

# TE Lvwg Erkenntnis 2024/10/28 LVwG-2024/S3/1420-9, LVwG- 2024/S3/1421-9

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.10.2024

## Entscheidungsdatum

28.10.2024

## Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72007 Beschaffung Vergabe Tirol

## Norm

BVergG 2018 §13

BVergG 2018 §46

LVergabenachprüfungsG Tir 2006 §5

LVergabenachprüfungsG Tir 2006 §18

1. BVergG 2018 § 13 heute

2. BVergG 2018 § 13 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 46 heute

2. BVergG 2018 § 46 gültig ab 21.08.2018

## Text

Antragstellerin: AA

Auftraggeberin: BB

Ausschreibungsgegenstand: Vergabeverfahren: Installation einer PV-Anlage auf dem Dach der Mittelschule Y und Installation einer PV-Anlage auf dem Dach der Volksschule Z

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit gleichlautendem Schriftsatz vom 28.05.2024, beim Landesverwaltungsgericht Tirol am 28.05.2024 um 14.57 Uhr eingelangt, hat die Firma AA, Adresse 1, \*\*\*\* W (im weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch den Rechtsanwalt CC, Adresse 2, \*\*\*\* V, die Einleitung von zwei Feststellungsverfahren betreffend die von der BB, Adresse 3, \*\*\*\* (im weiteren kurz Auftraggeberin genannt) vertreten durch die Rechtsanwälte DD, Adresse 4, \*\*\*\* V, vergebenen Aufträge „Installation einer PV-Anlage auf dem Dach der Mittelschule Y und Installation einer PV-Anlage auf dem Dach der Volksschule Y“, beantragt. Mit gleichlautendem Schriftsatz vom 28.05.2024, beim

Landesverwaltungsgericht Tirol am 28.05.2024 um 14.57 Uhr eingelangt, hat die Firma AA, Adresse 1, \*\*\*\* W (im weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch den Rechtsanwalt CC, Adresse 2, \*\*\*\* römisch fünf, die Einleitung von zwei Feststellungsverfahren betreffend die von der BB, Adresse 3, \*\*\*\* (im weiteren kurz Auftraggeberin genannt) vertreten durch die Rechtsanwälte DD, Adresse 4, \*\*\*\* römisch fünf, vergebenen Aufträge „Installation einer PV-Anlage auf dem Dach der Mittelschule Y und Installation einer PV-Anlage auf dem Dach der Volksschule Y“, beantragt.

Das Landesverwaltungsgerichtes Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Rosenkranz als Vorsitzenden, die Richterin Mag.a Weißgatterer als Berichterstatterin und den Richter Mag. Hengl als weiteres Mitglied, gemäß § 3 Abs 2 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2018, nach durchgeföhrter öffentlicher mündlicher Verhandlung, zu beiden Verfahren, Das Landesverwaltungsgerichtes Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Rosenkranz als Vorsitzenden, die Richterin Mag.a Weißgatterer als Berichterstatterin und den Richter Mag. Hengl als weiteres Mitglied, gemäß Paragraph 3, Absatz 2, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2018, nach durchgeföhrter öffentlicher mündlicher Verhandlung, zu beiden Verfahren,

zu Recht:

1. Den Anträgen der Antragstellerin im Feststellungsantrag vom 28.05.2024, wird betreffend den Vorwürfen, dass die Vergabe der Lieferung und Montage einer Photovoltaikanlage für 1. Dach der Volksschule Z und 2. Dach der Mittelschule Y, wegen Verstößen gegen die Bestimmungen des BVergG 2018 rechtswidrig war, insofern Folge gegeben als festgestellt wird, dass der Zuschlag im Vergabeverfahren zur Installation der PV-Anlage auf der Mittelschule Y und die Installation der PV-Anlage auf der Volksschule Z in Form einer jeweiligen Direktvergabe wegen jeweils eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2018 rechtswidrig war.
2. Die Anträge der Antragstellerin, „die Liefer-Leistungsverträge mit der Firma EE als nichtig aufzuheben“, werden jeweils als unzulässig zurückgewiesen.
3. Der Antrag der Auftraggeberin auf Feststellung, dass die Antragstellerin in gegenständlichem Vergabeverfahren auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen des BVergG 2018 keine reelle Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, wird als unbegründet abgewiesen.
4. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin die von dieser entrichtete Pauschalgebühr für die Feststellungsanträge in der Höhe von gesamt Euro 600,00 binnen 14 Tagen zuhanden des ausgewiesenen Rechtsvertreters der Antragstellerin, zu bezahlen.
5. Die Auftraggeberin ist verpflichtet jeweils eine Geldbuße in der Höhe von jeweils Euro 5.000,00, zu bezahlen. Diese Beträge sind der Tiroler Zukunftsstiftung binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnis zu bezahlen, da im Sinne des § 21 Abs 9 Z 2 TVNG 2018 eine Rechtswidrigkeit festgestellt worden ist.
6. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VGnicht zulässig.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

##### I. Verfahrensgang:

Mit Schriftsätze, jeweils vom 28.05.2024, am 28.05.2024 jeweils um 14.57 Uhr, jeweils beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt, hat die Antragstellerin, einen Feststellungsantrag betreffend die Durchführung einer Direktvergabe der Installation einer PV-Anlage auf dem Dach der Mittelschule Y und betreffend der Durchführung einer Direktvergabe der Installation auf dem Dach der Volksschule Z, durch die BB eingebbracht.

Im Einzelnen wird in diesen gleichlautenden Schriftsätzen vom 28.05.2024 ausgeführt wie folgt:

„In der außen bezeichneten Rechtssache gibt die Antragstellerin vorerst bekannt, dass sie mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Herrn CC, Rechtsanwalt mit dem Kanzleisitz in \*\*\*\* V, Adresse 2, beauftragt hat, welcher sich gemäß§ 8 RAO, 10 Abs. 3 AVG auf die erteilte Vollmacht beruft.“ „In der außen bezeichneten Rechtssache gibt die Antragstellerin vorerst bekannt, dass sie mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Herrn CC, Rechtsanwalt mit dem Kanzleisitz in \*\*\*\* römisch fünf, Adresse 2, beauftragt hat, welcher sich gemäß Paragraphen 8, RAO, 10 Absatz 3, AVG auf die erteilte Vollmacht beruft.“

In offener Frist stellt die Antragstellerin durch ihren bevollmächtigten Vertreter den

## ANTRAG

auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens gem. § 18 ff. TVNG 2018 und führt hierzu aus wie folgt: auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens gem. Paragraph 18, ff. TVNG 2018 und führt hierzu aus wie folgt:

A) Bezeichnung der Auftraggeberin:

Die Auftraggeberin der betroffenen Vergabe ist die BB mit der Adresse \*\*\*\*X, Adresse 3, Bauamt, und hat folgende elektronische Adresse: \*\*. Welche Verfahrensart jeweils sich die Auftraggeberin für das/die nachfolgend dargestellte(n) Vergabeverfahren effektiv vorgestellt hat, ist nicht ganz klar, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Die Auftraggeberin der betroffenen Vergabe ist die BB mit der Adresse \*\*\*\* römisch zehn, Adresse 3, Bauamt, und hat folgende elektronische Adresse: \*\*. Welche Verfahrensart jeweils sich die Auftraggeberin für das/die nachfolgend dargestellte(n) Vergabeverfahren effektiv vorgestellt hat, ist nicht ganz klar, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 23.2.2024 – per E-Mail – nämlich einerseits mit E-Mail um 8:29 Uhr ein – aus Sicht der Antragstellerin – Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich im Hinblick auf den Abschluss eines Werkvertrages, nämlich der Installation einer Photovoltaikanlage auf dem Dach der Mittelschule Y, Adresse 5, \*\*\*\* X unter Beischluss einer – stark verkürzten – „Ausschreibung“ vom 8.2.2024 sowie mit weiterem E-Mail vom 23.2.2024, 8:31 Uhr ein Verhandlungsverfahren ohne vorhergehende Bekanntmachung im Unterschwellenbereich im Hinblick auf den Abschluss eines Werkvertrages über die Installation einer Photovoltaikanlage auf dem Dach der Volksschule X, Adresse 3, \*\*\*\* X, eingeleitet. In beiden vorgenannten Mitteilungen der BB vom 23.2.2024, 8:29 Uhr und 8:31 Uhr wird ausgeführt, Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 23.2.2024 – per E-Mail – nämlich einerseits mit E-Mail um 8:29 Uhr ein – aus Sicht der Antragstellerin – Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich im Hinblick auf den Abschluss eines Werkvertrages, nämlich der Installation einer Photovoltaikanlage auf dem Dach der Mittelschule Y, Adresse 5, \*\*\*\* römisch zehn unter Beischluss einer – stark verkürzten – „Ausschreibung“ vom 8.2.2024 sowie mit weiterem E-Mail vom 23.2.2024, 8:31 Uhr ein Verhandlungsverfahren ohne vorhergehende Bekanntmachung im Unterschwellenbereich im Hinblick auf den Abschluss eines Werkvertrages über die Installation einer Photovoltaikanlage auf dem Dach der Volksschule römisch zehn, Adresse 3, \*\*\*\* römisch zehn, eingeleitet. In beiden vorgenannten Mitteilungen der BB vom 23.2.2024, 8:29 Uhr und 8:31 Uhr wird ausgeführt,

...wir müssen drei Angebote einholen und werden im Anschluss jeden Anbieter für Vergabegespräche einladen. Bitte um Übermittlung des Angebotes bis Mitte März 2024 – bei Rückfragen bitte einfach melden. Vielen Dank im Voraus....

Die Antragstellerin hat sich an beiden „Ausschreibungen“ beteiligt und am 7.3.2024 zu Angebotsnummer \*\*\* betreffend das Projekt Volksschule X, Adresse 3, \*\*\*\* X, die Lieferung und Installation einer Premium-PV-Anlage 120 MWh zum Preis von netto € 104.519,66 sowie zur Angebotsnummer \*\*\* am 8.3.2024 die Lieferung und Installation einer Premium-PV-Anlage 140 MWh zum Preis von netto € 113.166,33 für das Projekt Mittelschule Adresse 5, \*\*\*\* X angeboten. Ein Vergabegespräch mit der Antragstellerin hat entgegen der Ankündigung der Auftraggeberin in ihren vorbezeichneten Mails vom 23.2.2024, 8:29 Uhr und 8:31, nicht stattgefunden. Die Antragstellerin hat sich an beiden „Ausschreibungen“ beteiligt und am 7.3.2024 zu Angebotsnummer \*\*\* betreffend das Projekt Volksschule römisch zehn, Adresse 3, \*\*\*\* römisch zehn, die Lieferung und Installation einer Premium-PV-Anlage 120 MWh zum Preis von netto € 104.519,66 sowie zur Angebotsnummer \*\*\* am 8.3.2024 die Lieferung und Installation einer Premium-PV-

Anlage 140 MWh zum Preis von netto € 113.166,33 für das Projekt Mittelschule Adresse 5, \*\*\*\* römisch zehn angeboten. Ein Vergabegespräch mit der Antragstellerin hat entgegen der Ankündigung der Auftraggeberin in ihren vorbezeichneten Mails vom 23.2.2024, 8:29 Uhr und 8:31, nicht stattgefunden

Die Aufträge für die Lieferung und Montage der PV-Anlage Dach Volksschule X wurden gemäß Mitteilung der Auftraggeberin vom 13.5.2024 im Wege einer Direktvergabe um netto € 137.215,43 (inklusive Blitzschutzarbeiten) und für die PV-Anlage Dach Mittelschule X um netto € 137.275,95 (inklusive Blitzschutzarbeiten) je an die Firma EE, Adresse 6, \*\*\*\* U, \*\*\* vergeben. Die Aufträge für die Lieferung und Montage der PV-Anlage Dach Volksschule römisch zehn wurden gemäß Mitteilung der Auftraggeberin vom 13.5.2024 im Wege einer Direktvergabe um netto € 137.215,43 (inklusive Blitzschutzarbeiten) und für die PV-Anlage Dach Mittelschule römisch zehn um netto € 137.275,95 (inklusive Blitzschutzarbeiten) je an die Firma EE, Adresse 6, \*\*\*\* U, \*\*\* vergeben.

Beweis: Ausschreibung der BB gemäß E-Mail

vom 23.2.2024, 8:29 Uhr betreffend Installation der PV-Anlage auf dem Dach der Mittelschule Y (Beilage ./A)

Ausschreibung der BB gemäß E-Mail vom 23.2.2024, 8:31 Uhr betreffend Lieferung und Installation der PV-Anlage auf dem Dach der Volksschule X (Beilage ./B) Ausschreibung der BB gemäß E-Mail vom 23.2.2024, 8:31 Uhr betreffend Lieferung und Installation der PV-Anlage auf dem Dach der Volksschule römisch zehn (Beilage ./B)

Angebot der Antragstellerin Nr. \*\*\* vom 7.3.2024 (betreffend Lieferung und Installation der PV-Premium-Anlage 120 MWh ob Volksschule X, Adresse 3, \*\*\*\* X (Beilage ./C) Angebot der Antragstellerin Nr. \*\*\* vom 7.3.2024 (betreffend Lieferung und Installation der PV-Premium-Anlage 120 MWh ob Volksschule römisch zehn, Adresse 3, \*\*\*\* römisch zehn (Beilage ./C)

Angebot der Antragstellerin Nr. \*\*\* vom 8.3.2024 (betreffend Lieferung und Installation der PV-Premium-Anlage 140 MWh betreffend Projekt Mittelschule Y, Pertisauer Straße2, \*\*\*\* X (Beilage ./D) Angebot der Antragstellerin Nr. \*\*\* vom 8.3.2024 (betreffend Lieferung und Installation der PV-Premium-Anlage 140 MWh betreffend Projekt Mittelschule Y, Pertisauer Straße2, \*\*\*\* römisch zehn (Beilage ./D)

Schreiben der BB per Mail vom

13.5.2024 (Beilage ./E)

PV für den FF, per Adresse der Antragstellerin namhaft gemacht wird

#### B) Zulässigkeit des Antrages:

##### 1. Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes:

Im gegenständlichen Fall handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Art. 14 Abs. 2 Ziff. 2 Bundes-Verfassungsgesetz (B.VG) in den Vollziehungsbereich des Landes Tirol fällt. Gemäß § 3 Abs. 3 TVNG 2018 wird nach Zuschlagserteilung die Feststellung der Gesetzeswidrigkeit im Rahmen der Vergabe von Aufträgen und vom Bau – und Dienstleistungskonzessionen durch das Land Tirol, die Gemeinden und die Gemeindeverbände in Tirol sowie durch die landesgesetzlich eingerichteten Selbstverwaltungskörperschaften, durch das hierfür zuständige Landesverwaltungsgericht vorgenommen. Im gegenständlichen Fall handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Artikel 14, Absatz 2, Ziff. 2 Bundes-Verfassungsgesetz (B.VG) in den Vollziehungsbereich des Landes Tirol fällt. Gemäß Paragraph 3, Absatz 3, TVNG 2018 wird nach Zuschlagserteilung die Feststellung der Gesetzeswidrigkeit im Rahmen der Vergabe von Aufträgen und vom Bau – und Dienstleistungskonzessionen durch das Land Tirol, die Gemeinden und die Gemeindeverbände in Tirol sowie durch die landesgesetzlich eingerichteten Selbstverwaltungskörperschaften, durch das hierfür zuständige Landesverwaltungsgericht vorgenommen.

## 2. Pauschalgebühr:

Die Auftraggeberin führte nach ihren Angaben ein Direktvergabeverfahren zur Vergabe eines Bauauftrages aus. Der entsprechende Pauschalgebührenersatz beläuft sich gemäß § 1 Abs. 1 Tiroler Vergabegebührenverordnung auf € 324,-- . Der angeführte Betrag ist bereits entrichtet worden und der betreffende Einzahlungsbeleg liegt diesem Schriftsatz bei. Die Auftraggeberin führte nach ihren Angaben ein Direktvergabeverfahren zur Vergabe eines Bauauftrages aus. Der entsprechende Pauschalgebührenersatz beläuft sich gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Tiroler Vergabegebührenverordnung auf € 324,-- . Der angeführte Betrag ist bereits entrichtet worden und der betreffende Einzahlungsbeleg liegt diesem Schriftsatz bei.

Beweis: Einzahlungsnachweis für die Pauschalgebühr Beilage ./F

Schreiben der BB vom 13.5.2024 PV

## 3. Frist bzw. Rechtzeitigkeit des Antrages:

Gemäß § 19 (2) TVNG 2018 sind Feststellungsanträge binnen einer Frist von 6 Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw. Widerruf Kenntnis erlangt hat bzw. erlangen hätte können. Dies ist gegenständlich frühestens mit dem Schreiben der Auftraggeberin vom 28.4.2024 (Volksschule) bzw. 6.5.2024 (Mittelschule) der Fall. Der gegenständliche Antrag ist daher rechtzeitig. Gemäß Paragraph 19, (2) TVNG 2018 sind Feststellungsanträge binnen einer Frist von 6 Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw. Widerruf Kenntnis erlangt hat bzw. erlangen hätte können. Dies ist gegenständlich frühestens mit dem Schreiben der Auftraggeberin vom 28.4.2024 (Volksschule) bzw. 6.5.2024 (Mittelschule) der Fall. Der gegenständliche Antrag ist daher rechtzeitig.

Beweis: Schreiben der BB vom 29.4.2024 Beilage ./G

Schreiben der BB vom 6.5.2024 Beilage ./H

PV

## 4. Angaben über das Interesse und einem drohenden Schaden:

Gemäß § 18 Abs. 1 TVNG 2018 kann der Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2018 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass Gemäß Paragraph 18, Absatz eins, TVNG 2018 kann der Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2018 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

- Ziff. 1 der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018, die zu diesem Gesetz erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder
- Ziff. 2 die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018, die zu diesem Gesetz erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war oder

- Ziff. 3 die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen des Verstoßes gegen das BVergG 2018 die zu diesem Gesetz erlassenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Aus Sicht des Antragstellers liegen alle 3 der vorgenannten Voraussetzungen im gegenständlichen Fall vor und wird demgemäß dieser Antrag auf alle 3 angeführten Fallkonstellationen gestützt.

Das Interesse der Antragstellerin als Unternehmen im Ausschreibungsbereich Photovoltaik-Energiemanagement ergibt sich daraus, dass die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen zu ihrem Kerngeschäftsfeld gehört und hier durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

Dies betrifft einerseits den potenziellen Gewinnentgang und andererseits das Nichterwirken von wichtigen kommunalen Referenzen, wie sie mit dem gegenständlichen Projekt verbunden sind.

Nach diesbezüglicher einschlägiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (Ra 2009/04/0128 u.a.) ist ein der Antragstellerin drohender Schaden im Sinne des § 342 Abs. 31 Ziff. 2 BVergG aber bereits dann schon gegeben, wenn die Möglichkeit der Antragstellerin, den Auftrag zu erlangen durch die behauptete Rechtsverletzung beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis einem drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird im Nachprüfungsverfahren bereits dann entsprochen, wenn die diesbezügliche Behauptung plausibel ist. Nach diesbezüglicher einschlägiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (Ra 2009/04/0128 u.a.) ist ein der Antragstellerin drohender Schaden im Sinne des Paragraph 342, Absatz 31, Ziff. 2 BVergG aber bereits dann schon gegeben, wenn die Möglichkeit der Antragstellerin, den Auftrag zu erlangen durch die behauptete Rechtsverletzung beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis einem drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird im Nachprüfungsverfahren bereits dann entsprochen, wenn die diesbezügliche Behauptung plausibel ist.

Darüber hinaus sind der Antragstellerin aufgrund ihrer bisherigen Anstrengungen zur Wahrung ihrer Rechtsposition weitere Kosten (Kosten für die Rechtsverfolgung und sonstige mit der Verfahrensteilnahme verbundene Kosten) sowie die für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren als Schaden entstanden.

##### 5. Beschwerdepunkte und Bezeichnung der verletzten Rechte:

Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere ist die Antragstellerin verletzt in ihrem Recht auf

- Gleichbehandlung aller Bieter unter Nichtdiskriminierung
- Einhaltung des fairen Wettbewerbs
- eine sachliche Angebotsprüfung und Anwendung der Zuschlagskriterien
- Transparenz im Vergabeverfahren
- begründete Zuschlagserteilung sowie
- Durchführung eines Vergabeverfahrens im Einklang mit den vergabe-rechtlichen Regelungen.

##### 6. Sachverhalt:

Vorerst verweist die Antragstellerin auf die grundsätzlichen Ausführungen zu Punkt A) dieses Feststellungsantrags.

Die Auftraggeberin hat ausweislich der Beilagen ./A und ./B Vergabeverfahren im Hinblick auf den Abschluss von Werkverträgen für die Erbringung von Liefer-Installationsleistungen konkret die Erstellung von Photovoltaikanlagen auf dem Dach der Volksschule X, Adresse 3, \*\*\*\* X (Beilage ./B) sowie dem Dach der Mittelschule Adresse 5, \*\*\*\*X (Beilage ./A) angekündigt bzw. eingeleitet. Beiden „Anfragen“ der Auftraggeberin lagen Planunterlagen mit näheren Beschreibungen zu Grunde. Die Auftraggeberin hat ausweislich der Beilagen ./A und ./B Vergabeverfahren im Hinblick auf den Abschluss von Werkverträgen für die Erbringung von Liefer-Installationsleistungen konkret die Erstellung von Photovoltaikanlagen auf dem Dach der Volksschule römisch zehn, Adresse 3, \*\*\*\* römisch zehn (Beilage ./B) sowie dem Dach der Mittelschule Adresse 5, \*\*\*\* römisch zehn (Beilage ./A) angekündigt bzw. eingeleitet. Beiden „Anfragen“ der Auftraggeberin lagen Planunterlagen mit näheren Beschreibungen zu Grunde.

Weitere (zeitliche) Kriterien oder solche besonderer technischer Art und/oder besondere Zuschlagkriterien und deren Gewichtung wurden nicht vorgegeben.

Demgemäß hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 8.3.2024, 11:12 Uhr bei der Auftraggeberin nachgefragt, wann der Abgabetermin sei, wann die Angebotseröffnung und Vergabe erfolge und ob die Übermittlung per EMail oder im verschlossenen Kuvert erfolgen soll.

Diese Anfrage der Antragstellerin hat die Auftraggeberin mit E-Mail vom 8.3.2024, 12:06 Uhr dahingehend beantwortet, dass der Abgabetermin mit 22.3.2024 bestimmt ist, nach der Angebotsprüfung im Anschluss die Vergabegespräche erfolgen und die Übermittlung des Angebotes, wenn möglich per E-Mail erfolgen soll. Demgemäß hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 8.3.2024 ihre beiden Angebote, nämlich

- ? Angebot Nr. \*\*\* vom 7.3.2024 betreffend Lieferung und Montage einer Premium PV-Anlage 120 MWh (Projekt Volksschule) sowie
- ? Angebot Nr. \*\*\* vom 8.3.2024 über die Lieferung und Montage einer Premium PV-Anlage 140 MWh (Projekt Mittelschule)

abgegeben.

Beweis: Mail der Antragstellerin vom 8.3.2024, 11:12 Uhr, Beilage ./I Antwortmail der Auftraggeberin vom 8.3.2024, 12:06 Uhr, Beilage ./J

Mit E-Mail der Auftraggeberin vom 29.4.2024, 15:54 Uhr, (Beilage ./K) übermittelte die Auftraggeberin ein Schreiben der Auftraggeberin vom 29.4.2024, wonach der Antragstellerin mitgeteilt wurde,

Betreff: BB PV-Anlage Dach Volksschule

X römisch zehn

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Abgabe Ihres Angebotes mit der Nummer \*\*\* vom 7.3.2024 einer neuen PV-Anlage auf dem Dach der Volksschule X. wir bedanken uns für die Abgabe Ihres Angebotes mit der Nummer \*\*\* vom 7.3.2024 einer neuen PV-Anlage auf dem Dach der Volksschule römisch zehn.

Nach Prüfung und Bewertung der eingereichten Angebote geben wir bekannt, dass sich die BB für eine andere Variante entschieden hat.

Wir bedauern, Ihnen keine bessere Nachricht übermitteln zu können.

Mit freundlichen Grüßen

für die Gemeinde Z BM GG (samt Siegel)

Ein inhaltlich gleichlautendes Mail wurde der Antragstellerin dann mit Mail der Auftraggeberin vom 6.5.2024, 8:50 Uhr, (Beilage ./L) welcher ein inhaltlich gleichlautendes Schreiben des Bürgermeisters der BB vom 6.5.2024 angeschlossen war, für das Angebot Nr. \*\*\* vom 8.3.2024 betreffend die neue PV-Anlage auf dem Dach der Mittelschule Y bekanntgegeben.

Mit diesem Mail teilt die BB ebenfalls mit, sich für eine andere Variante entschieden zu haben.

Die vorzitierten beiden Schreiben der Auftraggeberin vom 29.4. und 6.5.2024 entsprechen nicht den Mindestvorgaben gemäß § 143 Abs. 1 BVergG. Die vorzitierten beiden Schreiben der Auftraggeberin vom 29.4. und 6.5.2024 entsprechen nicht den Mindestvorgaben gemäß Paragraph 143, Absatz eins, BVergG.

Demgemäß hat die Antragstellerin die Auftraggeberin mit Mail vom 8.5.2024, 18:26 Uhr, (Beilage ./M) aufgefordert, im Sinne der gesetzlichen Vorgaben den im Vergabeverfahren üblichen Vorgang einzuhalten, nämlich den verbliebenen BieterInnen mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll oder bereits erteilt wurde, das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, den Gesamtpreis sowie die Merkmale der Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben.

Dieser Aufforderung ist die Auftraggeberin mit Mail vom 13.5.2024 nachgekommen und hat die Zuschlagserteilung/Auftragsvergabe als Direktvergabe für beide Aufträge an die Firma EE sowie die beiden Nettoauftragssummen mit € 137.215,43 (Volksschule) und € 137.275,93 (Mittelschule) jeweils inklusive Blitzschutzarbeiten bekanntgegeben. Weiter wurde in diesem Mail vom 13.5.2024 mitgeteilt, dass beide Anlagen ohne Leistungsoptimierer (wie in der Angebotsanfrage durchgeführt) umzusetzen seien und daher sich die Auftraggeberin gegen die Angebote der Antragstellerin entschieden habe.

Diese technische Lösung hat aber nicht die Qualität der Angebote der Antragstellerin. Die Auftraggeberin hat sohin einer technisch minderwertigeren Lösung zu einem deutlich höheren Preis in Gegenüberstellung zu den technisch höherwertigen und billigeren Angeboten der Antragstellerin den Vorzug gegeben.

Auch enthalten die Ausschreibungen vom 23.2.2024 (Beilage ./A und Beilage ./B) bereits die Hinweise / Auflagen, dass die Photovoltaikanlagen in den Blitzschutz miteinzubinden bzw. in das Angebote einzukalkulieren seien. Dies wurde seitens der Antragstellerin auch so in ihren Angeboten (Beilage ./C und Beilage ./D) umgesetzt, dies in Entsprechung

normativer Vorgaben. Welche „Blitzschutzarbeiten“, die im Schreiben der Auftraggeberin (Beilage ./N) explizit als offenkundiges weiteres Zuschlagskriterium an die Firma EE gemeint sind (nämlich über die in der Ausschreibung Beilage ./A und Beilage ./B hinausgehend), ist der Antragstellerin nicht bekannt und wurde ihr gegenüber auch seitens der Auftraggeberin nie kommuniziert.

Mit diesem Schreiben vom 13.5.2024 erklärt die Auftraggeberin auch erstmals, dass die gegenständliche Vergabe als Verfahren für eine Direktvergabe durchgeführt wurde. Eine solche Information wurde zuvor weder schriftlich noch mündlich mitgeteilt. Mit der ursprünglichen Ausschreibung laut Schreiben der Auftraggeberin vom 23.2.2024, 8:29 Uhr wird jedenfalls eine Einholung von zumindest 3 Angeboten mit nachfolgenden Vergabegesprächen mit den einzelnen Anbietern bekanntgegeben, was nun auf die Vergabeverfahrensart „Verhandlungsverfahren“ ohne vorherige Bekanntmachung hindeuten würde.

Bei inhaltlich rechtsrichtiger Beurteilung und Anwendung der gesetzlichen Vorgaben nach dem BVergG 2018 hätte daher die Antragstellerin den Zuschlag erhalten müssen.

Beweis: Mail der Auftraggeberin vom 29.4.2024, Beilage ./K

Mail der Auftraggeberin vom 6.5.2024, Beilage ./L

Mail der Antragstellerin vom 8.5.2024, Beilage ./M 15. Protokoll vom 24.4.2024, Beilage ./N wie vor

#### C) Allgemein verfahrensrechtliche Angaben:

##### 1. Gegenstand des Verfahrens und Anträge:

Gegenstand dieses Feststellungsantrages ist sohin das Vergabeverfahren betreffend die Lieferung und Montage zweier Photovoltaikanlagen, nämlich einerseits auf dem Dach der Volksschule X, Adresse 3, \*\*\*\* X und andererseits auf dem Dach der Mittelschule Y, Adresse 5, \*\*\*\* X, der politischen BB als Auftraggeber. Gegenstand dieses Feststellungsantrages ist sohin das Vergabeverfahren betreffend die Lieferung und Montage zweier Photovoltaikanlagen, nämlich einerseits auf dem Dach der Volksschule römisch zehn, Adresse 3, \*\*\*\* römisch zehn und andererseits auf dem Dach der Mittelschule Y, Adresse 5, \*\*\*\* römisch zehn, der politischen BB als Auftraggeber.

Die politische BB hat in diesem Verfahren im Hinblick auf die Planung des gegenständlichen Vorganges kein vorab eindeutig identifizierbares Vergabeverfahren durchgeführt (Verhandlungsverfahren ohne vorhergehende Bekanntmachung und/oder Direktvergabeverfahren?), letztlich wurde an die Firma EE laut dem Mail der Auftraggeberin vom 13.5.2024 in der behaupteten Verfahrensart – Direktvergabe – der Auftrag für die Lieferung und Monate beider PV-Anlagen auf den Dächern der Volksschule X und Mittelschule Y vergeben und zwar zu folgenden Nettopreisen, jeweils inklusive (nicht näher definierten) Blitzschutzarbeiten: Die politische BB hat in diesem Verfahren im Hinblick auf die Planung des gegenständlichen Vorganges kein vorab eindeutig identifizierbares Vergabeverfahren durchgeführt (Verhandlungsverfahren ohne vorhergehende Bekanntmachung und/oder Direktvergabeverfahren?), letztlich wurde an die Firma EE laut dem Mail der Auftraggeberin vom 13.5.2024 in der behaupteten Verfahrensart – Direktvergabe – der Auftrag für die Lieferung und Monate beider PV-Anlagen auf den Dächern der Volksschule römisch zehn und Mittelschule Y vergeben und zwar zu folgenden Nettopreisen, jeweils inklusive (nicht näher definierten) Blitzschutzarbeiten:

PV-Anlage Volkschule X PV-Anlage Volkschule römisch zehn

€

137.215,43

PV-Anlage Mittelschule X PV-Anlage Mittelschule römisch zehn

€

137.275,95

Unbestritten ist, dass die Ortsgemeinde BB sowohl den Bestimmungen des BVergG 2018 als auch den Bestimmungen des TVNG 2018 und den darin normierten gesetzlichen Regelungen unterliegt.

Die Voraussetzungen für die von der Auftraggeberin mit Mail vom 13.5.2024 zugestandene Direktvergabe liegen gegenständlich nicht vor, wozu untenstehend noch näher ausgeführt werden wird.

Demgemäß geht die Antragstellerin bereits davon aus, dass die nach Mitteilung der Auftraggeberin gemäß Mail vom 13.5.2024 bereits erfolgte Auftragsvergabe an die Firma EE nicht zulässig ist bzw. nicht zulässig war, der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des BVergG eröffnet und eine Vergabe der gegenständlichen Leistungen lediglich in einem (anderen) Verfahren nach dem BVergG 2018 zulässig ist.

Darüber hinaus wurde die Antragstellerin neben den zu Punkt B Ziff. 5 dargestellten Beschwerdepunkten und Rechteverletzungen auch noch in folgenden Rechten verletzt:

- auf Unterlassung einer Direktvergabe
- auf Durchführung einer dem Gesetz entsprechenden Beschaffung
- auf Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen des BVergG und Wahl eines dem Gesetz entsprechenden Vergabeverfahrens
- auf Einhaltung der Bestimmung des § 19 BVergG
- auf Auftrags- und Zuschlagserteilung

Ein Nachprüfungsantrag ist deshalb nicht möglich, da eine Bekanntmachung der Wahl der Direktvergabe für den bereits vergebenen Bauauftrag nicht möglich ist und eine andere Entscheidung nicht in einem Nachprüfungsantrag angefochten werden kann.

## 2. weitere Rechtsausführungen:

Nach der aktuell geltenden Schwellenwerteverordnung 2024 gilt bei Direktvergaben ohne vorhergehende Bekanntmachung ein Schwellenwert zur Auftragsvergabe von netto € 100.000,--.

Ist dieser überschritten, ist die Vergabe in einem (anderen) Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2018 vorzunehmen.

Entscheidet sich – wie nunmehr seitens der Auftraggeberin behauptet – diese für ein Direktvergabeverfahren, so wären bei gesetzeskonformer Vorgehensweise nachstehende weitere Grundlagen zu beachten gewesen, diese wurden aber offenkundig im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht berücksichtigt:

Dazu zählt bzw. gilt insbesondere das Gebot der vorab durchzuführenden sachverständigen Schätzung gemäß § 13 BVergG 2018. Dazu zählt bzw. gilt insbesondere das Gebot der vorab durchzuführenden sachverständigen Schätzung gemäß Paragraph 13, BVergG 2018.

Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist hierbei der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

... Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistungen ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Leitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber.... Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen (§ 13 Abs. 1, 3 und 4 BVergG 2018). ... Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistungen ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Leitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber.... Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen (Paragraph 13, Absatz eins,, 3 und 4 BVergG 2018).

Im 15. Protokoll des Ausschusses für Umwelt, Verkehr und Mobilität (E 5) vom 24.4.2024 der Auftraggeberin (Beilage ./N) ist zu Punkt 2 der Tagesordnung vermerkt:

PV-Anlagen Volksschule und Mittelschule (GG)

Die detaillierte Beschreibung dieses Tagesordnungspunktes 2 zeigt folgende Anmerkungen:

PV-Anlagen Volkschule und Mittelschule (GG)

Diskussion über die 300 Module mit Leistungsoptimierer (€ 50,-- – € 60,-- pro Stück), 2 x 130 kWp bei beiden Anlagen geplant, Mittelschule mit 3 Wechselrichter. Angebote EE, KK, LL. \*\*\*-Mittel wurden genehmigt. Angebotspreise unter Budget.

Im Hinblick auf die vordargestellte Verpflichtung eines Auftraggebers im öffentlichen Bereich gemäß § 13 BVergG 2018 den geschätzten Auftragswert der auszuschreibenden Leistungen ohne Umsatzsteuer vor Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln, hat die Antragstellerin offenkundig – mangels bisheriger Einsicht in die hierauf Bezug habenden Unterlagen, kann dies seitens der Antragstellerin allerdings nur angenommen werden – eine Schätzung der voraussichtlich anfallenden Kosten vorgenommen, da der Letztermerk „Angebotspreise unter Budget“ zum zweiten Tagesordnungspunkt in der Sitzung des Ausschusses für Umwelt, Verkehr und Mobilität vom 24.4.2024 den Schluss zulässt, dass hier ein Budget erstellt wurde und die Angebotspreise unter diesem Budget liegen. Im Hinblick auf die vordargestellte Verpflichtung eines Auftraggebers im öffentlichen Bereich gemäß Paragraph 13, BVergG 2018 den geschätzten Auftragswert der auszuschreibenden Leistungen ohne Umsatzsteuer vor Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln, hat die Antragstellerin offenkundig – mangels bisheriger Einsicht in die hierauf Bezug habenden Unterlagen, kann dies seitens der Antragstellerin allerdings nur angenommen werden – eine Schätzung der voraussichtlich anfallenden Kosten vorgenommen, da der Letztermerk „Angebotspreise unter Budget“ zum zweiten Tagesordnungspunkt in der Sitzung des Ausschusses für Umwelt, Verkehr und Mobilität vom 24.4.2024 den Schluss zulässt, dass hier ein Budget erstellt wurde und die Angebotspreise unter diesem Budget liegen.

Eine Budgeterstellung macht aber nur Sinn, wenn das letztlich zu bezahlende Auftragsvolumen zuvor ermittelt wurde.

Da nun aber die von der Auftraggeberin mit Mail vom 13.5.2024 zu Punkt 1 und 2 mitgeteilten im Wege der Direktvergabe erfolgten Auftragsvergaben an die Firma EE deutlich über dem Schwellenwert für Direktvergaben liegende Angebotspreise / Zuschlagspreise ausweisen, nämlich für die PV-Anlage Dach der Volkschule X in Höhe von netto € 137.215,34 und für das Dach der Mittelschule Y in Höhe von nett € 137.275,95 ergibt sich zwangsläufig, dass die Auftraggeberin bewusst die Rechts- und Gesetzwidrigkeit ihres gewählten Vergabeverfahrens in Kauf genommen hat, da ja schon mit der Budgeterstellung, welcher naturgemäß eine Schätzung im Sinne des § 13 BVergG 2018 zu Grunde liegen müsste, völlig klar war, dass der einzuhaltende Schwellenwert bei Direktvergaben von netto € 100.000,-- hier nicht eingehalten werden kann. Da nun aber die von der Auftraggeberin mit Mail vom 13.5.2024 zu Punkt 1 und 2 mitgeteilten im Wege der Direktvergabe erfolgten Auftragsvergaben an die Firma EE deutlich über dem Schwellenwert für Direktvergaben liegende Angebotspreise / Zuschlagspreise ausweisen, nämlich für die PV-Anlage Dach der Volkschule römisch zehn in Höhe von netto € 137.215,34 und für das Dach der Mittelschule Y in Höhe von nett € 137.275,95 ergibt sich zwangsläufig, dass die Auftraggeberin bewusst die Rechts- und Gesetzwidrigkeit ihres gewählten Vergabeverfahrens in Kauf genommen hat, da ja schon mit der Budgeterstellung, welcher naturgemäß eine Schätzung im Sinne des Paragraph 13, BVergG 2018 zu Grunde liegen müsste, völlig klar war, dass der einzuhaltende Schwellenwert bei Direktvergaben von netto € 100.000,-- hier nicht eingehalten werden kann.

Demgemäß wäre die Auftraggeberin dazu verpflichtet gewesen, die Wahl der Direktvergabe als Vergabeart zu verwerfen und eine (andere) Vergabeform entsprechend den gesetzlichen Regelungen des BVerG 2018 einzuhalten.

Gemäß § 43 BVergG 2018 (Festhalten der Gründe für die Wahl bestimmter Vergabeverfahren) gilt, dass (1) die für die Durchführung eines nichtoffenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung oder eines geladenen Wettbewerbs maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten sind, (2) bei einer Direktvergabe sind, sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, der Gegenstand und Wert des Auftrages, der Name des Auftragnehmers sowie die Prüfung der Preisangemessenheit schriftlich festzuhalten, (3) bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung sind alle wesentlichen Festlegungen und Vorgänge im Vergabeverfahren schriftlich festzuhalten. Gemäß Paragraph 43, BVergG 2018 (Festhalten der Gründe für die Wahl bestimmter Vergabeverfahren) gilt, dass (1) die für die Durchführung eines nichtoffenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung oder eines geladenen Wettbewerbs maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten sind, (2) bei einer Direktvergabe sind, sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, der Gegenstand und Wert des Auftrages, der Name des Auftragnehmers sowie die Prüfung der Preisangemessenheit schriftlich festzuhalten, (3) bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung sind alle wesentlichen Festlegungen und Vorgänge im Vergabeverfahren schriftlich festzuhalten.

Schon daraus ergibt sich die Rechts- und Gesetzwidrigkeit dieser Vorgehensweise der Auf

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>