Wesentlichen vor:

1.1. Mit Beschluss des Landesgerichtes Wels vom 30.06.2017 sei über das Vermögen der XXXX das Konkursverfahren eröffnet worden. Die XXXX habe ursprünglich zwischen dem 01.01.2005 und dem 31.12.2019 einen aufrechten Abbau- und Deponievertrag „Scharfling-Kienbach“ mit der Antragsgegnerin abgeschlossen.

Vor dem Hintergrund des Gutachtens eines staatlich befugten und beeideten Konsulenten für Bergwesen und allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für Sprengwesen, Lagerstätten und Bergbau XXXX und der Besprechung mit XXXX von der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin für die Verwertung des Steinbruches einen Betrag in der Höhe von EUR XXXX ,-- (brutto) geboten und den Zuschlag erhalten. Die XXXX (im Folgenden erstmitbeteiligte Partei) als weiterer Bieter habe ihrerseits lediglich den Betrag in der Höhe von EUR XXXX ,-- (brutto) geboten.

Aufgrund der Verwertungsvereinbarung betreffend Steinbruch „Scharfling-Kienbach“ vom 19.12.2017 zwischen dem Masseverwalter der XXXX und der Antragstellerin sei der Abbauvertrag „Scharfling-Kienbach“ gegen eine (hohe) Ablöse von EUR XXXX ,-- zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer von EUR XXXX ,--, gesamt sohin ein Betrag von EUR XXXX ,--, für seine Laufzeit bis zum 31.12.2019 an die Antragstellerin übertragen worden.

Die verhältnismäßig hohe Ablösungssumme von EUR XXXX ,-- zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer sei von der Antragstellerin in Hinblick darauf bezahlt worden, dass eine Vertragsverlängerung seitens der Antragsgegnerin in Aussicht gestellt worden sei. Dies sei etwa mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 18.10.2018 bestätigt worden, worin die Interessenbekundung der Antragstellerin auch über 2019 hinaus bestätigt und auch ein Verhandeln über ein Vertragsverhältnis ab dem 01.01.2020 in Aussicht gestellt worden sei.

Nur aufgrund des umfassenden Schriftverkehrs zwischen dem Rechtsanwalt der Antragstellerin und der Antragsgegnerin habe schließlich der Abschluss einer Vereinbarung erreicht werden können. Die Unterschrift der Antragsgegnerin sei erst am 29.01.2019 erfolgt, wodurch ein großer Schaden für die Antragstellerin entstanden sei, da im Jahr 2018 kein Abbau durchgeführt habe werden können, wodurch der Betrag von EUR XXXX ,-- als Kaufpreis infolge Vergabe an einen „Dritten“ lediglich auf ein Jahr (2019) umgelegt werden könne und keinesfalls auch bloß kostendeckend sei.

Nach dem Ersuchen der Antragstellerin um Aufnahme eines ordnungsgemäßen Bieterverfahrens, sei seitens der Antragsgegnerin am 28.05.2019 mitgeteilt worden, dass die Antragsgegnerin zwischenzeitig „in rechtskonformer Weise (ein Bieterverfahren ist für den gegenständlichen Verwertungssachverhalt nicht zwingend vorgeschrieben)“ mit einem (namentlich nicht genannten) Dritten den Abbauvertrag „Scharfling-Kienbach“ ab dem 01.01.2020 abgeschlossen habe. Die Antragsgegnerin argumentiere, dass die Entscheidung auf eine „objektive und sachliche“ Grundlage basiere.

Mit diesem Schreiben vom 28.05.2019 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass entgegen den ursprünglichen Zusagen keine Vertragsverlängerung mit ihr und auch kein Bieterverfahren durchgeführt werde, sondern der Auftrag

„mit Dritten ab 1.1.2020" vergeben werde. Dagegen habe die Antragstellerin den Feststellungsantrag mit Anregung auf Nichtigerklärung vom 30.09.2019 zu W134 2223902-2/2Z erhoben. Nach Einbringung dieses Feststellungsantrags seien die abgeschlossenen Verträge aufgelöst und die Antragstellerin insoweit klaglos gestellt worden.

Mit E-Mail der Antragsgegnerin vom 05.02.2020 sei der Antragstellerin nun erneut mitgeteilt worden, „dass per 03.02.2020 bzw. 05.02.2020 mit der Firma XXXX und der Firma XXXX Pachtverträge für die Flächen Scharfling-Kienbachstraße abgeschlossen wurden." Weitere Informationen habe die Antragstellerin nicht erhalten.

1.2. Rechtlich sei die wesentliche Frage, welche Qualifikation der Abbau- und der Deponievertrag „Scharfling-Kienbach" habe. Grundsätzlich handle es sich dabei in Gesamtschau um einen Pachtvertrag hinsichtlich des vertragsgegenständlichen Grundstückes, mit der darüber hinaus gehenden Möglichkeit dort Steine abzubauen, aufzubereiten, zu deponieren und zu verwerten, sowie Bauwerke und Anlagen zu errichten und zu benutzen.

Aus der Entgeltbestimmung im Punkt 3 des Vertrags sei aber ein Mindestbruchzins und ein Mindestdeponiezins zu leisten. Daraus könne nach den §§ 914 und 915 ABGB auch eine vertragliche Verpflichtung zur Mindestdeponierung bzw. Verpflichtung zum Mindestbruch abgeleitet werden. Unabhängig davon würden der Berechtigten insoweit Rechte eingeräumt werden, als diese eine öffenliche Deponie betreiben dürfe, wobei das Entgelt für den Bruch selbst eingehoben werden könne (eine Art der „Nettobestellung"). Es seien lediglich fixe Pauschalzinse für den Bruch, einschließlich eines Mindestbruchzinses, abzuliefern.

Weiters ergebe sich auch eine Betriebspflicht aus § 54 Berggesetz 1975, wonach die Verpflichtung bestehe, wenigstens vier Monate im Jahr zumindest in einem Grubenmaß jedes nicht gefristeten oder nicht als Reservefeld anerkannten oder geltenden Grubenfeldes bergfreie mineralische Rohstoffe zu gewinnen.

Diese Elemente des Vertrags würden eine Dienstleistungskonzession im vergaberechtlichen Sinne begründen. Dienstleistungskonzessionsverträge seien Verträge, deren Vertragsgegen-stand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweiche, als die Gegenleistung für die Er-bringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung
oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises bestehe.

Dienstleistungskonzessionen seien seit dem BVergGKonz 2018 seit August 2018 nicht mehr vergabefrei. Folglich sei für den vorliegenden Vorgang, nämlich der Übertragung der Abbauberechtigung unter vertraglicher Einräumung eines Mindestabbauzinses und damit der Verpflichtung zu einem (wenn auch nur geringfügigen) Abbau nach August 2018, ein dem Vergaberecht unterliegender Sachverhalt anzunehmen, weshalb ein „verdünntes" Vergaberegime für die Vergabe von Konzessionen anzuwenden sei.

In diesem Zusammenhang sei vor allem vergabewidrig, dass kein wettbewerbliches Verfahren zur Vergabe der Dienstleistungskonzession durchgeführt worden sei und die Antragstellerin niemals eine Zuschlagsentscheidung mit (ausreichender) Begründung erhalten habe.

1.3. Hinsichtlich der sachlichen Anwendungsbereiche sei der Konzessionsbegriff ausschlaggebend, der ausschließlich Bau- und Dienstleistungskonzessionen umfasse. Hiermit sei ein entgeltlicher schriftlich geschlossener Vertrag zu verstehen, mit dem ein oder mehrere Auftragnehmer mit der Erbringung von Dienstleistungen beauftragt werden würden (hier Abbau und Aufbereitung von Steinen und Errichtung und Erhaltung von Bauwerke und Anlagen), wobei die Gegenleistung entweder im Recht zur Nutzung bzw. Verwertung der Dienstleistung oder in diesen Rechten zuzüglich zur Zahlung bestehe. Gegenstand einer solchen Konzession sei typischerweise die Wahrung öffentlicher Aufgaben durch Dienstleistungserbringer, die auch von Privaten gehalten werden würden, sohin oft auch in der Form eines „Public Private Partnerships". Vorliegend sei bereits aus der Verpflichtung zum Mindestbruch und der Betriebspflicht des Steinbruchs der sachliche Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 abzuleiten.

Unter Konzessionen verstehe die Richtlinie in Anschluss an das bisherige Verständnis entgeliche, schriftlich geschlossene Verträge, mit denen ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber ein oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen oder der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen beauftragen würden, wobei die Gegenleistung entweder im Recht auf Nutzung bzw. Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzügliche einer Zahlung bestehe. Letzteres sei vorliegend der Fall. Das Nutzungsrecht bedeute in diesem Zusammenhang, dass der Konzessionär, also der Abbruchberechtigte, im Unterschied zum öffentlichen Auftrag das Entgelt für die von ihm erbrachte Leistung nicht vom öffentlichen Auftraggeber erhalte, sondern in Gestalt von

Zahlungen, die jene Dritte entrichten würden, die die jeweilige Leistung des Konzessionärs tatsächlich in Anspruch nehmen würden. Begriffswesentlich bei einer Konzession sei die Wahrnehmung einer Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers (hier dokumentiert durch eine Mindestabbaumenge, welche sich im Mindestabbauzins wiederspiegele) und ein substantielles Betriebsrisiko, welches sowohl ein Nachfragerisiko als auch ein Angebotsrisiko darstellen könne.

Die Anforderungen an eine Dienstleistungskonzession seien daher vorliegend erfüllt, wobei die vorliegende Konstruktion auch Elemente der Baukonzession dahingehend habe, als dem öffentlichen Auftraggeber vorliegend die Möglichkeit eingeräumt werde, allenfalls eingerichtete Baulichkeiten nach seinem Gutdünken nach Beendigung des Vertrags auch zu übernehmen.

1.4. Im vorliegenden Fall würden Bietergleichbehandlungs- und Transparenzgrundsätze gelten, die durch das im Sachverhalt dargestellte mangelnde Bieterverfahren gerade nicht eingehalten worden seien. Damit werde bereits Grundsätzen des Konzessionsvergabeverfahrens nach § 14 BVergGKonz 2018 widersprochen, wonach die Konzessionsvergabe unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, Nicht-Diskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des fairen und lauteren Wettbewerbs unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen sei.

Überdies habe der Auftraggeber gemäß § 19 BVergGKonz 2018 geeignete Maßnahmen zur wirksamen Aufdeckungen und Behebung von sich bei der Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens ergebenden Interessenkonflikten und zur Bekämpfung von Betrug, Begünstigungswirtschaft und Bestechung zu treffen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und eine Gleichbehandlung aller Unternehmer zu gewährleisten. Auch dieser Bestimmung sei offensichtlich nicht entsprochen worden, da der bestehende Vertragspartner in ein Bieterverfahren nicht einbezogen bzw. offensichtlich kein Bieterverfahren durchgeführt worden sei.

Auffallend sei, dass in der ursprünglichen Korrespondenz die Zusage der Einbindung des bisherigen Vertragspartners in die Neuvergabe ab 2020 und nach Urgenz die Mitteilung, dass der Vertrag bereits vergeben wäre, erfolgt sei. Hier sei Aufklärungsbedarf seitens der Antragsgegnerin gegeben. Vorliegend hätte sohin zumindest ein Konzessionsverfahren nach § 24 BVergGKonz 2018 durchgeführt werden müssen.

Weiters habe die Antragsgegnerin den Bekanntmachungsvorschriften des § 28 BVergGKonz 2018 nicht entsprochen; demnach seien die beabsichtigte Vergabe des Konzessionsvertrags und die beabsichtigte Vergabe des besonderen Dienstleistungskonzessionsvertrags in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bekanntzumachen. Überdies würden besondere Bekanntmachungsbestimmungen für den Oberschwellenbereich im Sinne der §§ 31 ff BVergGKonz 2018 gelten. Unabhängig davon, dass trotz Verpflichtung im Sinne des BVergGKonz 2018 überhaupt kein Konzessionsverfahren durchgeführt worden sei, sei das Ergebnis nicht bekanntgemacht worden und es sei auch keine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgt, welcher Umstand drei gravierende Vergabewidrigkeiten darstelle.

Im Sinne des § 76 BVergGKonz 2018 iVm § 353 Abs 1 und § 354 Abs 2 BVergG 2018 könne binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem Kenntnis von der Vergabe erlangt worden sei (hier mit Schreiben vom 28.05.2019 – sohin bis längstens 28.11.2019) ein Feststellungsverfahren eingeleitet werden, da offenbar ein Zuschlag „wegen Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018" erteilt worden sei. Das vorliegende Vergabeverfahren sei ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden und eine Zuschlagserteilung sei ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung durchgeführt worden (§ 353 Abs 1 Z 1, 2 und 3 BVergG 2018).

1.5. Im vorliegenden Verfahren sei keine dem Gesetz entsprechende Zuschlagsentscheidung zugunsten des Zuschlagsempfängers (des „Dritten") vor Zuschlagserteilung ergangen. Nach der ständigen vergaberechtlichen Judikatur habe der Bieter einen Anspruch auf eine ausreichende Begründung der für ihn letzten Entscheidung im Vergabeverfahren vor der Zuschlagserteilung. Dem Bieter sei überdies die Zuschlagsentscheidung auch zuzustellen, wodurch erst die Stillhaltefrist ausgelöst werde. Ohne Ablauf einer solchen Stillhaltefrist könne ein rechtswirksamer Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht erteilt werden.

Die Antragstellerin habe vor Zuschlagserteilung keine Zuschlagsentscheidung im Sinne des Gesetzes zugestellt bekommen.

Der Abbau- und Deponievertrag „Scharfling-Kienbach“ sei an einen „Dritten" ab dem 01.01.2020 vergeben worden, ohne dass ein wettbewerbliches Vergabeverfahren bekanntgemacht oder überhaupt durchgeführt worden sei, obwohl die Antragsgegnerin hierzu verpflichtet gewesen wäre. Es sei rechtswirksam kein Zuschlag erteilt worden, welcher

Umstand eine unzulässige Direktvergabe darstelle.

Die Antragsgegnerin stehe offenbar auf dem Standpunkt, dass die vorliegende Vergabe nicht ausschreibungspflichtig sei, da eine bloße Verpachtung vorliege. Sie übersehe dabei die Abbauverpflichtung im abgeschlossenen bzw. abzuschließenden Vertrag, die gerade für eine Dienstleistungskonzession spreche. Daher sei das Vergaberegime anzuwenden.

Gemäß dem Leistungsbild sei tatsächlich eine Dienstleistungskonzession anzunehmen und es liege gerade in Hinblick auf die vermutlich lange Vertragsdauer von 10 oder 15 Jahren (Auftragswert bezogen auf den möglichen Umsatz zumindest ca. EUR XXXX ,-- jährlich) tatsächlich eine Vergabe im Oberschwellenbereich (selbst der 48 fache Monatswert betrage hier zumindest EUR XXXX ,--) vor, weshalb entweder ein offenen Verfahrens oder ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und auch die Wahl eines Verhandlungsverfahrens zulässig gewesen wären. Jedenfalls sei – entgegen ausdrücklicher Zusagen – kein wettbewerbliches Bieterverfahren durchgeführt worden.

Die unrichtige Verfahrenswahl sei derart gravierend, dass damit eine Vergabe an den richtigen Bestbieter nicht möglich sei, sodass die Rechtswidrigkeit auch auf einen allfälligen Zuschlag durchgreife und hier keine Präklusion eingetreten sei.

Im vorliegenden Fall hätte die Vergabe transparent und in einem wettbewerblichen Verfahren erfolgen müssen.

1.6. Die Antragstellerin hoffe nach wie vor, dass die Antragsgegnerin – allenfalls unter Eindruck des vorliegenden Feststellungsantrags – nun endlich die richtige Entscheidung dahingehend treffen werde, den vorliegenden Abbauvertrag wettbewerblich auszuschreiben und den möglichen Bietern, wie der Antragstellerin, die Abgabe eines Angebots zu ermöglichen.

Da das vorliegende Feststellungsverfahren bei Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 Voraussetzung zur Geltendmachung von Schadenersatz und eines auf dem UWG basierenden Unterlassungsanspruches sei, sei das vorliegende Feststellungsverfahren notwendig, um einem bezüglichen späteren Einwand im Zivilverfahren zu begegnen.

Die Unterlassung der Beiziehung der Antragstellerin zur Abgabe eines Angebotes für die Verlängerung des Abbau- und Deponievertrags „Scharfling-Kienbach“ sei weder nachvollziehbar noch verständlich, da die Antragstellerin bereits als Bestbieterin bei der Feilbietung des Masseverwalters betreffend die Verwertung des Steinbruches aufgetreten sei.

In Hinblick auf diesen Umstand wäre für die Antragsgegnerin zu erwarten gewesen, dass auch bei Neuvergabe des Abbau- und Deponievertrags ab dem Jahr 2020 von der Antragstellerin ein wesentlich besseres Angebot, als das der erstmitbeteiligten Partei bzw. der XXXX (im Folgenden zweitmitbeteiligte Partei) zu erwarten gewesen wäre. Dies insbesondere auch aufgrund des Umstandes, dass die Antragstellerin vertragstreu bis zum Jahr 2020 die Verwertung des Steinbruches durchgeführt habe, sohin bereits vor Ort tätig gewesen sei und ein nahtloser Übergang des Vertragsverhältnisses gegeben gewesen wäre.

Es würden sohin nachstehende Anträge gestellt werden,

„das Bundesverwaltungsgericht wolle

das Feststellungsverfahren einleiten, der Antragstellerin nach Vorlage des Vergabeaktes Akteneinsicht gewähren, eine mündliche Verhandlung anberaumen und feststellen, dass

1. die Durchführung des Vergabeverfahrens Abbau- und Deponievertrages Scharfling-Kienbach der Österreichische Bundesforste AG ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen BVergGKonz 2018 iVm BVergG 2018, die hierzu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war

und / oder feststellen, dass

2. die Zuschlagserteilung im Verfahren Abbau- und Deponievertrages Scharfling-Kienbach der Österreichische Bundesforste AG, an die Zuschlagsempfängerin (‚Firma XXXX ‘ und/oder der ‚Firma XXXX ‘) ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 iVm BVergG 2018, der hierzu erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

In eventu feststellen, dass

3. der Zuschlag bei der Vergabe Abbau- und Deponievertrag Scharfling-Kienbach der Österreichische Bundesforste AG, soweit diese als Rahmenvereinbarung oder dynamisches Beschaffungssystem erfolgt ist, rechtswidrig war.

In eventu feststellen, dass

4. der Zuschlag im Verfahren Vergabe des Abbau- und Deponievertrages Scharfling-Kienbach der Österreichische Bundesforste AG wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 iVm BVergG 2018, der hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Festlegung einer Ausschreibung (soweit eine solche durchgeführt wurde) der dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (in eventu: dem Angebot mit dem besten Preis) erteilt wurde.

Weiters wird angeregt, dass das Bundesverwaltungsgericht möge

5. den zwischen der Auftraggeberin Österreichische Bundesforste AG und der Zuschlagsempfängerin abgeschlossenen Vertrag (Abbau- und Deponievertrages Scharfling-Kienbach der Österreichische Bundesforste AG einschließlich allenfalls erfolgter Nachträge) für absolut nichtig erklären,

sowie (im Falle des Absehens von der Nichtigerklärung)

6. eine wirksame und angemessene Geldbuße über die Auftraggeberin verhängen

und jedenfalls

7. der Auftraggeberin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr auferlegen."

2. Mit Schreiben vom 24.04.2020 übermittelte die Antragsgegnerin allgemeine Auskünfte zum Verfahren.

3. Am 28.04.2020 erstattete die Antragsgegnerin eine Stellungnahme zum Feststellungsantrag und führte im Wesentlichen Folgendes aus:

3.1. Die Antragstellerin versuche zu suggerieren, dass die vorangegangenen Verträge aufgrund des damaligen Feststellungsantrags aufgelöst worden seien. Dies entspreche jedoch keinesfalls den wahren Gegebenheiten, zumal die beiden vorangegangenen Verträge jeweils in Punkt 2.2 unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden seien. Die jeweilige auflösende Bedingung sei am 01.12.2019 eingetreten und die Verträge seien sohin unabhängig vom damaligen Feststellungsantrag aufgelöst worden.

Selbst unter Außerachtlassung der Tatsache, dass der von der Antragstellerin dargestellte „ergänzende Sachverhalt" nicht den wahren Gegebenheiten entspreche, erschließe sich für die Antragsgegnerin nicht deren Relevanz für das nunmehr gegenständliche Verfahren.

Richtig sei lediglich, dass die Antragstellerin am 05.02.2020 seitens der Antragsgegnerin informiert worden sei, dass mit Wirksamkeit vom 03.02.2020 bzw. 05.02.2020 mit der erstmitbeteiligten Partei und mit der zweitmitbeteiligten Partei Pachtverträge für die Flächen „Scharfling-Kienbachstraße" abgeschlossen worden seien.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin erfolge im gegenständlichen Fall jedoch keine Vergabe gemäß BVergGKonz 2018, sondern im gegenständlichen Fall seien Pachtverträge abgeschlossen worden, weshalb das Bundesverwaltungsgericht nicht zuständig sei.

Seitens der Antragsgegnerin sei am 21.01.2020 eine freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung im Sinne des § 58 BVergG 2018 veröffentlicht worden, mit welcher unionsweit bekanntgegeben worden sei, dass ein entsprechender Abschluss eines Pachtvertrags für den 03.02.2020 geplant gewesen sei.

Die ex-ante-Transparenzbekanntmachung sei jeweils im Amtsblatt der Europäischen Union und in der Wiener Zeitung (Lieferanzeiger) bekanntgemacht worden.

Die Bekanntmachungen in der Wiener Zeitung seien am 20.01.2020 (L-726239-0116 und L-726195-0116) erfolgt und jene im Amtsblatt der Europäischen Union am 21.01.2020 (2020/S 014-029575 und 2020/S 014-029576).

Nachdem keine Anfechtung von einem konkurrierenden Unternehmen vorgenommen worden sei, seien nach Ablauf der Stillhaltefrist von zehn Tagen die gegenständlich in Rede stehenden Verträge unterfertigt worden, und zwar der Abbauvertrag am 05.02.2020 und der Deponievertrag am 03.02.2020.

Ausdrücklich festzuhalten sei daher, dass seitens der Antragstellerin trotz der Vornahme einer unionsweiten freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung keine Anfechtung erfolgt sei.

Der Antragstellerin sei ausdrücklich zu entgegnen, dass sie die Anfechtungsfrist im Zusammenhang mit der erfolgten ex-ante-Transparenzbekanntmachung anfechtungslos verstreichen habe lassen, gemäß § 356 Abs 8 BVergG 2018 bereits aus diesem Grund eine Nichtigerklärung der Verträge ausscheide und zudem der Feststellungsantrag aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität in seiner Gesamtheit gemäß § 354 Abs 4 BVergG 2018 unzulässig sei.

Der gegenständliche Feststellungsantrag sei daher jedenfalls als unzulässig zurückzuweisen.

3.2. Vor dem Hintergrund, dass gegenständlich keine Dienstleistungskonzession vergeben werde, liege der angefochtene Vorgang jedenfalls nicht im sachlichen Geltungsbereich des BVergGKonz 2018, weshalb das Bundesverwaltungsgericht auch unter diesem Aspekt in Hinblick auf die sämtlichen gestellten Anträge unzuständig sei.

Eine Konzession unterscheide sich von einem Auftrag einzig und allein darin, dass die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Leistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises bestehe. Eine Dienstleistungskonzession könne daher nur dann vorliegen, wenn der Gegenstand der Leistung eine Dienstleistung sei, die der öffentliche Auftraggeber beschaffe.

Konzessionen im vergaberechtlichen Sinn seien daher durch folgende (kumulativen) Elemente gekennzeichnet:

1. Erbringung einer Bau- oder Dienstleistung durch den Konzessionsnehmer,
2. Betrauung (= Beauftragung) mit dieser Leistungserbringung durch den Konzessionsgeber,
3. Gegenleistung des Konzessionsgebers und
4. Tragung des Betriebsrisikos durch den Konzessionsnehmer.

Im vorliegenden Fall würden überhaupt keine dieser kumulativ festzustellenden Voraussetzungen einer vergaberechtlichen Konzession vorliegen.

Noch deutlicher werde die Voraussetzung einer Verpflichtung des Konzessionärs zur Leistungserbringung gegenüber dem Konzessionsgeber – also die Vereinbarung eines durchsetzbaren Anspruchs auf Leistung des Auftraggebers – in den dem Konzessionsvergaberecht zugrundeliegenden sekundärrechtlichen Normen:

Art 5 Abs 1 lit b Richtlinie 2014/23/EU normiere, dass eine „Dienstleistungskonzession" einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen würden, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Art 5 Abs 1 lit a Richtlinie 2014/23/EU bestehen würden, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung bestehe.

Werde keine verbindliche und durchsetzbare Leistungspflicht bzw. Betriebspflicht des Konzessionsnehmers vereinbart, so liege jedenfalls mangels „Beschaffungsakt" kein vergaberechtlich relevanter Rechtsakt vor. Festzuhalten sei daher, dass eine einklagbare Verpflichtung des Konzessionsnehmers gegenüber dem Konzessionsgeber wesensbildendes und damit zwingendes Merkmal einer vergaberechtlichen Konzession bilde.

Wesensmerkmal einer Konzession sei daher, dass der Auftraggeber eine Leistung beschaffe, auf deren Erbringung er einen Anspruch habe und damit als Nachfrager am Markt auftrete. Da im gegenständlichen Fall jedoch Verträge abgeschlossen worden seien, welche ein „Gewinnungsrecht" (Deponie und Abbau) vorsehen und nicht bloß einen Gebrauch einer Sache gestatten würden, sei von einer Verkaufs- bzw. Bestandgabesituation auszugehen, wodurch die Antragsgegnerin eben gerade nicht als Nachfrager am Markt auftrete.

In Hinblick auf die gegenständlich abgeschlossenen Vereinbarungen – welche zivilrechtlich als Pachtverträge mit überwiegenden Kaufvertragselementen zu qualifizieren seien – bestimme Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2014/23/EU explizit, wie folgt:

„Darüber hinaus sollten bestimmte Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z. B. Land [...] privatrechtlich zu nutzen, [...] wobei der Staat oder der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten. Dies betrifft in der Regel

Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften oder Land, die meist Klauseln enthalten, die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln."

Verträge über Erwerb, Miete oder Pacht von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen oder Rechten daran würden nicht in den Anwendungsbereich des BVergG 2018 bzw. BVergGKonz 2018 bzw. in den Anwendungsbereich der Richtlinien 2014/24/EU oder 2014/23/EU fallen.

Selbst bei Außerachtlassung dieser Bestimmungen sei dem Konzept der Richtlinien 2014/23/EU und 2014/24/EU sowie den nationalen Bestimmungen im Sinne des BVergGKonz 2018 bzw. BVergG 2018 zu entnehmen, dass alleine „Beschaffungsvorgänge" der öffentlichen Hand und keine – wie im gegenständlichen Fall – vorliegenden Veräußerungsgeschäfte (bei denen ein öffentlicher Auftraggeber als Anbieter und nicht als Nachfrager auftrete) erfasst werden würden.

Die Zahlung eines „Pachtzinses" stelle lediglich die Gegenleistung für die Rechteeinräumung und jedenfalls keinen „Beschaffungsvorgang" im Sinne einer einklagbaren Hauptleistung dar. Fehle es daher an einer Verpflichtung des Wirtschaftsteilnehmers gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber, bestimmte Leistungen zu erbringen – werde also nur ein Recht zur Nutzung öffentlicher Ressourcen eingeräumt – so liege keine Konzession im Sinne des Vergaberechtes vor.

Der Antragsgegnerin sei gänzlich unverständlich, dass unter Punkt 3. der gegenständlich abgeschlossenen Verträge ein Mindestbruch- und ein Mindestdeponiezins vereinbart worden sei. Die von der Antragsgegnerin diesbezüglich abgeschlossenen Verträge vom 03.02.2020 bzw. 05.02.2020 würden nämlich keinerlei Festlegungen betreffend die Abfuhr eines Mindestbruch- und/oder Mindestdeponiezinses enthalten.

Die vorliegenden Verträge würden lediglich die Entrichtung eines Flächenzinses und die Abfuhr eines Deponie- bzw. Abbruchzinses vorsehen, sollte eine Verfüllung bzw. ein Abbruch vorgenommen werden. Den Verträgen sei Folgendes zu entnehmen:

XXXX

XXXX

Gegenständlich seien daher jedenfalls ausschließlich Pachtverträge abgeschlossen worden, weshalb eine Bestandgabesituation vorliege: Die Vertragspartner der Antragsgegnerin seien ausschließlich zur Leistung eines Pachtzinses verpflichtet, wobei einzig und allein ihnen selbst die Entscheidung obliege, ob sie die verpachtete Liegenschaft „bewirtschaften" würden oder nicht. Die Antragsgegnerin verfüge über keinerlei dahingehende einklagbare Ansprüche und könne ihre Vertragspartner daher auch nicht zur „Leistung" anhalten, wodurch zwischen den Vertragspartnern keine Betriebspflicht vereinbart worden sei. Die Antragsgegnerin trete nicht als Nachfragerin am Markt auf, sondern räume vertraglich ein Recht zur Nutzung öffentlicher Ressourcen ein.

Es liege weder ein Beschaffungsvorgang noch ein Akt der Daseinsvorsorge vor – ob die Vertragspartner ihre Leistung erbringen würden oder nicht, stehe einzig und allein in deren Disposition. Die Antragsgegnerin erfülle durch den Abschluss der gegenständlichen Verträge auch keine ihrer Aufgaben. Damit liege die klassische Konstellation eines Pachtvertrages im Sinne des Erwägungsgrundes 15 der Richtlinie 2014/23/EU vor, welche jedenfalls nicht in den sachlichen Geltungsbereich des BVergGKonz 2018 falle.

Das MinroG sei am 01.01.1999 in Kraft getreten. Gleichzeitig mit Inkrafttreten des MinroG sei das Berggesetz 1975 mit Ausnahme der Regelungen über die Organisation und Zuständigkeit der Bergbehörden außer Kraft getreten. Diese Regelungen über die Organisation und Zuständigkeit der Bergbehörden seien mit 31.12.2001 außer Kraft getreten. Seit dem 01.01.2002 sei somit das Berggesetz 1975 in allen Bestimmungen durch das MinroG abgelöst worden. Aus diesem Grund würden bereits aus diesem Grund die dahingehenden Ausführungen der Antragstellerin ins Leere gehen. Auch auf Grundlage des MinroG liege keine Betriebspflicht vor.

Hinsichtlich des Gewinnes von bergfreien mineralischen Rohstoffen siehe das MinroG grundsätzlich eine Bewilligungspflicht vor. Nach § 44 MinroG sei mit der Gewinnung der bergfreien mineralischen Rohstoffe „im Grubenmaß" binnen zwei Jahren nach rechtskräftiger Verleihung der Bergwerksberechtigung zu beginnen. Bei einem Grubenfeld bestehe diese Pflicht für wenigstens ein Grubenmaß. Die Aufnahme der Gewinnung sei der Behörde

unverzüglich anzuzeigen. Gemäß § 45 MinroG sei der Gewinnungsberechtigte grundsätzlich verpflichtet, wenigstens vier Monate im Jahr zumindest in einem Grubenmaß bergfreie mineralische Rohstoffe zu gewinnen. Ausnahmen von der Betriebspflicht würden aber hinsichtlich Reservefelder, nach § 48 MinroG gefristeter Grubenmaße oder Grubenfelder und für die in § 3 Abs 1 Z 4 MinroG angeführten bergfreien mineralischen Rohstoffe bestehen.

Ausdrücklich festzuhalten sei, dass eben diese von der Betriebspflicht nach MinroG ausgenommenen bergfreien mineralischen Rohstoffe im Sinne des § 3 Abs 1 Z 4 MinroG im gegenständlichen Fall vorliegen würden. Gemäß § 67a MinroG würden insbesondere für die angeführten bergfreien mineralischen Rohstoffe nach § 3 Abs 1 Z 4 MinroG die §§ 40 bis 51, 52 Abs 3 und 4, 55 bis 57, 62, 66 und 67 Abs 1 MinroG – und damit auch eine allfällige Betriebspflicht gegenüber der Behörde – nicht gelten. Im vorliegenden Fall sei daher keine Betriebspflicht nach MinroG gegeben.

Schließlich sei der Antragstellerin – unabhängig von obigen Ausführungen – ebenso zu entgegnen, dass selbst bei Bestehen einer Betriebspflicht im Sinne des MinroG oder Berggesetzes 1975, für die Antragstellerin nichts gewonnen wäre bzw. dies die gegenständliche Einordnung der oben beschriebenen Verträge als schlichte Pachtverträge nicht zu verändern vermöge, da eine dahingehende Verpflichtung im gegenständlichen Fall lediglich gegenüber der jeweiligen Behörde, keinesfalls aber gegenüber dem zivilrechtlichen Vertragspartner – und damit gegenüber der Antragsgegnerin – bestehen könnte.

In Hinblick auf das notwendige Kriterium der Gegenleistung des Konzessionsgebers sei festzuhalten, dass konkret das Gegenteil der Fall sei: Aufgrund der typischen Ausgestaltung der abgeschlossenen Vereinbarungen als Pachtverträge leiste gegenständlich nämlich nicht die Antragsgegnerin ein Entgelt an die Vertragspartner, sondern seien diese vielmehr umgekehrt zur Zahlung eines Zinses verpflichtet, dies unabhängig davon, ob sie irgendeine Art der Bewirtschaftung vornehmen würden oder nicht. Bereits daraus erhelle, dass gegenständlich auch dieses Kriterium einer vergaberechtlichen Konzession im vorliegenden Fall nicht erfüllt sei.

Betreffend das Kriterium der Übertragung des Betriebsrisikos sei schließlich festzuhalten, dass dieses im konkreten Fall nicht übergeben werden könnte, da gegenständlich kein über jeden regulären Pachtvertrag hinausgehendes Betriebsrisiko bestehe.

Zentrales Merkmal einer Dienstleistungskonzession bilde zudem die Übertragung einer Staatsaufgabe sowie die Tatsache, dass sich der Konzessionär nicht ohne weiteres von der Erbringung der Dienstleistung zurückziehen könne. Die oben näher bezeichneten Wirtschaftsteilnehmer bzw. Vertragspartner der beiden von der Antragsgegnerin abgeschlossenen Verträge würden keine Aufgabe für die Antragsgegnerin oder die Öffentlichkeit an Stelle der Antragsgegnerin erbringen. Vielmehr handle es sich um eine Bewilligung bzw. Ermächtigung, bestimmte Tätigkeiten am Grundstück der Antragsgegnerin durchzuführen. Daher könne schon begrifflich keine Dienstleistung vorliegen, die abhängig von der Form des Entgelts dem BVergG 2018 oder dem BVergGKonz unterliege.

Zudem könne jeder Vertragspartner schlichtweg für sich entscheiden, keinerlei „Leistung" zu erbringen und sei dennoch zur Zahlung des Pachtzinses verpflichtet. Eine jederzeitige Rückziehung von allfälliger „Leistungserbringung" sei daher im konkreten Fall möglich und liege auch aus diesem Grund kein Konzessionsvertrag vor.

Daher könne schon begrifflich keine Dienstleistung vorliegen, die abhängig von der Form des Entgelts dem BVergG 2018 oder dem BVergGKonz 2018 unterliege.

3.3. Da aus Sicht der Antragsgegnerin gegenständlich also weder ein Vergabeverfahren durchzuführen gewesen sei noch eine Dienstleistungskonzession im Sinne des BVergGKonz 2018 vorliege, komme dem Bundesverwaltungsgericht auch keine Zuständigkeit zur Entscheidung über die gestellten Anträge zu, da gemäß §§ 76 ff BVergGKonz 2018 iVm dem 4. Teil des BVergG 2018 das Vorliegen eines Vergabeverfahrens betreffend eine Dienstleistungskonzession unabdingbare Voraussetzung der Entscheidungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichtes über entsprechende Anträge darstelle.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass die Anfechtungsfrist im Zusammenhang mit der erfolgten ex-ante-Transparenzbekanntmachung anfechtungslos verstrichen sei, gemäß § 356 Abs 8 BVergG 2018 bereits aus diesem Grund eine Nichtigerklärung der Verträge ausscheide, der Feststellungsantrag aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität in seiner Gesamtheit gemäß § 354 Abs 4 BVergG 2018 unzulässig sei und gegenständlich jedenfalls keine Konzessionsverträge im Sinne des BVergGKonz 2018 vorliegen würden und daher auch aus diesem Grund sämtliche Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen seien.

3.4. Mit der Antragstellerin sei am 05.03.2018 ein Gespräch über einen möglichen Abbau- und Deponievertrag ab dem 01.01.2020 geführt worden. Bei diesem Gespräch sei der Geschäftsführer der Antragstellerin auf Basis der Verhältnisse vor Ort davon ausgegangen, dass mit der bestehenden Genehmigung eine Abbaumenge von XXXX möglich sei. Nach dem Konzept der Antragstellerin sollte jedoch eine großflächige Erweiterung des Abbaugebietes in Richtung Süden und Osten mit einem zusätzlichen Flächenausmaß von ca. XXXX ha für das Abbaugebiet mit einer Kubatur von bis zu XXXX erfolgen. Darüber hinaus sollte eine massive Ausweitung der Deponiefläche auf Fremdgrund Richtung Westen vorgenommen werden. Die angestrebte Vertragslaufzeit sei mit mindestens 25 Jahren und die Mindestabbaumenge sei mit XXXX Tonnen pro Jahr angegeben worden. Schlussendlich sei von der Antragstellerin in diesem Gespräch am 05.03.2018 ebenso die Absicht bekundet worden, in einem ersten Schritt den Abbau vorzunehmen und erst in weiterer Folge nach etwa 15-20 Jahren die Verfüllung zu forcieren.

Aufgrund der Tatsache, dass sich das Abbaugebiet im Landschaftsschutzgebiet Schafberg-Salzkammergutseen befinde und bereits in einer Niederschrift der Bezirkshauptmannschaft Salzburg Umgebung vom 19.02.2010 eine maßgebliche Erweiterung des Abbaugebietes von Seiten der Landesumweltanwaltschaft Salzburg sowie vom naturschutzfachlichen Amtssachverständigen als nicht bewilligungsfähig bezeichnet worden sei, sei schlussendlich ein derartiger Eingriff in einem Landschaftsschutzgebiet auch aus Sicht der Antragsgegnerin abgelehnt worden.

Darüber hinaus sei in den Aktenvermerken der Bezirkshauptmannschaft Salzburg Umgebung vom 08.03.2013 zu 30303-253/5245/68-2013 sowie vom 02.04.2012 zu 30303-253/5245/61-2012 diese Sichtweise bestätigt worden. Der naturschutzfachliche Amtssachverständige verweise darin auf die Verhandlung vom 19.02.2010 bzw. die im Rahmen des vorangegangenen Bewilligungsverfahrens ergangenen Stellungnahmen in denen dargelegt werde, dass aus naturschutzfachlicher Sicht „ XXXX .“ Eine Bewilligung unter Anwendung des § 51 Salzburger Naturschutzgesetz 1999 („Ausgleichsmaßnahmen") sei somit nicht möglich.

Aus diesen Gründen sei aus Sicht der Antragsgegnerin eine mehr als Verdoppelung des Abbaugebietes, wie sie präsentiert worden sei, jedenfalls unrealisierbar.

Aufgrund der Lage des Betriebes im Landschaftsschutzgebiet Schafberg-Salzkammergutseen sei es jedoch im Interesse der Antragsgegnerin den Gesteinsabbau so rasch als möglich voranzutreiben und auch parallel die Verfüllungen vorzunehmen, um diese Narbe im Landschaftsschutzgebiet so rasch als möglich rekultiviert zu erschließen.

Die Vorstellungen der Antragstellerin hätten demgegenüber aber dazu geführt, dass sich der Abbau- und Deponiebetrieb ab 2020 über einen Zeitraum von 30-50 Jahren erstrecken würde. Diese Absichten würden in diametralem Gegensatz zu den klaren Beurteilungen früherer Ausweitungspläne durch den naturschutzfachlichen Amtssachverständigen und die Landesumweltanwaltschaft Salzburg in den oben erwähnten behördlichen Aktenvermerken und Niederschriften führen. Abgesehen davon würden Verträge mit so langen Laufzeiten von der Antragsgegnerin nicht mehr abgeschlossen werden. Neben dem Aspekt der nicht erzielbaren Behördengenehmigungen für ein derartiges Projekt und der Tatsache, dass dieses Projekt zu einem mehrere Jahrzehnte dauernden Abbau- und Deponiebetrieb geführt habe, hätten auch wirtschaftliche Aspekte, nämlich der fehlende Zugang zum Markt als Erfordernis um den Abbau rasch zu realisieren, die geringe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die fehlenden Erfahrungen des Betriebs mit Steinbrüchen und die geringe Bonität dazu geführt, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin zeitnah nach dem Gespräch am 05.03.2018 mitgeteilt habe, dass das vorgelegte Konzept und damit ein dahingehender Vertragsabschluss nicht forciert werden würden.

3.5. Festzuhalten sei daher, dass die nunmehrige Antragstellerin bereits auf Grundlage des vorgelegten Konzeptes (selbst im Zuge eines formalisierten Vergabeverfahrens im Sinne des BVergGKonz 2018) keinesfalls ein Vertragsverhältnis mit der Antragsgegnerin erlangen hätte können und weshalb der entsprechende Gegenantrag gestellt werde.

Ferner sei darauf hinzuweisen, dass neben der Antragstellerin und den oben näher bezeichneten Wirtschaftsteilnehmern schlussendlich kein weiteres Unternehmen Interesse an einem Deponie- bzw. Abbruchvertrag bekundet habe. Selbst unter dem Aspekt, dass die gegenständlichen Vertragsabschlüsse im Wege eines formalisierten Verfahrens im Sinne des BVergGKonz 2018 vergeben worden wären, wären sohin auch in diesem Fall die derzeitigen Vertragspartner als (präsumtive) Zuschlagsempfänger anzusehen gewesen.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin aufgrund des vorgelegten Konzeptes für einen Vertragsabschluss nicht in Betracht gezogen habe bzw. die Antragstellerin selbst bei einer

Ausschreibung im Sinne des BVergGKonz 2018 keinen Vertragsabschluss hätte erlangen können.

3.6. Vor diesem Hintergrund stelle die Antragsgegnerin folgende Anträge:

„1. Gestützt auf diese Ausführungen wird deshalb gestellt der höfliche

Antrag

auf Zurück- bzw. Abweisung sämtlicher Anträge.

2) Die Antragsgegnerin stellt in eventu gemäß § 97 Abs 1 bzw. § 78 Abs 3 Z 2 BVergGKonz 2018 für den Fall einer Stattgabe des Feststellungsantrags gemäß § 97 Abs 1 Z 1, 2 oder 3 bzw. § 78 Abs 3 Z 1, 3 oder 4 BVergGKonz 2018 den

Gegenantrag,

auf Feststellung, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

3) Die Antragsgegnerin stellt in eventu gemäß § 100 Abs 1 BVergGKonz 2018 den

Antrag,

jedenfalls von einer Feststellung gemäß § 78 Abs 3 Z 3 BVergGKonz 2018 abzusehen, da eine solche Feststellung gemäß § 100 Abs 1 BVergGKonz 2018 nur dann zu treffen ist, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Konzessionsvergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war."

4. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 13.05.2020 wurde die Stellungnahme der Antragsgegnerin und der mitbeteiligten Parteien zur Kenntnis und Stellungnahme übermittelt.

5. Am 20.05.2020 übermittelte die Antragstellerin dem Bundesverwaltungsgericht eine Stellungnahme, zur welcher der Antragsgegnerin und den mitbeteiligten Parteien mit Schreiben vom 22.05.2020 vom Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit der Abgabe einer Stellungnahme eingeräumt wurde.

In der Stellungnahme vom 20.05.2020 wendet sich die Antragstellerin im Wesentlichen gegen die vom Bundesverwaltungsgericht gewährte Dauer der Frist zur Stellungnahme und der erfolgten Nachforderung der Pauschalgebühr.

5.1. Zur Nachforderung der Pauschalgebühr

Die gesetzmäßige Festlegung der zu entrichtenden Pauschalgebühr stelle eine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Entscheidung in der Sache dar (VfGH 26.09.2019, V 64/2019). Die Antragstellerin habe daher die gemäß Verbesserungsauftrag aufgetragene weitere Pauschalgebühr entrichtet. Die Antragstellerin sei allerdings der Meinung, dass dieser Mehrbetrag an Pauschalgebühr wieder zurückzuerstatten sei, da im Gebührenersatzverfahren nach § 341 BVergG 2018 keine Entscheidung über die Höhe der Pauschalgebühr ergehen könne und dort das Bundesverwaltungsgericht nur darüber zu entscheiden habe, ob der Antragsteller seine „gemäß § 340 entrichteten Gebühren" durch den Auftraggeber ersetzt bekomme.

Hinzu komme, dass die Antragstellerin im gleichen Vergabeverfahren bereits einen Feststellungsantrag zu W134 2223902-2 gestellt habe und die Gebühr daher gemäß § 340 Abs 1 Z 5 BVergG 2018 auf 80 % der gemäß § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 festgesetzten Gebühr zu reduzieren sei, was unter einem beantragt werde.

Zur Gebührenbemessung sei überdies inhaltlich Folgendes zu berücksichtigen: Die Antragstellerin habe in ihrem Feststellungantrag eine unzulässige Direktvergabe behauptet. Hier werde etwa auf das Vorbringen unter Punkt 1 auf Seite 2 des Feststellungsantrags, am Ende, verwiesen, wo „die Feststellungen zur Vergabewidrigkeit der unzulässigen Direktvergabe" begehrt worden seien. Die Begründung im Verbesserungsauftrag vom 13.05.2020, wonach im Feststellungsantrag kein Verfahren nach § 46 BVergG 2018 (Direktvergabe) behauptet worden sei, sei daher insoweit unrichtig, als die Antragstellerin auch auf eine unzulässige Direktvergabe in Folge Nichtdurchführung eines wettbewerblichen Verfahrens rekurriere und auch entsprechend vorgebracht habe, wonach das nunmehrige Vorbringen der Antragsgegnerin, die bezüglich geltend gemachten Mängel durch eine ex-ante-Transparenzbekanntmachung saniert zu haben, nichts an den geltend gemachten Rechtswidrigkeiten ändere. Der Antragstellerin sei keine Möglichkeit eröffnet gewesen, im Verfahren zur Vergabe an der Dienstleistungskonzession im Unterschwellenbereich teilzunehmen. Ihr sei es nicht möglich gewesen, die Ausschreibungsunterlagen zu erhalten,

obwohl ihr entsprechendes Interesse bereits im Vorfeld bekundet worden sei. Ihr sei auch keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Verfahren zugestellt worden. Tatsächlich sei daher keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Unterschwellenbereich anfechtungsgegenständlich, sondern die Feststellung einer insoweit unzulässigen Vergabe, die mangels ausreichender Transparenz und Bieterbeteiligung unter dem Begriff „Direktvergabe" subsumierbar sei. Obwohl eine Ausschreibungsnotwendigkeit bestanden habe, sei eine wettbewerbliche Vergabe nicht erfolgt. Aus diesem Grund sei der Gebührensatz für Direktvergabe und nicht der für Bau- und Dienstleistungskonzessionen im Unterschwellenbereich anzuwenden. Es werde daher ersucht und beantragt, die lediglich dem Verbesserungsauftrag entsprechende, aber insoweit unpräjudiziell überwiesene Gebühr von EUR 2.917,-- zu Handen des Antragstellervertreters zurück zu überweisen.

Ergänzend führte die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes aus:

5.2. Zur veröffentlichten freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung

Die Antragsgegnerin bringe vor, dass diese am 21.01.2020 eine freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung im Sinne des § 58 BVergG 2018 veröffentlicht habe und diese ex-ante-Transparenzbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union und der Wiener Zeitung (Lieferanzeiger) bekannt gemacht worden sei. Dabei habe die Antragsgegnerin bezeichnenderweise, obwohl ein Unterschwellenverfahren vorliege, im Oberschwellenbereich europaweit und in der Wiener Zeitung bekannt gemacht, nicht aber in einem lokalen Medium in Salzburg, welcher Umstand aufgrund der Vergabe in Salzburg im Unterschwellenbereich naheliegend gewesen wäre. Auch auf der eigenen Homepage der Antragsgegnerin sei nach Kenntnis der Antragstellerin nichts veröffentlicht worden. Insbesondere aufgrund der sehr kurzen Frist von 10 Tagen sei der Antragstellerin die Bekanntmachung nicht zur Kenntnis gelangt, zumal diese auch nicht damit rechnen habe müssen, dass ein im Unterschwellenbereich angesiedeltes Verfahren kurzfristig (ex ante) nach den Regeln des Oberschwellenbereichs publiziert werde.

Mit der freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung sei jedoch, selbst wenn sie zulässigerweise erfolgt wäre, für die Antragsgegnerin nichts gewonnen. Zum einem sei hier, obwohl nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegnerin und auch nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin ein Unterschwellenverfahren gegenständlich sei, eine Auftragsbekanntmachung für den Oberschwellenbereich gemäß § 58 BVergG 2018 gewählt worden. Zum anderen sei im Sinne des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union klargestellt worden, dass die Veröffentlichung einer ex-ante-Bekanntmachung nur dann vor einer allfälligen Nichtigerklärung des Vertrages schützen könne, wenn der öffentliche Auftraggeber die Zulässigkeit für die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung entsprechend sorgfältig geprüft habe und die Gründe (inklusive der relevanten Fakten), die ihn zur Annahme verleitet hätten, der Auftrag könne ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, aus der ex-ante-Transparenzbekanntmachung hervorgehen. Gemäß der ex-ante-Transparenzbekanntmachung sei darin aber – soweit ersichtlich – die Nichtanwendung von Vergaberecht behauptet worden. Die Antragsgegnerin gehe daher nicht davon aus, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zulässig wäre, sondern dass das Vergaberecht gar nicht anzuwenden sei.

Bezogen auf die im Schriftsatz genannten Bekanntmachungen zu 2020/S014-029575 und 2020/S014-029576 sei zwar festzuhalten, dass diese offenbar am 16.01.2020 an das TED übersandt worden seien, inhaltlich aber den im Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union genannten Umständen nicht ausreichend entspreche. So sei in der Bekanntmachung zu 2020/S014-029575 vom Abschluss eines Pachtvertrags mit 15 Jahren Laufzeit die Rede und davon, dass der Pächter auf Grundlage des Pachtvertrags berechtigt sein werde, Deponietätigkeiten im vertraglich bestimmten Ausmaß vorzunehmen. Als anfallende CPV-Code Nummer werde aber 45112000 angegeben und damit die Aushub- und Erdbewegungsarbeiten, nicht jedoch die in der Bekanntmachung der angegebenen Deponietätigkeiten, sodass der tatsächlich abgeschlossene Vertrag von den relevanten Angaben der Bekanntmachung wesentlich abweiche und daher von der Bekanntmachung bereits formal nicht gedeckt sei. Damit sei auch die zweite wesentliche Voraussetzung einer zulässigen ex-ante-Bekanntmachung nach der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union nicht gegeben.

Interessant sei überdies, dass der Bekanntmachung zu 2020/S014-029575 die Vergabe an die erstmitbeteiligte Partei zu entnehmen sei, offenbar lediglich das Kriterium „Preis" ausschlaggebend gewesen sei und die Antragsgegnerin dort – ihren sonstigen Angaben in der Bekanntmachung widersprechend – selbst von der Vergabe einer Konzession

ausgegangen sei. Tatsächlich hätte bei einer reinen Preisvergabe die Antragstellerin gewinnen müssen, habe sie doch auch bisher den höchsten Preis angeboten. Der Angabe der reinen Preisvergabe widerspreche das Vorbringen der Antragsgegnerin in ihrem letzten Schriftsatz am Ende diametral, wenn dort behauptet werde, dass die Antragstellerin aufgrund eines abgegebenen Konzepts zur Betriebserweiterung nicht zum Zuge gekommen wäre (ohne dass dazu ein Angebot abgegeben worden sei).

Die Antragsgegnerin weiche aber wesentlich von den bisher abgeschlossenen Verträgen und den bereits im Nachprüfungsantrag dargelegten Umständen ab, die gerade eine Betriebspflicht nahelegen würden. Hiermit gebe die Antragsgegnerin bereits nach ihrer ex-ante-Bekanntmachung drei verschiedene Verträge in einer Bekanntmachung zur Auswahl, die sich tatsächlich inhaltlich widersprechen würden.

Soweit ersichtlich, sei überdies eine Bekanntmachung zu 2020/S014-029576 in Ted nicht abrufbar, sodass das bezügliche Vorbringen nicht überprüft werden könne.

Da die ex-ante-Bekanntmachung sohin nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprochen habe, in sich widersprüchlich sei und auch nicht den Anforderungen im Sinne der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union entspreche, sei sie unbeachtlich und könne die dahinterliegende unzulässige Direktvergabe nicht sanieren. Im Übrigen sei dem Vorbringen, wonach mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung Präklusion eingetreten wäre, zu entgegnen, dass die Zuschlagsentscheidung bei einer Direktvergabe keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstelle. Auch die durchgeführte freiwillige ex-ante-Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung könne im vorliegenden Fall keine fristauslösende Wirkung haben, da diese unrichtig erfolgt sei und nicht den Anforderungen der Rechtsprechung seit der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union entspreche.

5.3. Zum Vorliegen einer vergaberechtlichen Konzession

Der Antragstellerin seien naturgemäß die nunmehr direkt vergebenen Verträge nicht bekannt. Ein allfälliges Abweichen der bisherigen Praxis der Antragsgegnerin wäre aber ein klares Zeichen dafür, dass einziges Ziel des Abschlusses der vorliegenden Verträge, die Umgehung von zwingenden vergaberechtlichen Pflichten wäre.

Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass auch die §§ 44 und 45 MinroG eine (beschränkte) Betriebspflicht vorsehen würden, die mit den Gewinnen der Rohstoffe binnen zwei Jahren nach rechtskräftiger Verleihung der Bergwerksberichtigung beginnen würde, und gemäß der §§ 44 und 45 MinroG der Gewinnberechtigte verpflichtet sei, wenigstens vier Monate im Jahr zumindest in einem groben Maß jedes nicht befristeten oder nicht als Reservefeld anerkannten und geltenden Grubenfels bergfremde mineralische Rohstoffe zu gewinnen. Die Betriebspflicht in Grubenmaßen und Überscharen, die dort geregelt sei, sei die notwendige Folge des Grundsatzes der Bergfreiheit. Die Vorkommen der bergfreien mineralischen Rohstoffe sollten auch im Interesse der Allgemeinheit abgebaut werden. Derjenige, der das Recht erlangt habe, die bergfreien mineralischen Rohstoffe ausschließlich zu gewinnen und sich diese anzueignen, sollte auch verpflichtet sein, die ihm verliehene Bergwerksberechtigung auszuüben.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass eben gerade auch bergfreie mineralische Rohstoffe aus dem gegenständlichen Steinbruch zu beziehen seien (vgl. § 3 MinroG), welcher Umstand ihrem bisherigen Konzept auch zugrunde gelegen sei. Sie gehe weiters davon aus, dass vorliegend mineralische Rohstoffe vorgefunden werden könnten, die nicht allgemein verbreitet seien und den bergfreien mineralischen Rohstoffen zuzuordnen seien, welcher Umstand zusätzlich auch eine Betriebspflicht nach dem MinroG erzeuge.

Daneben würden sich Auflagen und Verpflichtungen aus den sonstigen behördlichen Bewilligungen ergeben.

Es sei daher im konkreten Fall in einem ersten Schritt die tatsächlich abgeschlossene Vereinbarung (einschließlich aller „Sideletter“) dahingehend zu überprüfen, ob auch eine Betriebspflicht enthalten sei.

Warum der vorliegende Bereich der Abbauberechtigungen und Deponierungen nicht dem Vergabekonzessionsbereich unterliegen sollten, sei bloß durch die Aufzählung „typischer Bereiche“ noch nicht schlüssig dargelegt. Dass die Antragsgegnerin eine gewisse Betriebspflicht an der Deponierung und des Abbaus im Steinbruch habe, zeige sich gerade auch im üblichen Mindestbruchzins, der den Auftragnehmer motivieren solle, einen gewissen Mindestbruch auch durchzuführen, welcher Umstand einer Betriebspflicht zumindest gleichkomme.

Dieser Mindestbruchzins sei auch eine durchsetzbare Leistung und impliziere damit die beabsichtigte Betriebspflicht. Dass vorliegend keine bloße Bestandgabesituation vorliege, zeige gerade der sicherlich auch in den vorliegend vereinbarten Verträgen direkt oder indirekt vereinbarte Mindestbruchzins oder Mindestdeponiezins. Insofern trete die

Antragsgegnerin auch als Nachfragerin auf, als sie einen Auftragnehmer (Konzessionsnehmer) gesucht habe, der zumindest im Rahmen des Mindestbruches oder darüber hinaus abbaue oder deponiere.

Jedenfalls unrichtig sei, dass bei Abbau- oder Deponierungsverträgen bloße Bestandverträge oder Pachtverträge vorliegen würden. Dies widerspreche der Judikatur zu Abbauverträgen und Deponieverträgen.

Auch die verwaltungsrechtliche Judikatur habe klargestellt, dass beispielsweise ein Schotterabbauvertrag, bei dem sich das Entgelt nach der Kubatur des abgebauten Materials und dem Gewicht des deponierten Materials bestimme, gerade kein Bestandvertrag und damit kein Pachtvertrag sei. Damit sei auch für Deponieverträge im Sinne der oben zitierten Grundsätze davon auszugehen, dass entgegen der Rechtsansicht der Antragsgegnerin keine bloße Pacht, sondern ein (gerade von den wechselseitigen Verpflichtungen her) darüberhinausgehendes Verpflichtungsverhältnis bestehe, das infolge der vertraglichen Verpflichtung zur Deponierung bzw. des Abbaus und auch daran bemessenen Entgelts e

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at