

TE Verg Bescheid 2005/8/24 04N-76/05-23

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.08.2005

Norm

BVergG 2002 §6 Abs1 Z7

BVErgG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 24. August 2005 durch den ersten Stellvertreter der Vorsitzenden des Senates 4, Mag. Wolfgang Pointner, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl. I Nr. 99/2002 idFBGBl. II Nr. 56/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Buffetbetrieb RESOWI-Zentrum" der Auftraggeberin Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsdirektion, Universitätsplatz 3, 8020 Graz, vertreten durch Muhri & Werschitz, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Neutorgasse 47, 8010 Graz, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 24. August 2005 durch den ersten Stellvertreter der Vorsitzenden des Senates 4, Mag. Wolfgang Pointner, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2002, betreffend das Vergabeverfahren "Buffetbetrieb RESOWI-Zentrum" der Auftraggeberin Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsdirektion, Universitätsplatz 3, 8020 Graz, vertreten durch Muhri & Werschitz, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Neutorgasse 47, 8010 Graz, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, das Bundesvergabeamt möge "die Entscheidung der Antragsgegnerin B***, den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 6 Abs. 1 Z 7 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, das Bundesvergabeamt möge "auf Grund des Erkenntnisses des VwGH vom 6.4.2005, 2004/04/0091, gemäß § 74 AVG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 800,- für den Nachprüfungsantrag von der Antragsgegnerin gemäß § 177

Abs. 5 BVergG zu ersetzen ist", wird abgewiesen. Der Antrag der A***, vertreten durch X***, das Bundesvergabeamt möge "auf Grund des Erkenntnisses des VwGH vom 6.4.2005, 2004/04/0091, gemäß Paragraph 74, AVG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 800,- für den Nachprüfungsantrag von der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG zu ersetzen ist", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVergG, § 74 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 10/2004
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG, Paragraph 74, Absatz 2, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

Begründung

Die A***, vertreten durch X***, in der Folge Antragstellerin genannt, brachte am 25. Juli 2005 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Sie beantragte darin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie den Kostenersatz. Darüber hinaus beantragte sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Kostenersatz für die dafür entrichtete Pauschalgebühr. Diese Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Buffetbetrieb RESOWI-Zentrum" der Auftraggeberin Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsdirektion, Universitätsplatz 3, 8020 Graz, vertreten durch Muhri & Werschitz, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Neutorgasse 47, 8010 Graz, in der Folge Auftraggeberin genannt.

Erläuternd führte die Antragstellerin aus, dass die Karl-Franzens-Universität Graz beabsichtigt habe, in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2002 den Buffetbetrieb im RESOWI-Zentrum zu vergeben.

Die Angebotsöffnung habe am 20.6.2005 stattgefunden, die Antragstellerin habe ein entsprechendes Angebot gelegt.

Am 11.7.2005 wären die Antragstellerin, sowie die anderen Bewerber zu einem Verhandlungsgespräch der Vergabekommission, bestehend aus Vizerektor Univ.Prof.Dr. Polaschek, Universitätsdirektorin Dr. Etlinger, Betriebsrat Herr Jarz und Herr Schönberger für die Hochschülerschaft, Mag. Lackner von KUB Consulting GmbH, Herrn Perner von der Wirtschaftskammer und Herrn Horvath vom Restaurant Horvath geladen worden.

Mit Schreiben vom 18.7.2005 wäre die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten B***, bekannt gegeben worden.

Mit Schreiben vom 19.7.2005 habe die Antragstellerin die Antragsgegnerin aufgefordert gemäß § 100 Abs. 3 BVergG die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin bekannt zu geben. Darüber hinaus wäre die Übermittlung einer Niederschrift über die Angebotsöffnung vom 20.6.2005 und eine Kopie der Niederschrift betreffend die Prüfung des Angebotes der Antragstellerin begehrt worden. Mit Schreiben vom 19.7.2005 habe die Antragstellerin die Antragsgegnerin aufgefordert gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin bekannt zu geben. Darüber hinaus wäre die Übermittlung einer Niederschrift über die Angebotsöffnung vom 20.6.2005 und eine Kopie der Niederschrift betreffend die Prüfung des Angebotes der Antragstellerin begehrt worden.

Mit Schreiben vom 21.7.2005 sei die Antragsgegnerin diesem Antrag gemäß § 100 Abs. 4 BVergG nachgekommen. Mit Schreiben vom 21.7.2005 sei die Antragsgegnerin diesem Antrag gemäß Paragraph 100, Absatz 4, BVergG nachgekommen.

Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Betreffend die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes führt die Antragstellerin aus, dass das gegenständliche Vergabeverfahren den Buffetbetrieb im RESOWI-Zentrum der Universität Graz betreffen würde, und als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich durchgeführt worden wäre.

Der geschätzte Auftragswert übersteige den im § 9 Abs. 1 Z 5 BVergG genannten Betrag nicht. Bei der Antragsgegnerin handle es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der geschätzte Auftragswert übersteige den im Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG genannten Betrag nicht. Bei der Antragsgegnerin handle es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Die Karl-Franzens-Universität Graz wäre gemäß § 1 iVm § 3 Universitätsgesetz 2002 idF (UnivG 2002) zu einem

besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Gemäß § 4 UnivG 2002 sei sie juristische Person des öffentlichen Rechts. Die Karl-Franzens-Universität Graz wäre gemäß Paragraph eins, in Verbindung mit Paragraph 3, Universitätsgesetz 2002 idGF (UnivG 2002) zu einem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Gemäß Paragraph 4, UnivG 2002 sei sie juristische Person des öffentlichen Rechts.

Die Karl-Franzens-Universität Graz erfülle daher die in § 7 Abs. 1 Z 2 lit. b BVergG geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Da nach § 12 Abs. 1 UnivG 2002 die Karl-Franzens-Universität Graz vom Bund zu finanzieren sei und nach § 15 Abs. 6 UnivG 2002 ihre Gebarung der Prüfung durch den Rechnungshof unterliege, sei damit auch die Voraussetzung des § 7 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG erfüllt. Die Auftraggeberin würde überwiegend von einem Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG finanziert. Somit seien alle drei kumulativen Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 BVergG erfüllt und sei die Auftraggeberin damit ein öffentlicher Auftraggeber. Die Karl-Franzens-Universität Graz erfülle daher die in Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Da nach Paragraph 12, Absatz eins, UnivG 2002 die Karl-Franzens-Universität Graz vom Bund zu finanzieren sei und nach Paragraph 15, Absatz 6, UnivG 2002 ihre Gebarung der Prüfung durch den Rechnungshof unterliege, sei damit auch die Voraussetzung des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG erfüllt. Die Auftraggeberin würde überwiegend von einem Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG finanziert. Somit seien alle drei kumulativen Voraussetzungen des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG erfüllt und sei die Auftraggeberin damit ein öffentlicher Auftraggeber.

Der Inhalt des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei die Vergabe des Buffetbetriebes im RESOWI-Zentrum der Universität Graz. Es solle mit dem Bestbieter ein Pachtvertrag abgeschlossen werden. Zusätzlich solle der künftige Pächter einen Zuschuss von der Universität Graz erhalten, um der Betriebspflicht für das Buffet leichter nachkommen zu können. Dieser Zuschuss wäre zwar in den Ausschreibungsunterlagen nicht explizit erwähnt worden, doch gehe die Antragstellerin davon aus, dass der Zuschuss vom Auftraggeber in gleicher Höhe wie bisher vertragliche vereinbart zur Verfügung gestellt würde, um die günstigen Preise für die Studenten zu erhalten. Das wirtschaftliche Risiko für diese Dienstleistung (Buffetbetrieb) würde daher nicht der Auftragnehmer tragen, weil er jedenfalls ein Entgelt für seinen Betrieb erhalten würde, unabhängig von der Zahl der Gäste.

In den Ausschreibungsunterlagen sei daher vorgesehen, die Angebote bloß nach der Qualität und nicht nach dem Preis zu beurteilen. Es sollte ein "Wettbewerb" über die Qualität der Führung des Betriebes unter den Bewerbern stattfinden. Der Auftraggeber habe auch selbst die Bezeichnung "offener Wettbewerb" in den Ausschreibungsunterlagen gewählt.

Hinsichtlich der Auftragsart würde es sich demnach um eine nicht prioritäre Dienstleistung iS des Anhang IV zu § 4 Abs. 1 BVergG handeln. Hinsichtlich der Auftragsart würde es sich demnach um eine nicht prioritäre Dienstleistung iS des Anhang römisch vier zu Paragraph 4, Absatz eins, BVergG handeln.

Zur Frage der Rechtswidrigkeit führt die Antragstellerin im Einzelnen aus, dass die Bewertung der Teilnahmeanträge in den Ausschreibungsunterlagen nach folgenden Kriterien erfolgen sollte:

Auswahl der Speisen und Getränke Bewertung mit 40%,

Speisenvariabilität Bewertung mit 20%,

Preisgestaltung Bewertung mit 20%,

Kreativität im Leistungsangebot Bewertung mit 10%,

Referenzen Bewertung mit 10%.

Eine Bewertung der einzelnen Kriterien sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht angegeben worden, auch nicht wie viele Punkte je Kriterium vergeben werden sollten.

Darüber hinaus wäre insbesondere das Kriterium "Referenzen" als Zuschlagskriterium nicht geeignet, weil es sich auf die Eignung des jeweiligen Bewerbers bezieht. Gemäß § 98 Z 1 BVergG seien Eignungskriterien von Zuschlagskriterien zu unterscheiden. Darüber hinaus wäre insbesondere das Kriterium "Referenzen" als Zuschlagskriterium nicht geeignet, weil es sich auf die Eignung des jeweiligen Bewerbers bezieht. Gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG seien Eignungskriterien von Zuschlagskriterien zu unterscheiden.

Dieses Kriterium "Referenzen" würde der Prüfung der Eignung des Teilnehmers zur Durchführung des gegenständlichen Auftrages unterliegen. Für die Beurteilung, welcher Teilnahmeantrag von dem als geeignet befundenen Bewerbern der wirtschaftlich Günstigste sei, sei es nicht geeignet. Eine nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmenden Beurteilung des vorgelegten Angebotes sei damit nicht möglich, da bloß die Eignung zur Besorgung des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages beurteilt werden könne.

Die Berücksichtigung dieses Eignungskriteriums als Zuschlagskriterium stehe daher im Widerspruch zum BVergG 2002. Der nach diesem Kriterium erfolgte Zuschlag zu Gunsten B*** sei daher rechtswidrig und sei die Ausschreibung vielmehr gemäß § 105 BVergG zu widerrufen. Die Berücksichtigung dieses Eignungskriteriums als Zuschlagskriterium stehe daher im Widerspruch zum BVergG 2002. Der nach diesem Kriterium erfolgte Zuschlag zu Gunsten B*** sei daher rechtswidrig und sei die Ausschreibung vielmehr gemäß Paragraph 105, BVergG zu widerrufen.

Weiters führt die Antragstellerin aus, dass es objektiv nicht nachvollziehbar sei, warum die in Aussicht genommene Bestbieterin die höchste Punkteanzahl nach den Zuschlagskriterien erhalten habe. Es erwecke den Anschein, dass die Bewertung der Zuschlagskriterien "Speisen und Getränkeauswahl", "Speisenvariabilität", "Preisgestaltung" und "Kreativität" willkürlich erfolgt sei. Ein Indiz dafür sei, dass in den Ausschreibungsunterlagen nicht angegeben wurde, wie die höchste Punkteanzahl pro Zuschlagskriterium erreicht werden könne. Ein weiteres Indiz sei, dass die im Protokoll vermerkten Vorteile der Mitbewerberin mit den Zuschlagskriterien nicht im Zusammenhang stehen würden.

Weiters würde als wesentlicher Vorteil gewertet, dass die in Aussicht genommene Bestbieterin eine "Frischküche garantiert" und die "Speisen täglich frisch zubereitet werden". Die Tatsache, dass die Speisen von der Küche im Joanneum ins RESOWI-Zentrum transportiert werden müssten, bliebe dabei unberücksichtigt. Die Speisen könnten daher nicht frisch zubereitet sein, sondern allenfalls warm gehalten oder aufgewärmt sein. Eine nach dem allgemeinen Sprachgebrauch verstandene "Frischküche" würde wohl nicht vorliegen.

Auch eine geplante Investition bis zu einer Höhe von Euro 75.000,-

, für die es keinerlei Nachweis in den vorliegenden Unterlagen gebe, würde als Vorteil angesehen.

Es hätte vielmehr die Antragstellerin am besten bewertet werden müssen und die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten ergehen müssen. Die Antragstellerin führe seit zehn Jahren den Buffetbetrieb im RESOWI-Zentrum der Universität Graz. Ihr Angebot vom 15.6.2005 beruhe daher auf langjährige Erfahrung und sei auf die tatsächlichen Wünsche und Bedürfnisse der Gäste im RESOWI-Zentrum abgestimmt.

Weiters wird ausgeführt, dass der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin die Unzulässigkeit eines Zuschlagskriteriums "Referenzen" bekannt sein müsste. Wäre der Antragsgegnerin diese Unzulässigkeit schon vor der Ausschreibung bekannt gewesen, wäre dieses Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 10% nicht in der Ausschreibung genannt worden. Es wäre im Ergebnis zu einer wesentlich anderen Ausschreibung gekommen. Wenn eine Bewertung der Teilnahmeanträge bloß nach den verbleibenden Zuschlagskriterien vorgenommen worden wäre, dann würde dies notwendigerweise zu einer anderen Gewichtung führen, weil die Zuschlagskriterien jeweils in ihrer Gesamtheit die Angebotsbewertung zur Grundlage hätten.

Zusammenfassend hält die Antragstellerin fest, dass die Zuschlagsentscheidung jedenfalls mit Rechtswidrigkeit behaftet sei und aus Sicht der Antragstellerin der Zuschlag zu Gunsten ihres Teilnahmeantrages erteilt hätte werden müssen oder sei anderenfalls das Vergabeverfahren mittels Widerruf zu beenden.

Zu ihrem Interesse am Vertragsabschluss und Schaden führt die Antragstellerin aus, dass sie im gesamten Vergabeverfahren ihr Interesse am Abschluss des Vertrages immer wieder bekundet hätte. Weiters würde die Antragstellerin durch eine rechtswidrige Entscheidung der Antragsgegnerin einen Schaden durch entgangenen Gewinn erleiden.

In ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2005 führt die Antragsgegnerin aus, dass es nicht beabsichtigt gewesen wäre, den Buffetbetrieb im RESOWI-Zentrum nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu vergeben, sondern vielmehr auf der Grundlage eines wirtschaftlichen Wettbewerbes einen Pachtvertrag mit einem zukünftigen Betreiber des Buffets abzuschließen. Auch würde ein Auftragswert gerade nicht vorliegen, da § 14 BVergG die Berechnung des Auftragswertes auf der Grundlage der vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringenden Leistung vorschreibt. Eine solche entgeltliche Leistung liegt aber gerade nicht vor und wäre dies für einen Pachtvertrag geradezu untypisch, wenn der Verpächter an den Pächter Zahlungen leisten würde. In ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2005 führt die

Antragsgegnerin aus, dass es nicht beabsichtigt gewesen wäre, den Buffetbetrieb im RESOWI-Zentrum nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu vergeben, sondern vielmehr auf der Grundlage eines wirtschaftlichen Wettbewerbes einen Pachtvertrag mit einem zukünftigen Betreiber des Buffets abzuschließen. Auch würde ein Auftragswert gerade nicht vorliegen, da Paragraph 14, BVergG die Berechnung des Auftragswertes auf der Grundlage der vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringenden Leistung vorschreibt. Eine solche entgeltliche Leistung liegt aber gerade nicht vor und wäre dies für einen Pachtvertrag geradezu untypisch, wenn der Verpächter an den Pächter Zahlungen leisten würde.

Wie der Ausschreibungsunterlage zu entnehmen sei, würde es sich um einen Aufruf zum Wettbewerb über die Verpachtung des Buffets im RESOWI-Zentrum handeln, wobei der Inhalt der abzuschließenden Vereinbarung unter Punkt 4 der Ausschreibungsunterlagen sowie im Pachtvertrag selbst dargestellt würden.

Die rechtliche Qualifikation der Vereinbarung sei daher auf der Grundlage der §§ 1090 ff ABGB zu treffen. Im gegenständlichen Zusammenhang sei davon auszugehen, dass ein Unternehmenspachtvertrag zum Abschluss gebracht werden solle, wobei die Leistungen der Vertragsgegner dergestalt aufgeteilt seien, dass die Antragsgegnerin das Pachtobjekt zur Verfügung stelle und der Auftragnehmer ein Pachtentgelt dafür leiste. Die rechtliche Qualifikation der Vereinbarung sei daher auf der Grundlage der Paragraphen 1090, ff ABGB zu treffen. Im gegenständlichen Zusammenhang sei davon auszugehen, dass ein Unternehmenspachtvertrag zum Abschluss gebracht werden solle, wobei die Leistungen der Vertragsgegner dergestalt aufgeteilt seien, dass die Antragsgegnerin das Pachtobjekt zur Verfügung stelle und der Auftragnehmer ein Pachtentgelt dafür leiste.

Eine Pacht oder Miete könne nur im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag den Bestimmungen des BVergG unterliegen. Gemäß § 2 BVergG würde es sich um Lieferaufträge handeln, wenn entgeltliche Verträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder den Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption von Waren einschließlich von Nebenarbeiten, wie dem Verlegen und der Installation handeln. Wesentlich sei in diesem Zusammenhang, dass es sich um Waren und somit um körperliche, bewegliche Gegenstände handeln müsse, damit von einem Lieferauftrag gesprochen werden könne. Da als Ergebnis des gegenständlichen wirtschaftlichen Wettbewerbes letztlich der Abschluss eines Pachtvertrages hinsichtlich diverser Räumlichkeiten allenfalls eines Unternehmensteils, somit unbewegliche Sachen mit einer Gesamtfläche von 412 m² und einer Nutzfläche des Aufenthaltsbereiches von 300 m² steht, würde es sich jedenfalls um keinen Lieferauftrag handeln, der durch die Antragsgegnerin vergeben werden solle. Eine Pacht oder Miete könne nur im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag den Bestimmungen des BVergG unterliegen. Gemäß Paragraph 2, BVergG würde es sich um Lieferaufträge handeln, wenn entgeltliche Verträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder den Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption von Waren einschließlich von Nebenarbeiten, wie dem Verlegen und der Installation handeln. Wesentlich sei in diesem Zusammenhang, dass es sich um Waren und somit um körperliche, bewegliche Gegenstände handeln müsse, damit von einem Lieferauftrag gesprochen werden könne. Da als Ergebnis des gegenständlichen wirtschaftlichen Wettbewerbes letztlich der Abschluss eines Pachtvertrages hinsichtlich diverser Räumlichkeiten allenfalls eines Unternehmensteils, somit unbewegliche Sachen mit einer Gesamtfläche von 412 m² und einer Nutzfläche des Aufenthaltsbereiches von 300 m² steht, würde es sich jedenfalls um keinen Lieferauftrag handeln, der durch die Antragsgegnerin vergeben werden solle.

Im Übrigen würde es sich aber auch um keinen, wie von der Antragstellerin ausgeführt, nicht prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß Anhang IV zu § 4 Abs. 1 BVergG handeln. Im Übrigen würde es sich aber auch um keinen, wie von der Antragstellerin ausgeführt, nicht prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß Anhang römisch vier zu Paragraph 4, Absatz eins, BVergG handeln.

Ein Dienstleistungsauftrag würde voraussetzen, dass es sich um einen entgeltlichen Auftrag handelt, dessen Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III und IV sind. Die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers würde daher in einer entgeltlichen Leistung zur Abgeltung der bezogenen Dienstleistung liegen. Ein Dienstleistungsauftrag würde voraussetzen, dass es sich um einen entgeltlichen Auftrag handelt, dessen Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge römisch drei und römisch vier sind. Die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers würde daher in einer entgeltlichen Leistung zur Abgeltung der bezogenen Dienstleistung liegen.

Eine entgeltliche Leistung des öffentlichen Auftraggebers oder aber eine Dienstleistung des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber liege jedoch gerade nicht vor.

Es würde dem Wesen des Pachtvertrages entsprechen, dass nicht der Pächtern, somit im gegenständlichen Fall die Antragsgegnerin, sondern vielmehr der Pächter ein Entgelt leistet. Vor diesem Hintergrund könne eine Pachtvertrag begrifflich nicht vom Regime des Bundesvergabegesetzes erfasst werden und würde vor diesem Hintergrund auch nicht in die Kategorisierung der nicht prioritären Dienstleistungen gemäß § 4 Abs. 1 iVm Anhang IV BVergG fallen. Es würde dem Wesen des Pachtvertrages entsprechen, dass nicht der Pächtern, somit im gegenständlichen Fall die Antragsgegnerin, sondern vielmehr der Pächter ein Entgelt leistet. Vor diesem Hintergrund könne eine Pachtvertrag begrifflich nicht vom Regime des Bundesvergabegesetzes erfasst werden und würde vor diesem Hintergrund auch nicht in die Kategorisierung der nicht prioritären Dienstleistungen gemäß Paragraph 4, Absatz eins, in Verbindung mit Anhang römisch vier BVergG fallen.

Die Ausführungen der Antragstellerin hinsichtlich eines Zuschusses, der von der Antragsgegnerin bezahlt werden würde, seien willkürlich, unrichtig und bewusst falsch. Die Antragstellerin könne ihre Behauptung nicht substantiieren und lässt offen, ob der behauptete Zuschuss in Form von Geld oder Naturalien oder sonstigen Begünstigungen erfolgen würde. Dies sei auch verständlich, da tatsächlich keinerlei Zuschüsse geflossen seien und auch nicht fließen würden. Dies sei sowohl der Ausschreibungsunterlage, wie auch dem vertragsgegenständlichen Pachtvertrag zu entnehmen. Selbst die Antragstellerin verweise darauf, dass weder in den allgemeinen Bestimmungen der Ausschreibung, noch im Pachtvertrag irgendeine Regelung über Zuschüsse, in welcher Form auch immer, enthalten seien. Damit geht auch die Antragstellerin offensichtlich davon aus, dass Zuschüsse an den Auftragnehmer nicht vertragsgegenständliche seien.

Vielmehr sei in den Ausschreibungsunterlagen klar zu entnehmen, dass das wirtschaftliche Risiko für den Betrieb des Pachtgegenstandes nicht die Antragsgegnerin als Auftraggeber, sondern ausschließlich der Auftragnehmer tragen würde. Der gegenteilige Schluss der Antragstellerin sei inhaltlich unrichtig. Auch weise die Antragsgegnerin ausdrücklich darauf hin, dass es auch bisher zu keinen Zuschüssen des Auftraggebers, somit der Antragsgegnerin an den bisherigen Pächter des Buffets, nämlich die Antragstellerin gekommen wäre.

Die Bestimmungen des BVergG seien daher auf den Abschluss des Pachtvertrages nicht anzuwenden.

Die Antragsgegnerin habe keinen Wettbewerb im Sinne des BVergG beabsichtigt, wie wohl der Inhalt des durchgeführten Verfahrens den Anforderungen des BVergG gerecht werden würde, sondern wollte lediglich einen wirtschaftlichen Wettbewerb abwickeln. Konsequenterweise würde es sich daher bei dem Zuschlagskriterium "Preisgestaltung" nicht um den Pachtzins handeln, sondern um die Preisgestaltung der Speisen und Getränke beim Betrieb des Buffets. Wie dem Pachtvertrag, der Teil der Ausschreibungsunterlage sowie des Angebotes sei, zu entnehmen sei, wäre der Pachtzins ohnehin mit Euro 2.500,-- monatlich zuzüglich jährlicher Betriebskosten von ca. Euro 9.936,30 vorgegeben. Dazu käme, dass gemäß § 6 Abs. 1 Z 7 BVergG Verträge über den Erwerb oder die Miete von oder Rechten an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden gerade nicht dem BVergG unterliegen würden. Mit der beabsichtigten Verpachtung von Liegenschaftsflächen würde daher gerade jene Ausnahme wirksam, wie sie durch § 6 Abs. 1 Z 7 BVergG definiert wird. Auch im Lichte dieses Umstandes könne keinesfalls davon ausgegangen werden, dass das gegenständliche Verfahren den Bestimmungen des BVergG unterliegen würde. Die Antragsgegnerin habe keinen Wettbewerb im Sinne des BVergG beabsichtigt, wie wohl der Inhalt des durchgeführten Verfahrens den Anforderungen des BVergG gerecht werden würde, sondern wollte lediglich einen wirtschaftlichen Wettbewerb abwickeln. Konsequenterweise würde es sich daher bei dem Zuschlagskriterium "Preisgestaltung" nicht um den Pachtzins handeln, sondern um die Preisgestaltung der Speisen und Getränke beim Betrieb des Buffets. Wie dem Pachtvertrag, der Teil der Ausschreibungsunterlage sowie des Angebotes sei, zu entnehmen sei, wäre der Pachtzins ohnehin mit Euro 2.500,-- monatlich zuzüglich jährlicher Betriebskosten von ca. Euro 9.936,30 vorgegeben. Dazu käme, dass gemäß Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG Verträge über den Erwerb oder die Miete von oder Rechten an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden gerade nicht dem BVergG unterliegen würden. Mit der beabsichtigten Verpachtung von Liegenschaftsflächen würde daher gerade jene Ausnahme wirksam, wie sie durch Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG definiert wird. Auch im Lichte dieses Umstandes könne keinesfalls davon ausgegangen werden, dass das gegenständliche Verfahren den Bestimmungen des BVergG unterliegen würde.

Weiters macht die Antragsgegnerin geltend, dass die im Wesentlichen behaupteten Rechtswidrigkeiten aus dem Inhalt der Ausschreibungsunterlage resultieren würden. Sofern jedoch eine Anfechtung der Ausschreibung nicht erfolgte, seien allfällige Rechtswidrigkeiten auf Grund der gesetzlichen Präklusionswirkung saniert.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin seien die Zuschlagskriterien zweifellos ausreichend definiert. Im Übrigen sei es für sämtliche Beteiligten am gegenständlichen Wettbewerb transparent gewesen, nach welchen Kriterien die Bewertung der Zuschlagskriterien erfolgt wäre; die Bewertung der Zuschlagskriterien sei objektiv nachvollziehbar.

In ihrer Replik vom 10. August 2005 wird seitens der Antragstellerin ausgeführt, dass das BVergG jedenfalls anwendbar sei, da auch entgeltliche Gegenleistungen der Auftraggeberin vorliegen. Die Behauptung der Antragsgegnerin, es gäbe für die Betreibung des Buffetbetriebes im RESOWI-Zentrum der Karl-Franzens-Universität Graz keine Zuschüsse, sei falsch. Die Antragstellerin betreibt diesen Buffetbetrieb seit Bestehen, also seit 1996. Damals wurde das RESOWI-Zentrum neu errichtet und darin ein Buffetbetrieb mit einem Ausmaß von über 500 m² eingerichtet. Die Antragstellerin sei mit dem Buffetbetrieb beauftragt worden und sei ihr dafür die gesamte Einrichtung, also sowohl die Küche als auch die Möbel des Gastraums unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Das gesamte Inventar sei ihr nicht nur zur Verfügung gestellt worden, sondern auch ins Eigentum übertragen worden. Daher wäre von der Antragstellerin für die Eröffnung des Buffetbetriebs keinerlei Investition erforderlich gewesen, sondern wäre die erforderliche Ausstattung zur Gänze unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden.

Durch diesen Umstand, dass für die Einrichtung (im Jahre 1996) keine Investitionen erforderlich gewesen seien, wären die Getränke und Speisen um 10 bis 20% billiger als im übrigen Durchschnitt angeboten worden. Im derzeit laufenden Pachtvertrag sei nicht nur eine Betriebspflicht zu bestimmten Zeiten vorgeschrieben, sondern auch die günstigen Verkaufspreise. Die Antragstellerin sei verpflichtet, die Getränke und Speisen mindestens um 10% unter den Kosten von vergleichbaren öffentlichen Selbstbedienungsrestaurants anzubieten.

Im neuen Pachtvertrag sei vorgesehen, dass eine Preiserhöhung nur auf Grund gestiegener Betriebskosten und bei Ergänzung des Warenangebotes erlaubt sei. Die Antragsgegnerin würde den künftigen Buffetbetreiber verpflichten, somit das bisherige niedrige Preisniveau beizubehalten, um den Studenten auch in Zukunft eine billige Verpflegung zur Verfügung stellen zu können.

Im neuen Pachtvertrag für den Buffetbetrieb, welcher nach Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens mit dem Bestbieter abgeschlossen werden solle, sei ein monatlicher Pachtzins von Euro 2.500,- vorgesehen, aber auch dieser entspräche keinem angemessenen und für die örtlichen Gegebenheiten üblichen Pachtzins für solche Räumlichkeiten. Umgelegt auf die Fläche des Buffetbetriebes, würde der monatliche Pachtzins ~ Euro 5/m² betragen. Die Auftraggeberin würde zwar einen höheren Pachtzins als bisher verlangen, verzichte aber weiterhin auf die Hälfte des üblichen und angemessenen Entgeltes, um auch weiterhin günstige Preise für die Studenten zu garantieren. Es wäre also auch weiterhin eine Gegenleistung der Auftraggeberin für die Erbringung dieser Dienstleistung gegeben.

Die Antragstellerin folgert somit, dass auf Grund der Gegenleistungen des Auftraggebers und der großen Zahl der Studierenden an der Universität Graz der Betreiber des Buffets kein wirtschaftliches Risiko zu tragen habe.

In einem weiteren Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11. August 2005 führt diese aus, dass im gegenständlichen Fall der beabsichtigte Abschluss eines Pachtvertrages ausschreibungsgegenständlich sei. Ein Pachtvertrag, dessen Vertragsgegenstand die Inbestandgabe einer unbeweglichen Sache an einen Dritten durch einen Pächter bildet, der die Kriterien eines öffentlichen Auftraggebers erfüllt würde nicht den Bestimmungen des BVergG unterliegen, sodass auch die Rechtsschutzbestimmungen des V. Teils des BVergG nicht zur Anwendung gelangen könnten. Gemäß § 4 Abs. 1 BVergG würde es sich bei Dienstleistungsaufträgen um entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III und IV BVergG sind, handeln. Das Wesen derartiger Dienstleistungsaufträge würde der Umstand bilden, dass der öffentliche Auftraggeber ein Entgelt für die Dienstleistung des Auftragnehmers entrichtet. Im gegenständlichen Fall sei ein Vertrag abzuschließen, bei dem der Auftragsgegenstand keine entgeltliche Leistung des Verpächters gegenüber einem Auftragnehmer umfassen würde, sodass ein entgeltlicher Auftrag gemäß § 5 Abs. 1 BVergG gerade nicht vorliegen würde. In einem weiteren Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11. August 2005 führt diese aus, dass im gegenständlichen Fall der beabsichtigte Abschluss eines Pachtvertrages ausschreibungsgegenständlich sei. Ein Pachtvertrag, dessen Vertragsgegenstand die Inbestandgabe einer unbeweglichen Sache an einen Dritten durch einen Pächter bildet, der die Kriterien eines öffentlichen Auftraggebers

erfüllt würde nicht den Bestimmungen des BVergG unterliegen, sodass auch die Rechtsschutzbestimmungen des römisch fünf. Teils des BVergG nicht zur Anwendung gelangen könnten. Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, BVergG würde es sich bei Dienstleistungsaufträgen um entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge römisch drei und römisch vier BVergG sind, handeln. Das Wesen derartiger Dienstleistungsaufträge würde der Umstand bilden, dass der öffentliche Auftraggeber ein Entgelt für die Dienstleistung des Auftragnehmers entrichtet. Im gegenständlichen Fall sei ein Vertrag abzuschließen, bei dem der Auftragsgegenstand keine entgeltliche Leistung des Verpächters gegenüber einem Auftragnehmer umfassen würde, sodass ein entgeltlicher Auftrag gemäß Paragraph 5, Absatz eins, BVergG gerade nicht vorliegen würde.

Dies würde auch daraus ersichtlich, dass ein Auftragswert, und somit eine entgeltlicher Gegenwert der Leistung eines öffentlichen Auftraggebers gemäß § 14 BVergG gerade nicht vorliege, da eben keine entgeltliche Gegenleistung der Antragsgegnerin auch nicht in der Form eines Zuschusses erbracht würde. Dies würde auch daraus ersichtlich, dass ein Auftragswert, und somit eine entgeltlicher Gegenwert der Leistung eines öffentlichen Auftraggebers gemäß Paragraph 14, BVergG gerade nicht vorliege, da eben keine entgeltliche Gegenleistung der Antragsgegnerin auch nicht in der Form eines Zuschusses erbracht würde.

Ergänzend wird seitens der Antragsgegnerin ausgeführt, dass der neue Pächter eine eigene Infrastruktur auf eigene Kosten zu schaffen habe. Der nunmehr zur Verrechnung gelangende Pachtzins sei jedenfalls als brachenüblich und angemessen zu betrachten. Dabei sei vor allem zu berücksichtigen, dass offene Flächen, die nach außen hin keine Abgrenzung erfahren, gepachtet würden. Die Antragsgegnerin führt weiters aus, dass es mangels entgeltlicher Gegenleistungen der Antragsgegnerin (auch nicht in Form eines Zuschusses) dem gegenständlichen Vertrag an den typischen Charakteristika eines Dienstleistungsauftrages oder eines Dienstleistungskonzessionsvertrages gemäß § 4 Abs. 1 und 2 BVergG fehlen würde. Ergänzend wird seitens der Antragsgegnerin ausgeführt, dass der neue Pächter eine eigene Infrastruktur auf eigene Kosten zu schaffen habe. Der nunmehr zur Verrechnung gelangende Pachtzins sei jedenfalls als brachenüblich und angemessen zu betrachten. Dabei sei vor allem zu berücksichtigen, dass offene Flächen, die nach außen hin keine Abgrenzung erfahren, gepachtet würden. Die Antragsgegnerin führt weiters aus, dass es mangels entgeltlicher Gegenleistungen der Antragsgegnerin (auch nicht in Form eines Zuschusses) dem gegenständlichen Vertrag an den typischen Charakteristika eines Dienstleistungsauftrages oder eines Dienstleistungskonzessionsvertrages gemäß Paragraph 4, Absatz eins und 2 BVergG fehlen würde.

Der Auftragnehmer wäre gemäß § 83 Abs. 1 Z 6 BVergG verpflichtet, die für die Beurteilung des Angebotes erforderlichen Urkunden vorzulegen und Erklärungen abzugeben. Gerade dieser Verpflichtung sei die Antragstellerin nicht nachgekommen. Sie habe trotz des ausdrücklichen Auftrages unter Punkt 4 der Ausschreibung keine Angaben über die Art und Weise der Zubereitung, Aufbewahrung und Ausfolgung der angebotenen Speisen und Getränke vorgelegt. Ebenso wenig habe die Antragstellerin die Ausstattung des Buffets und der Küche dargestellt. Das Angebot wäre somit mangelhaft geblieben. Die Antragsgegnerin hätte daher das Angebot der Antragstellerin, bei Anwendung der Bestimmungen des BVergG zwingend gemäß § 98 Z 8 BVergG auszuschneiden gehabt, da das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht und unvollständig geblieben sei. Auf Grund dieser Bestimmungen würde es daher der Antragstellerin an der notwendigen Antragslegitimation mangeln. Der Auftragnehmer wäre gemäß Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG verpflichtet, die für die Beurteilung des Angebotes erforderlichen Urkunden vorzulegen und Erklärungen abzugeben. Gerade dieser Verpflichtung sei die Antragstellerin nicht nachgekommen. Sie habe trotz des ausdrücklichen Auftrages unter Punkt 4 der Ausschreibung keine Angaben über die Art und Weise der Zubereitung, Aufbewahrung und Ausfolgung der angebotenen Speisen und Getränke vorgelegt. Ebenso wenig habe die Antragstellerin die Ausstattung des Buffets und der Küche dargestellt. Das Angebot wäre somit mangelhaft geblieben. Die Antragsgegnerin hätte daher das Angebot der Antragstellerin, bei Anwendung der Bestimmungen des BVergG zwingend gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden gehabt, da das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht und unvollständig geblieben sei. Auf Grund dieser Bestimmungen würde es daher der Antragstellerin an der notwendigen Antragslegitimation mangeln.

In der mündlichen Verhandlung vom 12. August 2005 vor dem Bundesvergabeamt hält die Antragstellerin ihre Anträge weiterhin aufrecht. Der von der Antragstellerin namhaft gemachte Zeuge führt aus, dass der vorgesehene Pachtzins von Euro 2.500,- monatlich als sehr günstig angesehen wird, dies unter der Voraussetzung, dass die entsprechende Lage mit einem doppelten Pachtzins zu berechnen wäre. Der geschätzte Neuanschaffungswert für die Küchen- und Mensenausstattung wird mit ca. Euro 80.000,- bis 100.000,-

angegeben.

Die als Zeugin vernommene Universitätsdirektorin Frau Dr. Etlinger, die mit der Organisation und Infrastruktur der Universität Graz befasst ist, führt aus, dass von der Universität eine bewusste Einlassung auf das Bundesvergabegesetz nicht beabsichtigt war. Dass die einschlägigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 Anwendung finden sollen, war seitens der Karl-Franzens-Universität nicht gewollt. Die Mensen-Betriebsfläche wird geräumt von allen Einrichtungsgegenständen an den Neupächter übergeben werden, der eine Neuausstattung auf eigene Kosten vornehmen müsse. Durch die Rechtsfähigkeit der Universitäten und den gesteigerten Wettbewerb zwischen den einzelnen Universitätsstandorten, liegt es im Interesse der Universität, den Studierenden und sonstigen Angehörigen der Universität einen attraktiven Mensen-Betrieb zur Verfügung zu stellen. Eine Verpflichtung, einen Mensen-Betrieb aufrecht zu erhalten, gäbe es für die Universität nicht. Der Pachtzins sei nach Vorlage der Vollkostenrechnung mit 8% des Umsatzes festgelegt worden.

Der als Zeuge vernommene Assistent der Universitätsdirektorin Dr. Etlinger, Mag. Dieter Lang, gibt zu Protokoll, dass der Pachtzins in Höhe von Euro 2.500,- monatlich keinen Zuschuss an einen Betreiber darstellt, da dieser Zins den markt- und ortsüblichen Preisen entsprechen würde. Auch das ausschließliche unternehmerische Risiko wäre vom neuen Mensen Betreiber zu tragen, auf die Preisgestaltung wird seitens der Universität zukünftig kein Einfluss genommen.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die Karl-Franzens-Universität Graz ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002. Sie wurde gemäß § 1 Universitätsgesetz 2002 (in der Folge UnivG), BGBl. I. Nr. 120/2002 idGF iVm § 3 leg.cit zu einem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Die gemäß § 4 leg.cit als juristische Person des öffentlichen Rechts einzustufende Karl-Franzens-Universität Graz erfüllt jedenfalls die in § 7 Abs. 1 Z 2 lit. b BVergG 2002 geforderte Voraussetzung einer Teilrechtsfähigkeit. Da sie gemäß § 12 Abs. 1 UnivG vom Bund finanziert und gemäß § 15 Abs. 6 leg.cit deren Gebarung der Prüfung durch den Rechnungshof unterzogen wird, ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2002 erfüllt. Die Karl-Franzens-Universität Graz ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002. Sie wurde gemäß Paragraph eins, Universitätsgesetz 2002 (in der Folge UnivG), Bundesgesetzblatt römisch eins. Nr. 120 aus 2002, idGF in Verbindung mit Paragraph 3, leg.cit zu einem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Die gemäß Paragraph 4, leg.cit als juristische Person des öffentlichen Rechts einzustufende Karl-Franzens-Universität Graz erfüllt jedenfalls die in Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG 2002 geforderte Voraussetzung einer Teilrechtsfähigkeit. Da sie gemäß Paragraph 12, Absatz eins, UnivG vom Bund finanziert und gemäß Paragraph 15, Absatz 6, leg.cit deren Gebarung der Prüfung durch den Rechnungshof unterzogen wird, ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2002 erfüllt.

Sachlicher Geltungsbereich des BVergG 2002:

1. 1.Ziffer eins

Zu Spruchpunkt I:

Das Bundesvergabegesetz gilt für die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen sowie die Durchführung von Wettbewerben durch Auftraggeber iS der §§ 7 und 8 BVergG. Wie sich aus dem vom Bundesvergabeamt festgestellten Sachverhalt ergibt, war Gegenstand des Verfahrens die Vergabe eines Pachtvertrages an einen Betreiber des Mensen-Betriebes im RESOWI-Zentrum der Universität Graz. Wie sich aus dem abzuschließenden Pachtvertrag unter Punkt III, Pachtzins/Betriebskosten ergibt, ist ein fixer Pachtzins im Ausmaß von Euro 2.500,- monatlich zu entrichten, die Betriebskosten belaufen sich auf ca. Euro 9.936,30 jährlich und sind nach einer monatlichen Vorschreibung der Verpächterin (Antragsgegnerin) zu entrichten. Die Höhe des Pachtzinses sowie die anfallenden Betriebskosten, waren nicht Gegenstand der Vertragsverhandlungen, sondern als fix vorgegebene Kosten bereits im Vorfeld den Bewerbern und Bietern bekannt. Gemäß § 6 Z 7 BVergG sind Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen. Das bedeutete, dass das Bundesvergabegesetz keine Anwendung auf Verträge, die den Erwerb oder die Miete (Pacht) von unbeweglichem Vermögen oder Rechten daran

zum Gegenstand haben, hat. Die sachliche Rechtfertigung dieser Ausnahmeregelung liegt darin, dass derartige Verträge Merkmale aufweisen, die die Anwendung von Vergabevorschriften unangemessen erscheinen lassen (Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 6 Rz 158ff). Mit der beabsichtigten Verpachtung von Liegenschaftsflächen wird daher gerade jene Ausnahme wirksam, wie sie durch § 6 Abs. 1 Z 7 BVergG definiert wird. Da der Bestandgegenstand von der Antragsgegnerin zu einem Pachtzins vergeben wird, der - da keinerlei Einrichtungsgegenstände vorhanden sind und vom Betreiber erst eingebracht werden müssen - als orts- und marktüblich eingeschätzt werden kann, ist in der Höhe des Pachtzinses auch keine entgeltliche Gegenleistung der Antragsgegnerin an einen Mensenbetreiber zu erkennen. Wie sich aus dem gesamten Vorbringen der Parteien ergibt, wird keine entgeltliche Gegenleistung des Antragsgegners geschuldet, die die Durchführung eines Vergabeverfahrens vertretbar erscheinen lassen. Das Bundesvergabegesetz gilt für die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen sowie die Durchführung von Wettbewerben durch Auftraggeber iS der Paragraphen 7 und 8 BVergG. Wie sich aus dem vom Bundesvergabeamt festgestellten Sachverhalt ergibt, war Gegenstand des Verfahrens die Vergabe eines Pachtvertrages an einen Betreiber des Mensen-Betriebes im RESOWI-Zentrum der Universität Graz. Wie sich aus dem abzuschließenden Pachtvertrag unter Punkt römisch drei, Pachtzins/Betriebskosten ergibt, ist ein fixer Pachtzins im Ausmaß von Euro 2.500,- monatlich zu entrichten, die Betriebskosten belaufen sich auf ca. Euro 9.936,30 jährlich und sind nach einer monatlichen Vorschreibung der Verpächterin (Antragsgegnerin) zu entrichten. Die Höhe des Pachtzinses sowie die anfallenden Betriebskosten, waren nicht Gegenstand der Vertragsverhandlungen, sondern als fix vorgegebene Kosten bereits im Vorfeld den Bewerbern und Bietern bekannt. Gemäß Paragraph 6, Ziffer 7, BVergG sind Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen. Das bedeutete, dass das Bundesvergabegesetz keine Anwendung auf Verträge, die den Erwerb oder die Miete (Pacht) von unbeweglichem Vermögen oder Rechten daran zum Gegenstand haben, hat. Die sachliche Rechtfertigung dieser Ausnahmeregelung liegt darin, dass derartige Verträge Merkmale aufweisen, die die Anwendung von Vergabevorschriften unangemessen erscheinen lassen (Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 6, Rz 158ff). Mit der beabsichtigten Verpachtung von Liegenschaftsflächen wird daher gerade jene Ausnahme wirksam, wie sie durch Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG definiert wird. Da der Bestandgegenstand von der Antragsgegnerin zu einem Pachtzins vergeben wird, der - da keinerlei Einrichtungsgegenstände vorhanden sind und vom Betreiber erst eingebracht werden müssen - als orts- und marktüblich eingeschätzt werden kann, ist in der Höhe des Pachtzinses auch keine entgeltliche Gegenleistung der Antragsgegnerin an einen Mensenbetreiber zu erkennen. Wie sich aus dem gesamten Vorbringen der Parteien ergibt, wird keine entgeltliche Gegenleistung des Antragsgegners geschuldet, die die Durchführung eines Vergabeverfahrens vertretbar erscheinen lassen.

Den Ausschreibungsunterlagen kann entnommen werden, dass es sich beim gegenständlichen Verfahren um einen Aufruf zum Wettbewerb über die Verpachtung des Buffets der Universität Graz im RESOWI-Zentrum handelt, der genaue Inhalt kann dem beigeschlossenen Pachtvertrag, der den konkreten Pachtzins bereits beinhaltet, entnommen werden. Der Inhalt des Pachtvertrages war somit auch kein Punkt über den Verhandlungen geführt werden konnten. Der Wettbewerb sollte lediglich in der Durchführung und der Art wie das Buffet betrieben wird und sich dem Besucher präsentiert, bestehen. Dieser Wettbewerb findet jedoch keinen Ausfluss in der Höhe der zu leistenden Gegenleistung, da diese bereits im Vorfeld fixiert war und nicht zur Disposition stand.

Auch ist das wirtschaftliche Risiko, das der Betrieb der Mensa mit sich bringt, vom neuen Mensenbetreiber vollständig zu tragen und kann dieser mit keiner Unterstützung oder Zuwendungen seitens der Universität Graz rechnen.

Eine Pacht oder Miete kann nur im Zusammenhang mit einem Dienstleistungs- oder Lieferauftrag den Bestimmungen des BVergG unterliegen. Dies würde aber voraussetzen, dass die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers in einem Entgelt zur Abgeltung der bezogenen Leistung liege. Eine entgeltliche Leistung der Antragsgegnerin an die Antragstellerin liegt jedoch in keiner Weise vor.

1. 2.Ziffer 2

Zu Spruchpunkt II:

Kostenersatz gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 für den Antrag gemäß § 177 Abs. 1 leg. cit. Kostenersatz gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 für den Antrag gemäß Paragraph 177, Absatz eins, leg. cit:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Gemäß § 74 Abs. 2 erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten – abweichend von der allgemeinen Regelung des Abs. 1, wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat – ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei § 177 Abs. 5 BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. § 74 Abs. 2 AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren) ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (der Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber) zusteht. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten – abweichend von der allgemeinen Regelung des Absatz eins., wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat – ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. Paragraph 74, Absatz 2, AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren) ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (der Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber) zusteht.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde – in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid – auch über den gemäß § 74 Abs. 2 AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf (vgl. VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49 ua.) Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde – in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid – auch über den gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf vergleiche VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49 ua.).

Pauschalgebühr für einen Nachprüfungsantrag:

Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Da der Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen war, hat diese nicht teilweise obsiegt, weshalb der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren abzuweisen war.

Dokumentnummer

VERGT_20050824_04N_76_05_23_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at