

Entscheidende Behörde

UVS Niederösterreich

Entscheidungsdatum

17.08.2011

Geschäftszahl

Senat-AB-11-0213

Spruch

Der Antrag des ***, Landesverband Niederösterreich, vertreten durch *** Rechtsanwälte, ***, ***, im Vergabeverfahren „Dienstleistungskonzession zur Erbringung von Rettungs- und Krankentransportleistungen sowie zum Betrieb eines Pflegeheimes in ****“ eine einstweilige Verfügung zu erlassen, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§ 8 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG) i.V.m. § 11 leg.cit.

§ 1 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBL. 7200/0 i. d. g. F.

Dem Antrag des ***, Landesverband Niederösterreich, vertreten durch *** Rechtsanwälte, ***, ***, auf Ersatz der Pauschalgebühr durch die öffentliche Auftraggeberin zu Händen des ausgewiesenen Vertreters der Antragstellerin wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlagen:

§ 19 Abs. 9 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LBGL. 7200/0 i.d.g.F.

Text

Im Vergabeverfahren „Dienstleistungskonzession zur Erbringung von Rettungs- und Krankentransportleistungen sowie zum Betrieb eines Pflegeheimes in ****“, einem nicht offenen Verfahren nach vorheriger EU-weiter Bekanntmachung (Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich), hat das ***, Landesverband Niederösterreich, ***, ***, vertreten durch *** Rechtsanwälte, ***,***, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter gleichzeitigem Begehren auf Kostenersatz im Sinne des § 19 Abs. 9 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz gestellt. Ein Antrag auf Nachprüfung und Nichtigklärung von Entscheidungen der Antragsgegnerin wurde nicht gleichzeitig gestellt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (§ 13 Abs. 2 Z 1 bis 6 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz) wurde von der Antragstellerin im Schriftsatz vom *** im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

„1. BEZEICHNUNG DES AUFTRAGGEBERS UND ÜBERBLICK ÜBER DAS VERGABEVERFAHREN

1 Die Stadt ***, vertreten durch den Magistrat der Stadt ***, vertreten durch die Kontaktperson RA *** führt ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession zur Erbringung von Rettungs- und Krankentransportdienstleistungen sowie zum Betrieb eines Pflegeheimes in *** durch. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens im Amtsblatt der europäischen Union erfolgte am ***.

2 Am ***erhielten wir von der Auftraggeberin die Teilnahmeunterlagen, bestehend aus den Erläuterungen zum Teilnahmeantrag sowie den Formblättern (Teilnahmeantrag, Patronatserklärung und Subunternehmererklärung.

Beweis / Bescheinigung: Vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt: Bekanntmachung Nummer ***,

3 Wir haben zum oben näher bezeichneten Vergabeverfahren am *** einen Antrag auf Schlichtung bei der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge eingebracht. Darin wird um Prüfung bzw Schlichtung hinsichtlich der uns am *** übermittelten Teilnahmeunterlagen (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnehmantrages; gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit bb BVergG) ersucht.

Beweis/Bescheinigung: Schlichtungsantrag samt Beilagen vom *** Beilage ./I; Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt: Teilnahmeunterlagen

4 In § 3 Abs 2 NÖVergNG wird der einstweilige Rechtsschutz im Schlichtungsverfahren auf das Verbot der Erteilung des Zuschlags, der Erklärung des Widerrufs und der Öffnung der Angebote beschränkt. Mit dieser Sperrwirkung wird jedoch unseren im Zusammenhang mit der Anfechtung der Teilnahmeunterlagen stehenden Rechtsschutzinteressen keine Rechnung getragen. Daher stellen wir zur Sicherung des Schlichtungsantrages den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird das Vorbringen des Schlichtungsantrags und der sonstigen als Beilage ./I vorgelegten Dokumente zum Vorbringen des gegenständlichen Antrages erhoben. Zum Beweis bzw zur Bescheinigung unseres Vorbringens verweisen wir auf die in der Beilage ./I gestellten Beweisanträge und Unterlagen.

2. SACHVERHALT, ANGEFOCHTENE ENTSCHEIDUNG, DROHENDER SCHADEN, RECHTSWIDRIGKEITEN

Das Vorbringen des beiliegenden Antrags auf Schlichtung (Beilage/I) zum Sachverhalt (Pkt 1), zur angefochtenen Entscheidung (Pkt 2), zu dem uns drohenden Schaden (Pkt 3) und zu den Rechtswidrigkeiten (Pkt 4) einschließlich der angebotenen Bescheinigungsmittel wird hiermit auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben.

Beweis/Bescheinigung: Schlichtungsantrag samt Beilagen vom *** Beilage./I

3. ZUR INTERESSENSABWÄGUNG

3.1 Interessen der Antragstellerin

6 Hält die Auftraggeberin ihr Vergabeverfahren aufrecht, so verletzt sie unser Recht auf Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und damit unsere Chance auf Abgabe eines erfolgreichen Teilnehmantrages und unsere Chance auf Zuschlagserteilung. Siehe dazu Punkt 3 des Antrags auf Schlichtung.

7 In diesem Fall entstünde uns auch ein erheblicher finanzieller Schaden. Siehe dazu ebenfalls Punkt 3 des Antrags auf Schlichtung.

8 In diesem Fall entstünde uns und vor allem unseren MitarbeiterInnen ein Schaden in Gestalt möglicher Kündigungen.

9 Schließlich droht uns ein Schaden in Gestalt des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes.

10 Unsere Interesse an der Untersagung der Fortsetzung des weiteren Vergabeverfahrens ergibt sich aus folgenden Gründen: Die (durch die Junktimierung der Rettungs- und Krankentransportdienste mit dem Betrieb des Pflegeheimes bewirkte) Bevorzugung von Bewerbern und Bietern durch die Auftraggeberin verletzt Grundprinzipien des Vergaberechts und verhindert einen fairen und transparenten Wettbewerb (vgl dazu Pkt 4.2.2 des Schlichtungsantrages). Da offenkundig ist, dass die budgetäre Bedeckung für das ausschreibungsgegenständliche Pflegeheim fehlt und die Bedingungen für die Finanzierung des Pflegeheims nicht eintreten werden, ist die gegenständliche Ausschreibung rechtswidrig und zwingend zu widerrufen; jeder weitere Verfahrensschritt des AG würde bei den Bewerbern einen weiteren frustrierten Aufwand erzeugen. Auch behindern bzw erschweren zahlreiche Bestimmungen der Teilnahmeunterlagen die Legung eines Teilnehmantrages bzw in weiterer Folge die Legung eines kalkulierbaren Angebotes (vgl dazu Pkt 4.2.1 und Pkt 4.2.3 bis 4.2.9 des Schlichtungsantrages).

11 Daher stellen wir zur Sicherung des Schlichtungsantrages den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird der Inhalt des Schlichtungsantrags zum integrierten Bestandteil des gegenständlichen Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben.

Beweis/Bescheinigung: wie Antrag auf Schlichtung.

12 Im Fall der Nichterlassung der einstweiligen Verfügung besteht die Gefahr, dass der AG das Vergabeverfahren aufgrund der rechtswidrigen Teilnahmeunterlagen fortführt, unseren Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt und aufgrund dieser rechtswidrigen Nicht-Berücksichtigung das Vergabeverfahren ohne unsere Beteiligung weiterführt oder (sofern wir zur Angebotslegung eingeladen werden) die Ausschreibung auf Basis unzureichender Ausschreibungsunterlagen, die keine vergleichbaren und kalkulierbaren Angebote erlauben (vgl insbesondere Pkt 4.2.6 des Schlichtungsantrages), weiterführt und die Angebote einholt. Würde in weiterer Folge in diesem rechtswidrigen Vergabeverfahren der Zuschlag erteilt, so würde der gemeinschaftsrechtlich gebotene effektive Rechtsschutz vollends konterkariert, da wir zum einen auf (gegenüber der Auftragserteilung lediglich zweitrangige) Schadenersatzansprüche beschränkt wären, die darüber hinaus auf den Vertrauensschaden beschränkt sind, da wir nicht beweisen könnten, dass wir im Falle eines vergabekonformen Verfahrens Bestbieter geworden wären. Doch auch dann, wenn lediglich die Zuschlagserteilung untersagt würde, wäre für uns nichts gewonnen, da diesfalls die Gefahr besteht, dass der AG das Vergabeverfahren mit den verbliebenen Bietern weiterführt und diese zur Angebotsabgabe auffordert, wodurch diese anderen Bieter jedenfalls einen zeitlichen Vorsprung bei der Angebotsbearbeitung erhielten, der angesichts des in jedem Vergabeverfahren vorgegebenen engen Zeitplans kaum einzuholen wäre.

3.2 Zu den Interessen des Auftraggebers und der Öffentlichkeit

13 Einer einstweiligen Aussetzung der angefochtenen Entscheidung steht kein besonderes Interesse des Antragsgegners oder der Öffentlichkeit entgegen - insbesondere werden die ausgeschriebenen Rettungs- und Krankentransportdienste derzeit von der Antragsstellerin betrieben; eine Vertragsbeendigung wäre erst mit Ende 2012 möglich, ein Kündigungsschreiben ist der Antragstellerin bislang nicht zugegangen.

14 Nach ständiger Rechtsprechung des BVA sowie auch der Höchstgerichte hat grundsätzlich jeder öffentliche Auftraggeber mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung zu rechnen. Dies ist von ihm von vornherein bei der Zeitplanung der Ausschreibung entsprechend zu berücksichtigen. Nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes ist auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse gelegen (vgl. VfGH 25.10.2002, B1369/01 ua.). Wenn diese Möglichkeiten vom Auftraggeber bei seiner Beschaffungsplanung nicht beachtet wurden, so kann es nicht zu Lasten des Antragstellers gehen.

4. ZULÄSSIGKEIT DES ANTRAGES

4.1 Zuständigkeit des UVS Niederösterreich

15 Auftraggeber ist die Stadt ***, vertreten durch den Magistrat der Stadt ***. Gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 a B-VG ist die Vollziehung in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände. Gemäß Art 14b Abs 3 B-VG ist die Vollziehung Landessache in Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG.

16 In Punkt 2.1 der Teilnahmeunterlagen wird mitgeteilt, dass die zuständige Nachprüfungsbehörde der UVS Niederösterreich mit der verpflichtenden Schlichtungsstelle beim Amt der niederösterreichischen Landesregierung ist. Wenngleich die gegenständliche Beschaffung vom AG als Dienstleistungskonzession bezeichnet wird, kann ein Dienstleistungsauftrag aus folgenden Gründen nicht ausgeschlossen werden:

17 Leistungsgegenstand ist die Erbringung von Rettungs- und Krankentransportdienstleistungen einerseits und der Betrieb eines noch zu errichtenden Pflegeheims andererseits. Dienstleistungskonzessionen unterscheiden sich insofern von Dienstleistungsaufträgen, als der Konzessionär das Entgelt nicht vom AG, sondern grundsätzlich von Dritten erhält. Zuzahlungen des AG schaden der Einstufung als Dienstleistungskonzession dann nicht, wenn der Konzessionär weiterhin ein Markt- bzw Auslastungsrisiko trägt.

18 Zwar ist in Pkt 1.2.1 Abs 2 der Teilnahmeunterlagen angeführt, dass die Erlöse jeweils vom Auftragnehmer direkt mit Dritten (zB Krankenkassa, Sozialhilfeträger [zB Land Niederösterreich], Patienten/Pfleglinge/Bewohner) abgerechnet werden und dass der AG keine Auslastungsgarantie/Erlösgarantie übernimmt. Allerdings tritt gemäß Pkt 1.1 Abs 2 und Pkt 1.2.6 der Teilnahmeunterlagen der Leistungsteil "Betrieb des Pflegeheims" jedenfalls erst dann in Kraft, wenn der AG über 50 Betten Tagsatzvereinbarungen mit Sozialhilfeträgern abgeschlossen hat. Damit ist aber de facto eine Zusage darüber dass 70% der Betten Vertragsbetten sind, Voraussetzung für den Betrieb des Pflegeheimes, wodurch sich das Betriebsrisiko des AN erheblich verringert. Dieses Risiko könnte sich weiters dadurch verringern, dass dem AN vom AG das

Pflegeheim samt Erstausrüstung beigestellt wird; wengleich dafür vom AN ein Entgelt an den AG zu zahlen ist, hat der AN in der zweiten Stufe der Ausschreibung anzubieten, welches Entgelt er an den AG zu zahlen bereit ist. Da die Bieter in der 2. Stufe somit auch anbieten können, ein (gegenüber den Gestehungskosten des AG) reduziertes Entgelt zu zahlen, kann auch der Fall eintreten dass keines oder eben nur ein geringfügiges Entgelt an den AG zu zahlen ist. Dies ergibt sich auch insbesondere aus der Festlegung in Pkt. 1.1 Abs. 2, wonach vom AN an den AG für die Beistellung von Pflegeheim und Ausstattung lediglich ein Kostenbeitrag zu zahlen ist. Dieser „Verzicht“ des AG auf ein Entgelt aus der Bereitstellung des Pflegeheimes an den Betreiber ist einer Zuzahlung zur Durchführung der Dienstleistung gleichzuhalten und bewirkt dadurch eine zusätzliche Verminderung des Risikos des Konzessionärs. Nach der herrschenden Rechtsprechung können Zuzahlungen des AG das Betriebsrisiko des Konzessionärs beseitigen, sodass keine Dienstleistungskonzession mehr vorliegt.

19 Wengleich der EuGH das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession großzügigen Maßstab ansetzt, liegt im konkreten Fall bislang keine Einschränkung hinsichtlich des „Entgeltverzichts“ (und damit der Zuzahlung) vor, sodass ein Dienstleistungsauftrag auf Basis der vorliegenden Informationen nicht ausgeschlossen werden kann. Eine Einstufung des Leistungsbestandteils „Pflegeheim“ als Dienstleistungsauftrag würde bewirken, dass auch die Gesamtbeschaffung nach dem strengeren klassischen Vergaberegime des BVergG durchzuführen ist: Ausnahmen vom BVergG bzw von den Vergaberichtlinien sind eng auszulegen, die Beweislast für das Vorliegen der Ausnahme liegt beim AG.¹ Im Gegensatz zum Sektorenbereich (vgl § 173 BVergG und Art 9 Abs 2 Sektorenrichtlinie, wonach „Mischvergaben“, die aus vergabefreien und vergabepflichtigen Leistungen bestehen, nach der Hauptgegenstandstheorie zu beurteilen sind) fehlt für den klassischen Bereich eine entsprechende Regelung, sodass die Gesamtausschreibung jedenfalls nach dem strengeren Regime zu erfolgen hat. Hinzu kommt, dass die beiden Leistungsteile "Rettungs- und Krankentransportdienste" einerseits und "Betrieb des Pflegeheims" andererseits keineswegs untrennbar miteinander verbunden, sondern im Gegenteil willkürlich junktiniert wurden.²

20 Von der Einstufung als Dienstleistungsauftrag geht offenbar der AG aus, da er in Punkt 2.1. (gesetzliche Grundlagen und gewähltes Verfahren) festlegt, dass das gegenständliche Vergabeverfahren im "Oberschwellenbereich gemäß den dafür geltenden Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006" erfolgt und dass die zuständige Nachprüfungsbehörde der UVS Niederösterreich mit der verpflichtenden Schlichtungsstelle beim Amt der niederösterreichischen Landesregierung ist, zumal dem durch einen ausgewiesenen Vergabeexperten vertretenen AG zweifellos bewusst ist, dass bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession nicht die Vergabekontrollbehörden, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig wären. Die Einstufung der gegenständlichen Beschaffung kann jedenfalls erst im Hauptverfahren geklärt werden.

I Fruhmann in SchrammlAicherlFruhmannlThienel (Hg). BVergG Kommentar § 10 Rz 13 und 14. I EuGI1 vom 06.05.2010 Rs C-145/08 und C-149/08 Club Hotel Lauraki Rz 55ff:

dort hatte der EuGH einen Mischvertrag zu beurteilen, der neben dem Verkauf eines 49%10 -Aktienanteils an einer Kasinogesellschaft auch Verpflichtungen zum Betrieb des Kasinos sowie zur Erbringung von Bauleistungen zum Ausbau und zur Aufwertung der betreffenden Räumlichkeiten und des angrenzenden Geländes umfasste. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass der Aktienverkauf den Hauptgegenstand bildet, weil die Einkünfte des Erwerbers als Aktionär eindeutig bedeutend höher waren als die Vergütung, die er als Bau- und Dienstleistungserbringer erhält. Darüber hinaus unterlagen die Einkünfte aus den Aktien keiner zeitlichen Begrenzung, während die Dienstleistung auf zehn Jahre befristet war. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass der Vertrag in seiner Gesamtheit nicht von den Vergaberichtlinien erfasst wird, weil der Aktienverkauf nicht unter die Vergaberichtlinien fällt und den (von den anderen Elementen untrennbaren) Hauptgegenstand darstellt.

4.2 Rechtzeitigkeit des Antrages

21 Nach § 13 Abs 3 NÖVergNG ist ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung – wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten gestellt wurde – nur zulässig, wenn er vor Ablauf der in § 11 NPVergNG festgelegten Frist eingebracht wird.

22 Nach § 11 Abs 2 Z 2 NÖVergNG sind Anträge auf Nachprüfung der Teilnahmeunterlagen binnen 7 Tagen vor Ablauf der Teilnahmefrist einzubringen. § 11 Abs 4 NÖVergNG normiert, dass die Zeit, in der ein Schlichtungsverfahren anhängig ist, in die Fristen gemäß Abs 1 bis 3 desselben Paragraphen nicht eingerechnet wird.

23 Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge endet am *** um 10.00 Uhr. Der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ist daher rechtzeitig.

24 Diesem Antrag ist ein Nachweis über die Vergebührung in Höhe von insgesamt €

1.600,-- als Beilage./II angeschlossen.

Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt; Einzahlungsbeleg Beilage ./II

5. ANTRÄGE

25 Aus all diesen Gründen stellen wir den Antrag auf Erlassung nachstehender einstweiliger Verfügung: Der Stadt *** wird im Vergabeverfahren „Dienstleistungskonzession zur Erbringung von Rettungs- und Krankentransportleistungen sowie zum Betrieb eines Pflegeheimes in Wiener Neustadt“ für die Dauer des gesamten Schlichtungs- und Nachprüfungsverfahrens im Sinne des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes bei sonstiger Exekution untersagt,

das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen;

falls der UVS NÖ diesem Antrag nicht stattgeben sollte, in eventum

im gegenständlichen Vergabeverfahren die Teilnahmeanträge zu öffnen;

falls der UVS NÖ diesem Antrag nicht stattgeben sollte, in eventum

im gegenständlichen Vergabeverfahren im Eignungsverfahren der ersten Stufe eine Auswahlentscheidung zu treffen,

falls der UVS NÖ diesem Antrag nicht stattgeben sollte, in eventum

im gegenständlichen Vergabeverfahren die Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern,

falls der UVS NÖ diesem Antrag nicht stattgeben sollte, in eventum

im gegenständlichen Vergabeverfahren eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und den Zuschlag über die ausgeschriebenen Leistungen zu erteilen,

sowie der Stadt x wird aufgetragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu bezahlen.

*** Landesverband Niederösterreich

Beilagen: Schlichtungsantrag samt Beilagen vom *** (Beilage./I)
Einzahlungsbeleg (Beilage ./II)“

Von der Antragstellerin wurde bei der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge der mit *** datierte Schlichtungsantrag gestellt, betreffend welchen eine Schlichtungsverhandlung mit Schlichtungsversuch durchgeführt werden soll.

Im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Punkt 2, RZ 5) wurde der nachstehende Inhalt dieses Schriftsatzes des Schlichtungsantrages auch zum Vorbringen für die einstweilige Verfügung erhoben:

„1. MAßGEBLICHER SACHVERHALT

1 Die Stadt ***, vertreten durch den Magistrat der Stadt ***, vertreten durch die Kontaktperson RA *** führt ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession zur Erbringung von Rettungs- und Krankentransportdienstleistungen sowie zum Betrieb eines Pflegeheimes in *** durch. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens im Amtsblatt der europäischen Union erfolgte am ***

2 Am *** erhielten wir von der Auftraggeberin die folgenden Unterlagen:

Erläuterungen zum Teilnahmeantrag (im Folgenden: „Teilnahmeunterlagen“) sowie die Formblätter Teilnahmeantrag (/1), Patronatserklärung (.12) und Subunternehmererklärung (/3).

Beweis / Bescheinigung: Bekanntmachung Nummer *** Beilage ./A; Teilnahmeunterlagen und Formblätter ./1 bis./3 Beilage ./B

3 Leistungsgegenstand ist gemäß Punkt 1.2.1. der Teilnahmeunterlagen eine Dienstleistungskonzession zu eigenverantwortlichen Rettungsdienstleistungen gemäß NÖ Rettungsdienstgesetz und zum eigenverantwortlichen Betrieb eines noch zu errichtenden Pflegeheims in ***.

4 Ende der Teilnahmefrist (Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen) ist der ***, 10.00 Uhr.

5 Wir sind ein gemeinnütziger Verein, zu dessen Tätigkeit unter anderem die Erbringung der hier mitausgeschriebenen Rettungs- und Krankentransportdienste gehört und betreiben aufgrund des Rettungs- und Krankentransportdienstvertrages vom *** derzeit den Rettungs- und Krankentransportdienst in ***, sodass wir ein Interesse um Zuschlag und an der Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen haben. Entgegen der Behauptung des AG in Pkt 1.1. Abs 1 der Teilnahmeunterlagen wurde der Vertrag nicht zum *** gekündigt: Eine Kündigung hat gemäß Pkt VIII des Vertrages schriftlich zum 31.12. jedes Jahres unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist zu erfolgen und ist daher derzeit frühestens zum *** möglich. bislang ist bei uns keine Kündigung des bestehenden Vertrages eingelangt.

Beweis I Bescheinigung: Rettungs- und Krankentransportdienstvertrag vom *** Beilage ./C; Eidesstattliche Erklärung von Herrn *** vom *** Beilage ./D; PV

6 Aus nicht nachvollziehbaren Gründen junktimiert die gegenständliche Ausschreibung die Rettungs- und Krankentransportdienste mit dem Betrieb eines Pflegeheims. Wir sind in der Lage, gemeinsam mit einem Partner die Gesamtleistung zu erbringen, allerdings bedeutet dies einen erheblichen Mehraufwand und benachteiligt uns in zahlreichen Punkten. Darüber hinaus verstößt die gegenständliche Ausschreibung in zahlreichen weiteren Punkten gegen die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes, insbesondere weil

- sie ohne Vorliegen der dafür notwendigen budgetären Bedeckung durchgeführt wird;
- sie im Widerspruch zum geltenden Rettungsdienstgesetz steht;
- die Bewerber im unklaren darüber lässt, welche Befugnisse sie mit den Teilnahmeanträgen nachweisen müssen;
- sie völlig absurde Vorgaben zum Schlüsselpersonal enthält;
- die in weiterer Folge einzuholenden Angebote nicht miteinander vergleichbar und nicht kalkulierbar sind;
- von den Bewerbern bzw deren Subunternehmern unzumutbaren Solidarhaftungserklärungen verlangt werden

2. ANGEFOCHTENE ENTSCHEIDUNG

7 Angefochten werden die uns am *** übermittelten Teilnahmeunterlagen samt Formblättern.

3. ANGABEN ÜBER DEN DROHENDEN SCHADEN

8 Gemäß § 5 Abs 1 NÖVergNG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

9 Wir sind seit Jahrzehnten im Bereich Rettungs- und Krankentransporte tätig, weshalb uns ein grundsätzliches Interesse um Vertragsabschluss schon deshalb nicht abzusprechen ist ¹ Unser Interesse an der Teilnahme ergibt sich auch daraus, dass wir die Teilnahmeunterlagen angefordert haben.

10 Wird das Vergabeverfahren nach den rechtswidrigen Teilnahmeunterlagen fortgeführt, so droht uns ein großer finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser besteht im Verlust einer Chance auf Aufgabe eines Angebotes in einem gesetzeskonformen, insbesondere mit dem NÖ Rettungsdienstgesetz und dem BVergG im Einklang stehenden Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen.

11 Weiters droht uns ein Schaden in Höhe der entgangen Abdeckung unserer Gemeinkosten. Dieser droht uns sowohl für den Fall, das wir aufgrund der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten von der Abgabe eines

¹BVA 3.3.2008. N/0012-BVA/07/2008-33.

Angebotes Abstand nehmen müssten, als auch in dem Fall, dass aufgrund der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten in rechtswidriger Weise eine andere Einrichtung bzw. ein anderes Unternehmen der Zuschlag erteilt wird. Dieser Schaden liegt jedenfalls im 6-stelligen Eurobereich. Können wir aufgrund der nachstehend aufgezeigten Rechtswidrigkeiten kein Angebot abgeben bzw. keinen Teilnahmeantrag abgeben bzw. ergeht die Zuschlagserteilung an ein anderes Unternehmen, würde uns zusätzlich ein Schaden in der Höhe der bisher aufgelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Teilnahmeunterlagen drohen. So waren für das Studium der umfangreichen Teilnahmeunterlagen eine Vielzahl an Stunden sowie mehrere Beratungsgespräche mit unseren Rechtsvertretern erforderlich, sodass bereits ein erheblicher Aufwand angefallen ist.

12 Weiters droht uns ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen würde für uns ein wichtiges Referenzprojekt darstellen. Ein zur Zufriedenheit des Auftraggebers durchgeführter Auftrag dieser Größenordnung würde daher eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen.

Beweis I Bescheinigung: Zeuge ***, p.A. des Antragstellers; PV

13 Weitere, ins Einzelne gehende „genaueste“ Darlegungen sind jedenfalls nicht erforderlich.²

4. RECHTSWIDRIGKEITEN

4.1 Bezeichnung des verletzten Rechtes

14 Wir erachten uns in unserem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen - insbesondere dem Bundesvergabegesetz und dem NÖ Rettungsdienstgesetz sowie dem NÖ Pflegeheimgesetz entsprechenden - Vergabeverfahrens verletzt. Dabei sind wir insbesondere in unserem Recht auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Teilnahmeantrags und in weiterer Folge Angebotes, und als Folge auch in unserem Recht auf Transparenz der Nachprüfbarkeit der Auswahlentscheidung und der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers verletzt. Aus all diesen Gründen bekämpfen wir die Teilnahmeunterlagen des Auftraggebers. Diese Entscheidung ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil wir die Abgabe eines Teilnahmeantrages und in weiterer Folge eines Angebotes beabsichtigen und die Auftragserteilung der hier ausgeschriebenen Leistung anstreben.

4.2 Gründe der Rechtswidrigkeiten

15 Die angefochtenen Teilnehmerunterlagen verstoßen eine Vielzahl von Bestimmungen des BVergG:

²VwGH 24.2.2006, 2004/IHI0127.

4.2.1 Mangelnde budgetäre Bedeckung

16 Wie der AG in Pkt 1.1. Abs 2 und Pkt 1.2.6 der Teilnahmeunterlagen festlegt, ist Voraussetzung für die Durchführung des Pflegebetriebs, dass vom AG Tagsatzvereinbarung(en) für 50 Betten mit den Sozialhilfeträgern abgeschlossen wurden.

17 Pensionisten- und Pflegeheime sind stationäre Dienste iSd § 47 Abs 2 Z 1 NÖ Sozialhilfegesetz 2000 („NÖ SHG“) und bedürfen einer Errichtungs- und einer Betriebsbewilligung (§§ 49 bis 51 NÖ SHG). Zum Abschluss von Tagsatzvereinbarungen sieht § 48 Abs 3 NÖ SHG vor, dass die regelmäßige Betrauung eines Trägers der freien Wohlfahrt oder einer anderen Trägerorganisation aufgrund der Sozialplanung des Landes zu erfolgen hat und den Abschluss schriftlicher Vereinbarungen iSd § 48 Abs 3 NÖ SHG voraussetzt. Der Ablauf des Abschlusses von Tagsatzvereinbarungen und Errichtungs- und Betriebsbewilligung stellt sich in der Praxis wie folgt dar: Der Abschluss von Tagsatzvereinbarungen unterliegt der Privatwirtschaftsverwaltung, die Erteilung der Bewilligungen erfolgt hoheitlich mittels Bescheid. Beabsichtigt ein Träger die Errichtung eines Pflegeheims, so hat er gemäß § 50 NÖ SHG eine Errichtungsbewilligung zu beantragen. Voraussetzung für die Erteilung der Errichtungsbewilligung ist u.a., dass „die zivilrechtlichen und finanziellen Grundlagen die Errichtung der Sozialhilfeeinrichtung zulassen“ (§ 50 Abs 1 Z 4 NÖ SHG), sodass bereits mit dem Antrag auf Errichtungsbewilligung die finanziellen Grundlagen darzustellen sind. Benötigt ein Träger zur finanziellen Darstellbarkeit den Abschluss von Tagsatzvereinbarungen („Vertragsbetten“) mit dem Land Niederösterreich, so besteht die Möglichkeit, noch vor Errichtung eine Absichtserklärung des Landes über den Abschluss der Tagsatzvereinbarung zu erhalten. Nach Errichtung und Erhalt der Betriebsbewilligung wird dann mit dem Land die Tagsatzvereinbarung abgeschlossen.

18 Wie uns jedoch Herr ***, Leiter der Gruppe Gesundheit & Soziales und Leiter der Abteilung Landeskrankenanstalten und Landesheime, Amt der NÖ Landesregierung, mitteilte, sind in Niederösterreich die Kontingente für Pflegebetten, für die es eine Tagsatzvereinbarung aus der Sozialhilfe gibt bis 2014/2015 vergeben. Damit fehlt jedoch - da für den AG der Abschluss von Tagsatzvereinbarungen Voraussetzung für den Betrieb des Pflegeheimes ist - die finanzielle Grundlage für die Ausschreibung.

Beweis I Bescheinigung: Eidesstattliche Erklärung von Herrn *** vom *** Beilage ./D; PV

19 Gemäß § 19 Abs 4 BVergG dürfen Vergabeverfahren nur dann durchgeführt werden, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Wie die Materialien zu § 19 Abs 4 BVergG belegen, ist es dem AG „insbesondere untersagt, Vergabeverfahren nur zu dem Zweck durchzuführen, sich durch das Verfahren Lösungsvorschläge zu beschaffen oder Preisvergleiche anzustellen (unverbindliche Markterkundung). Darüber hinaus hat der Auftraggeber für die tatsächliche Durchführung vorzusorgen, dazu gehört auch die Vorsorge für die technische und finanzielle Abwicklung; das heißt, dass zB ausreichende budgetäre und personelle Ressourcen für die gesamte Projektdurchführung zur Verfügung stehen müssen.“³(Hervorhebung nicht im Original).

20 Zweck dieser Bestimmung ist, den Missbrauch des Vergaberechts und eine damit verbundene Ausbeutung potentieller Bieter hintan zu halten, sodass die Durchführung eines Vergabeverfahrens nur dann zulässig ist, "wenn die ausschreibende Stelle auch rechtlich und wirtschaftlich in der Lage ist, den ausgeschriebenen Vertrag tatsächlich abzuschließen und durchzuführen. Dies setzt jedenfalls ausreichende personelle und finanzielle Ressourcen zur Abwicklung des Vergabeverfahrens, eine hinreichende budgetäre Bedeckung des Auftrags sowie die interne u externe Befugnis der vergebenden Stelle zum Abschluss des betreffenden Vertrags voraus."⁴ Für die Zulässigkeit der Ausschreibung muss daher zum subjektiven Wollenselement des AG die objektive Möglichkeit hinzutreten, das beabsichtigte Vergabeverfahren auch tatsächlich durchführen zu können.⁵

21 Der AG stürzt überhastet in eine Ausschreibung hinein, ohne grundlegende Finanzierungsvoraussetzungen vorab geklärt zu haben. Da offenkundig ist, dass die budgetäre Bedeckung für das gegenständliche Pflegeheim fehlt und die Bedingungen für die Finanzierung des Pflegeheims nicht eintreten werden, ist die gegenständliche Ausschreibung rechtswidrig und zwingend zu widerrufen; jeder weitere Verfahrensschritt des AG würde bei uns einen weiteren frustrierten Aufwand erzeugen. Wir haben nur die Wahl, uns entweder an der ohne „finanzielles Fundament“ erfolgenden Ausschreibung zu beteiligen und dadurch erheblichen frustrierten Aufwand zu riskieren, oder von einer Teilnahme Abstand zu nehmen und den Verlust des Standortes *** zu riskieren.

4.2.2 Unzulässige Kopplung von Rettungs- und Krankentransportdiensten mit dem Betrieb des Pflegeheims

22 Gemäß § 22 BVergG liegt es zwar grundsätzlich im Ermessen des AG, Leistungen getrennt oder gemeinsam zu vergeben, allerdings hat der AG sein Ermessen nach technischen oder wirtschaftlichen Gesichtspunkten auszuüben: „Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie zB die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend.“ Diese Bestimmung soll verhindern, dass durch willkürliche oder unsachliche Trennung oder Vermengung v Leistungen (1.) wirtschaftlicher oder technischer Schaden entsteht, (2.) bestimmte Bieter oder Bietergruppen bevorzugt werden oder (3.) die Anwendung des BVergG umgangen wird und dient damit den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung der Bewerber und Bieter (§ 19 Abs 1 BVergG) sowie den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit bei Beschaffungen der öffentlichen Hand.⁶

³EBRV zu § 19 Abs 4BVergG 2006 1171 BlgNr XXII. GP 39. ⁴Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hg), BVergG Kommentar § 19 Rz 79. ⁵Fink/Heid in Heid/Preslmayr (HG), Handbuch Vergaberecht³ (2010) 246.

23 Die Erbringung von Kranken- und Rettungstransporten einerseits und Pflegeleistungen andererseits sind vollkommen unterschiedliche Branchen bzw Märkte, die - bis auf den Umstand, dass sie beide dem Bereich der Daseinsvorsorge unterliegen - keinerlei Berührungspunkte haben.

24 Der AG versucht in Pkt 1.1. Abs 3 der Teilnahmeunterlagen, die gemeinsame Vergabe damit zu begründen, dass Synergien geschaffen werden, indem Mitarbeiter des Rettungs- und Krankentransportdienstes für Hilfsleistungen im Pflegeheim eingesetzt werden und auch die 24-stündige Erreichbarkeit der jeweiligen Leistungen gemeinsam genutzt werden kann. Diese Begründung trifft jedoch nicht zu:

25 Bei einem Pflegeheim mit 104 Betten ist etwa von folgendem Personaleinsatz auszugehen:⁷

Bereich

Personalanzahl

Verwaltung

2,5

Pflege

32,5

Pflegedienstleistung

1

Stationsschwester, -pfleger

2

Gehob. Dienst f. Gesundheits- u. Krankenpflege

13

Pflegehelfer

16,5

Physio- bzw. Ergotherapeut

0,5

Seniorenbetreuerin

1,5

Wäscherei u. Näherei

2

Küche

7

Hausarbeiter

2

Reinigung

7

26 Ein Einsatz der Mitarbeiter des Rettungs- und Krankentransportdienstes in den Bereichen Pflege, Pflegedienstleistung, Stationsschwester, Gehobener Dienst für Gesundheits- u. Krankenpflege, Pflegehelfer, kommt schon deshalb nicht in Frage, weil gemäß § 3 Abs 1 des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes (GuKG) die Gesundheits- und Krankenpflegeberufe nur nach Maßgabe dieses Gesetzes ausgeübt werden dürfen, sodass Notfall- und RettungssanitäterInnen nicht befugt sind, Pflegeleistungen durchzuführen. Umgekehrt dürfen gemäß § 1 Abs 2 des Bundesgesetzes über Ausbildung, Tätigkeiten und Beruf der Sanitäter ((Sanitätergesetz – SanG) der Beruf und die Tätigkeiten des Sanitäters nur nach Maßgabe dieses Gesetzes ausgeübt werden, sodass PflegerInnen nicht befugt sind, Rettungs- oder Krankentransporte durchzuführen. Aufgrund der langen Ausbildungszeiten und der unterschiedlichen Tätigkeitsschwerpunkte 6Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hg. BVerG Kommentar § 22 Rz

1. Vgl auch ErwGr 9 RL 2004/17:: „Die Entscheidung über getrennte oder die gemeinsame Vergabe des öffentlichen Auftrages muss sich an qualitativen und wirtschaftlichen Kriterien orientieren, die in den einzelstaatlichen Vorschriften festgelegt werden können.“

7Vgl den Bericht 15/2004 des NÖ Landesrechnungshof zum Landes-Pensionisten- und Pflegeheim Scheiblingkirchen Seite 11 und 13.

haben Mitarbeiterinnen, die aber beide Qualifikationen verfügen, absoluten Seltenheitswert.⁸ Dies gilt in gleicher Weise für die Physio- und Ergotherapeuten, deren Ausbildung ebenfalls drei Jahre dauert.⁹

27 Doch auch für sonstige Hilfeleistung in der Küche, in der Wäscherei, in der Reinigung, als Seniorenbetreuer oder als Hausarbeiter des Pflegeheims kommen die Mitarbeiter des Rettungs- und Krankentransportdienstes nicht in Betracht:

28 Eine Tätigkeit in der Küche scheidet schon deshalb aus, weil in Küchen in Pflegeheimen (1) helle Arbeitskleidung zu tragen ist, welche die private Kleidung zur Gänze bedeckt und (2) ein Verlassen der Küchenbereiche mit Arbeitskleidung und Arbeitsschuhen zu vermeiden ist. Ein Wechsel von Küchen- und

rettungsbekleidung bei Einsätzen ist aufgrund des Zeitverlustes unmöglich, das Tragen der Küchenbekleidung oder der Rettungsmontur aufgrund der entstehenden Hitze unzumutbar.10

29 In der Wäscherei wäre eine Arbeit aus hygienischen Gründen kaum vorstellbar, da die Sanitäterinnen dort nur mit ständig sauberer Bekleidung arbeiten dürften und sich daher nach jedem Einsatz umziehen müssten.

30 Auch in der Reinigung oder für kleinere Reparaturen oder Elektroarbeiten oder als Seniorenbetreuer ist ein Einsatz kaum darstellbar, da der Anfall der jeweiligen Rettungstransporte im Vorhinein nicht abschätzbar ist und die Arbeit im Einsatzfall sofort niedergelegt werden muss. Im Rettungsbereich besteht die zwingende Vorgabe, in 95% der Fälle den Einsatzort binnen 15 Minuten zu erreichen.

31 Es wäre den Bewohnern des Pflegeheims nicht zumutbar und würde auch den Vorgaben der Pflegeheimverordnung widersprechen, wenn wegen Rettungseinsätzen das Essen nicht oder zu spät serviert wird oder Reparatur-, Reinigungs- oder Wascharbeiten nicht durchgeführt werden können. Auch die 24h-Erreichbarkeit ist nicht aufteilbar; vielmehr muss eine 24h-Erreichbarkeit sowohl im Rettungs- als auch im Pflegebereich getrennt gewährleistet sein. Schließlich ist gerade in Pflegeheimen ein besonders hoher Hygienestandard erforderlich, da das Immunsystem älterer pflegebedürftiger Menschen anfälliger ist gegenüber Ansteckungen mit Keimen oder Viren, sodass dies dem Einsatz von Sanitäterinnen widerspricht.

8 Die Ausbildung für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege dauert drei Jahre und umfasst mindestens 4 600 Stunden in Theorie und Praxis (vgl § 1 Abs 1 der Gesundheits- und Krankenpflege-Ausbildungsverordnung, BGBl. II Nr. 179/1999 idF BGBl. II Nr. 296/2010). Die Ausbildung zum Rettungssanitäter erfordert 100 Stunden theoretische Ausbildung sowie 160 Stunden praktische Ausbildung. (vgl § 11 Sanitäter-Ausbildungsverordnung BGBl.II Nr. 420/2003). Die Ausbildung zum Notfallsanitäter umfasst neben der Zulassung zum Rettungssanitäter, dem Nachweis von 160 Einsatzstunden und der Absolvierung eines Eingangstest zusätzlich (1) 160 Stunden theoretische Ausbildung (2) 280 Stunden praktische Ausbildung in Notarztsystemen einschließlich Notarzteeinsatzfahrzeugen sowie (3) ein Praktikum in einer fachlich geeigneten Krankenanstalt im Mindestumfang von 40 Stunden. 9Vgl dazu die Verordnung des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz betreffend die Ausbildung in den gehobenen medizinisch-technischen Diensten (MTD-Ausbildungsverordnung – MTD-AV BGBl. Nr. 678/1993). 10 Gutachten des Ständigen Hygieneausschusses des Bundesministeriums für Frauen und Gesundheit – Hygiene-Leitlinie für Großküchen, Küchen des Gesundheitswesens und vergleichbare Einrichtungen der Gemeinschaftsverpflegung (2006 abrufbar unter http://www.bmg.gv.at/cms/home/attachments/6/4/9/CH1285/CMS1143623600916/grosskuechen_2006.pdf)

32 Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die Personalkosten für den Einsatz von Rettungssanitätern für derartige Hilfsdienste wesentlich höher sind als die Verwendung von dafür spezifisch abgestellten Reinigungspersonal etc. Das vom AG behauptete Argument der Bildung von Synergien ist daher insgesamt absurd. Beweis/Bescheinigung: Zeugin Frau ***, Zeugin Frau ***, p.A. der klagenden Partei; PV

33 Die behaupteten Synergien liegen daher in Wahrheit nicht vor. Demgegenüber erleiden durch die gemeinsame Vergabe gemeinnützige Organisationen wie der Antragsteller gegenüber profitorientierten Anbietern erhebliche Nachteile, da die von diesen Organisationen eingesetzten freiwilligen Mitarbeiter beinahe ausschließlich dazu bereit sind, für den primär vorgesehenen Rettungsdienst Einsätze zu leisten, jedoch weitaus seltener dazu bereit sein werden, untergeordnete Hilfs- und Reinigungstätigkeiten im Pflegeheim durchzuführen, wodurch sich die Personalkosten für gemeinnützige Organisationen bei einer gemeinsamen Vergabe erheblich erhöhen würden. Insgesamt führt die vom AG vorgegebene Kopplung zu einem erheblichen Wettbewerbsnachteil für gemeinnützige Organisationen wie dem Antragsteller.

34 Für den Bereich Rettungsdienste kommen nach den Erfahrungen der Antragstellerin mit dem ***, dem ***, dem *** und der *** insgesamt lediglich 4 Anbieter in Frage. Durch die Junktimierung wird dieser Wettbewerb aufgrund des höheren Abstimmungsaufwandes und der höheren Risiken (schließlich haften gemäß Pkt 2.8 der Teilnahmeunterlagen iVm Anhang ./2 auch Subunternehmer, die lediglich zur Darstellung der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden, siehe unten) weiter eingeschränkt.

4.2.3 Unzulässige Vorgaben zum Schlüsselpersonal (Pkt 3.2.6,2,8)

35 In Pkt 3.2.6. der Teilnahmeunterlagen legt der AG fest, dass der Bewerber nachzuweisen hat, dass er über die geförderten Schlüsselpersonen (Rettungs- und NotfallsanitäterInnen bzw. Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege) verfügt. Der Nachweis hat durch Ausfüllen des Teilnahmeantrags oder Vorlage der Personalliste zu erfolgen. In Pkt 2.9 haben die Bewerber für die Vollständigkeit ihrer Angaben/Erklärungen eine Garantie zu übernehmen, wonach sie „alle einschlägigen

Referenzaufträge/Befähigungen der Schlüsselpersonen, die für die Bewertung ihrer Leistungsfähigkeit in Frage kommen“, anzugeben haben. Ansonsten wird der Begriff des Schlüsselpersonals in den Teilnahmeunterlagen nicht verwendet. In Pkt 3.3.3 und 3.3.4 wird (iRd Auswahlkriterien) eine Mindestanzahl an beschäftigten Rettungs- und NotfallsanitäterInnen (durchschnittlich mindestens 30 im Zeitraum 2008 bis 2011) bzw. diplomierten PflegerInnen (durchschnittlich mindestens 10 im Zeitraum 2008 bis 2011) gefordert. Dadurch entsteht der Eindruck, dass es sich bei der Mindestanzahl an beschäftigten Rettungs- und NotfallsanitäterInnen I PflegerInnen lediglich um den Eignungsnachweis iSd § 75 Abs 7 Z 8 BVergG (Angaben zur Zahl der im Betrieb Beschäftigten) handelt.

36 Pkt 2.8 Abs 2 sieht jedoch vor, dass der Auftragnehmer „alle möglichen Vorkehrungen zu treffen [hat]), dass die von ihm angebotenen Mitarbeiter (Rettungssanitäter, Notfallsanitäter, diplomierte Pfleger) auch im angebotenen Umfang zur Verfügung stehen. Sollte aus vom Auftragnehmer nicht zu vertretenden Gründen das angebotene Personal nicht mehr zur Verfügung stehen, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber zumindest ein fachlich gleich qualifiziertes Personal anzubieten. Der Auftraggeber ist berechtigt einzelne Mitarbeiter aus sachlichen Gründen abzulehnen. In diesem Fall hat der Auftragnehmer einen andere zumindest gleich qualifizierten Mitarbeiter zu nennen. "

37 Die Tatsache, dass der AG dies bereits in der ersten Stufe mitteilt, deutet darauf hin, dass das iRd Pkt 3.3.3 und 3.3.4 zu nennende Personal gleichzeitig als Schlüsselpersonal iSd Pkt 3.6 anzusehen ist, das für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages "anzubieten" ist.

38 Dies ist jedoch eine klar vergaberechtswidrige Festlegung, da der AG eine Pflicht zur Bekanntgabe nicht hinsichtlich sämtlicher bei der Leistungserbringung eingesetzten Personen verlangen darf, sondern nur hinsichtlich der Personen in leitender Funktion. Dies ist bereits aus dem Begriff Schlüsselpersonal abzuleiten.¹¹ Vor allem aber sind die Eignungsnachweise, die der AG verlangen darf, sind in § 75 abschließend definiert.¹² Gemäß § 75 Abs 5 Z 5 BVergG darf der AG Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen, verlangen. Aus den Worten "insbesondere“ und "verantwortlich" ergibt sich, dass es sich um Personen mit Führungsfunktion handeln muss; hinsichtlich des "allgemeinen" Personals erlaubt § 75 Abs 5 Z 8 BVergG lediglich die Erklärung über das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten bzw Führungskräfte; eindeutig unzulässig ist die Vorgabe eine Erklärung darüber, über welches Personal der Bewerber bei Durchführung des Auftrages verfügen wird (eine solche zukunftsbezogene Aussage ist nur hinsichtlich der Ausstattung und Geräte zulässig, vgl § 75 Abs 5 Z 7 BVergG). Dies auch deshalb, weil aufschiebend durch den Auftragsfall bedingte Anstellungsverträge (im Gegensatz zu aufschiebend bedingten Subunternehmer- oder Lieferverträgen) nicht nur hinsichtlich ihrer Zulässigkeit fraglich (vgl Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht 14 130), sondern in der Praxis kaum zu finden sind.

39 Die Einstufung sämtlicher SanitäterInnen und Pflegerinnen als Schlüsselpersonal ist auch diskriminierend, da die Erbringung sowohl von Rettungs- und Krankentransportdiensten als auch von Pflgeediensten in der Regel ortsbezogen erfolgt und die von den Bewerbern beschäftigten Rettungs- und NotfallsanitäterInnen / PflegerInnen bereits bestehende Einsatzorte haben, von denen sie (im Gegensatz

11 Der Begriff „Schlüsselpersonal“ wird im Vergaberecht allgemein dazu verwendet, um Persoen in leitender Funktion zu definieren, für die der Bewerber / Bieter dann in der 2. Stufe zuzusagen hat, dass diese Personen bei der Auftragsdurchführung auch tatsächlich zum Einsatz kommen; zT werden daran auch Zuschlagskriterien geknüpft, vgl etwa VwGH 26.6.2009, 2009/04/2004, 12 Vgl § 75 Abs 1 BVergG; Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

zB zu Architekten oder Consultern) nicht ohne weiteres wechseln können. Folglich kann diese Vorgabe nur von einem Bewerber erfüllt werden, der bereits entsprechendes Personal vor Ort oder im Umkreis verfügbar hat. Dies ist (genauso wie die Vorgabe, dass ein Bieter bereits bei Angebotsabgabe über ein Büro am Ausführungsort verfügen muss) als mittelbare Diskriminierung eindeutig unzulässig.¹³ Nach Rsp des EuGH sind Kriterien, die nur von einheimischen Unternehmen oder von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden könnten, unzulässig.¹⁴

40 Diese Rechtswidrigkeit wird noch dadurch verstärkt, dass das Pflegeheim frühestens ab *** betrieben werden soll und zudem unter der aufschiebenden Bedingung des Abschlusses von mindestens 50 Tagsatzvereinbarungen steht, die - wie das Land Niederösterreich mitteilte - frühestens ab 2015 denkbar sind und vollkommen in den Sternen steht. Insofern ist eine mit dem Teilnahmeantrag oder mit dem Angebot abzugebende Zusage, dass in 4 Jahren ein bestimmter Mitarbeiter im Pflegeheim eingesetzt wird, unzumutbar.

41 Einem Anbieter wird allerdings die Erfüllung dieser Schlüsselpersonalvorgabe leicht fallen; Der *** bzw dessen Teilorganisationen stellt die einzige Organisation dar, die im Umkreis von *** bereits Rettungsdienste und Pflegeheime betreibt:

- Rettungs- und Krankentransportdienste werden etwa in Niederösterreich in *** (41km), *** (42 km), *** (17 km), *** (18 km), und

*** (25 km) betrieben.

- Pflegeheime werden in *** (Steiermark, ca 95 km von ***). *** (Bgl 94 km) *** (Bgl, 113 km), *** (Bgl, 39 km), *** (Bgl, 46 km), *** (Bgl, 23 km), ***(Bgl, 34 km) betrieben.

Beweis/Bescheinigung: Auszug der Seite www.pflegekompetenzzentrum.at Beilage ./E; Auszug der Seite <http://www.144at/webansicht/> Beilage ./F

4.2.4 Widerspruch zum NO Rettungsdienstgesetz (Pkt 1.2.2 vorletzter Absatz)

42 Gemäß § 2 Abs 1 NÖ Rettungsdienstgesetz die Gemeinde hat an die Rettungsorganisation, mit der sie einen Vertrag gemäß § 1 Abs. 3 NÖ Rettungsdienstgesetz abgeschlossen hat, jährlich einen bestimmten

13 Beschränkungen des Wettbewerbes auf Bewerber, die in bestimmten Regionen ansässig sind, sind unzulässig (vgl etwa im deutschen Recht § 8 Nr. 1 S. 2 VOB/A, § 7 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOL/A). Ortsansässigkeit kann erst für die Durchführungsphase verlangt werden, und auch nur dann, wenn sie im konkreten Fall sachlich begründet ist, zB um bei komplexen technischen Anlagen einen Fehler sofort beheben zu können, vgl dazu Müller-Wrede, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien - eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes? VergabeR 2005, S. 32 (33f) 14 EuGH 20.9.1988 Rs 31/87, Beentjes, Rz 30.

Beitrag zu den Kosten des allgemeinen örtlichen Rettungs- und Krankentransportdienstes¹⁵ (Rettungsdienstbeitrag) zu entrichten, dessen Höhe entsprechend den örtlichen Gegebenheiten mit dem jährlichen Voranschlag zu beschließen ist. Gemäß § 2 Abs 1 UAbs 2 NÖ Rettungsdienstgesetz ist durch Verordnung der Landesregierung ein Mindest- und der Höchstsatz des Rettungsdienstbeitrages festzulegen. Der Mindestsatz beträgt derzeit gemäß § 1 NÖ Rettungsdienstbeitragsverordnung (LGBI 94301/1-4) € 2,18 je Einwohner der Gemeinde.

In Pkt 1.2.2 vorletzter Absatz trifft der AG dazu folgende Festlegung: „Zusätzlich Forderungen/Ansprüche, die über den gesetzlich vorgesehenen und verordneten bzw in diesem Rahmen angebotenen Rettungsdienstbeitrag hinausgehen sind ausgeschlossen.“

Durch Verwendung des Wortes „bzw“ entsteht der Eindruck, dass der AG iRd Ausschreibung sich aus Rettungsdienstbeiträge anbieten lassen möchte, die unterhalb des Mindestsatzes liegen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach der bestehenden vertraglichen Regelung mit dem Antragsteller der Rettungsdienstbeitrag bereits dem Mindestsatz von € 2,18 je Einwohner entspricht, sodass für den AG bei einer Neuausschreibung der Rettungs- und Krankentransportdienste gegenüber dem Status Quo kein besseres Ergebnis erzielbar ist.¹⁶

43 Aufgrund der Junktimierung ist davon auszugehen, dass die Bieter in der 2. Stufe einen Gesamtpreis / Jahr anzubieten haben, der den (an den AN zu zahlenden) Mindestsatz von € 2,18 sowie den (an den AG zu zahlenden) Kostenbeitrag für das Pflegeheim abbildet. Eine Überprüfung der Einhaltung des Mindestsatzes ist diesfalls für die klagende Partei kaum möglich. Dadurch läuft der Antragsteller Gefahr, als gesetzestreuer Bieter die Ausschreibung an Mitbewerber, die den Mindestsatz über den Gesamtpreis in gesetzeswidriger Weise unterschreiten, zu verlieren.

4.2.5 Fehlende Beschreibung der iRd Pflegeheimbetriebs zu erbringenden Leistungen bzw der erforderlichen Befugnisse (Pkt 1.2.2 bis 1.2.4, 3.2.2)

44 Die Teilnahmeunterlagen enthalten lediglich Festlegungen, dass "Leistungsgegenstand der eigenverantwortliche Betrieb eines bis zu 70 Betten Pflegeheims ist" (Pkt 1.2.2 Abs 1), wobei das Pflegeheim samt Erstausrüstung (dazu zählen auch EDV- und Telefonanlagen sowie medizinische Geräte bzw Geräte/Einrichtungen der Pflege) vom AG beigestellt wird; Instandhaltungsmaßnahmen bzw Erneuerungen der (Erst) Ausstattung hat der Auftragnehmer aus eigenem zu tragen. (1.2.4 Abs 3). Instandhaltungsmaßnahmen am Gebäude trägt der AG, sofern die Wartung fachgerecht erfolgte (1,2.4 Abs

15 Zu den ersatzfähigen Kosten zählen Personalkosten für hauptberufliche Mitarbeiter, Aufwandsentschädigungen für ehrenamtliche Mitarbeiter, Investitionskosten, Reparatur- und Erhaltungsaufwand sowie Betriebskosten für Rettungsfahrzeuge und – geräte, Betriebskosten für Dienststellen der Rettungsorganisation sowie die Kosten für Versicherungen.

16 Eine Unterschreitung des Mindestsatzes ist nur in zwei Fällen zulässig, nämlich (1) wenn nach dem Ergebnis des Rechnungsabschlusses des Vorjahres der örtlich betroffenen Rettungsdienststelle die Ausgaben für den Rettungs- und Krankentransportdienst durch die Leistungen der Sozialversicherungsträger zuzüglich der Rettungsdienstbeiträge gedeckt waren oder (2) im Falle der Gewährung nicht-periodischer Geld- und Sachleistungen im Sinne des Abs 4; diese dürfen auf den Mindestsatz angerechnet werden. Beide Fälle sind aber im gegenständlichen Fall nicht einschlägig. Der von der Landesregierung festzulegende Mindestbeitrag (derzeit € 1,09 je Einwohner der Gemeinde) darf dabei jedoch keinesfalls unterschritten werden.

2). Für das Facilitymanagement (= Betriebskosten, Wartung Gebäude und Anlagen, Winterdienst, Pflege Garten) hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten zu sorgen (1.2.3 Abs 4).

45 Unklar ist, ob die Leistungen Dritter (zB Facilitymanagement-Leistungen) vom AN im Namen des AG (der Eigentümer des Pflegeheims bleiben soll) zu beschaffen sind (sodass der AN als eine Art Hausverwalter agiert, wobei er jedoch die Kosten größtenteils selbst zu tragen hat) oder ob der AN diese Leistungen im eigenen Namen zu beschaffen und Verträge abzuschließen hat. Diese Unklarheit führt zu gravierenden Konsequenzen: Hat der AN nämlich sämtliche Verträge in eigenem Namen abzuschließen, wären für sämtliche Dienstleistungen, für die der Bewerber nicht die erforderliche Befugnis hat, bereits mit dem Teilnahmeantrag Subunternehmer namhaft zu machen (vgl Pkt 2.8); die fehlende Namhaftmachung von Subunternehmern stellt einen unbehebbarer Mangel dar,¹⁷ sodass Bewerber, deren Teilnahmeanträge nicht sämtliche zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse nachweisen, auszuschneiden sind.¹⁸

46 Daher hat der AG gemäß § 70 Abs 1 Z 1 BVergG festzulegen, mit welchen Nachweisen die Bieter und Bewerber ihre Befugnis nachzuweisen haben. Als mögliche zusätzliche erforderliche Befugnisse kommen zB in Frage:

- Gas- und Sanitärtechnik gem. § 94 Z 25 Gewerbeordnung 1994 (GewO);
- Heizungstechnik, Lüftungstechnik (verbundenes Handwerk) gem § 94 Z 31 GewO;
- Elektrotechnik gemäß § 94 Z 16 GewO.

47 Sofern der AG die erforderlichen Befugnisse nicht ausdrücklich anführen kann oder will (zB weil ein und dieselbe Leistung über unterschiedliche Befugnisse abgebildet werden kann), so hat er zumindest die Leistungen so konkret zu beschreiben, dass den Bewerbern I Bietern die Beurteilung ermöglicht wird, welche Befugnisse konkret erforderlich sind. Dieser Verpflichtung ist der AG nicht nachgekommen, sodass die Teilnahmeunterlagen auch in diesem Punkt rechtswidrig sind.

4.2.6 Mangelnde Kalkulierbarkeit des Betriebs des Pflegeheims (Pkt 1.2.4 Abs 2, Pkt 1.2.3 Ab, 4)

48 Vollkommen unklar und unzureichend sind die Festlegungen des AG zum Betrieb des Pflegeheims: Gemäß Pkt 1.2.4 Abs 2 stellt der AG ein neues Pflegeheim für bis zu 70 Betten bei. Für dieses (virtuelle) Pflegeheim bestehen offenbar noch nicht einmal Planungsunterlagen, vielmehr hat der Auftragnehmer am Planungsprozess zwingend teilzunehmen. Dies bedeutet dass auch in der zweiten Stufe des

17 Vgl die Rsp bei Zellhofer/Stickler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thinel (HG), BVergG Kommentar § 83 Rz 31

18 Vgl BVA 15.10.2008, N/0017-BVA/13/2008-39,

gegenständlichen Vergabeverfahrens keine detaillierten Planungsunterlagen für das Pflegeheim vorliegen werden. Auf welcher Basis die Bieter in der 2. Stufe ihrer Angebote für den Betrieb des Pflegeheims kalkulieren sollen, ist daher völlig offen. Dies, obwohl gemäß Pkt 1.2.3. Abs 4 der AN für das Facility Management auf eigene Kosten zu sorgen hat. Darunter versteht der AG „Betriebskosten, Wartung Gebäude und Anlagen, Winterdienst, Pflege Garten“, Auf welcher Basis sollen die Bieter in der Phase der Angebotslegung die Kosten für Heizung, Strom, Wartung, Reinigung, etc. kalkulieren, wenn mangels konkreter Planung und Leistungsbeschreibung Kubaturen, Ausmaße und Lage des Gebäudes, die verwendeten Baustoffe, Dämm-Materialien, Türen, Fenster etc, die technische Gebäudeausrüstung (darunter ist die Heizungs-, Lüftungs- und Klimatechnik, die Sanitär und Gesundheitstechnik, die Elektrotechnik und die Fördertechnik zu verstehen¹⁹) und die beigestellte Erstausrüstung (EDV- und Telefonanlagen sowie medizinische Geräte bzw Geräte/Einrichtungen der Pflege) nicht festgelegt sind? Ist ein Passivbau oder ein Glasbau beabsichtigt? Gelangen in der Anschaffung teurere, in der Wartung aber günstigere Fabrikate zum Einsatz?

49 In Pkt 1.2.3. ist festgelegt, dass ein "bis zu 70 Betten Pflegeheim" in *** zu betreiben ist. Es ist daher völlig offen, ob das Pflegeheim 70, 60 oder 30 Betten umfasst (arg: "bis zu"). Auch dies verunmöglicht in weiterer Folge eine kalkulierbare Angebotslegung.

50 Um kalkulierbare und vergleichbare Angebote (vgl § 96 Abs 1 und 2 BVergG) für den Betrieb des Pflegeheims einschließlich Facility Management zu ermöglichen, musste daher eine konkrete Planung des Gebäudes sowie Leistungsbeschreibungen sämtlicher Leistungsbereiche des Gebäudes einschließlich der technischen Gebäudeausrüstung sowie der Erstausrüstung (EDV- und Telefonanlagen sowie medizinische Geräte bzw Geräte/Einrichtungen der Pflege) vorliegen.

51 Darüber hinaus ist zu beachten, dass gemäß Pkt 1.2.3 Abs 4 der Teilnahmeunterlagen der AN zwingend am Planungsprozess teilzunehmen hat, ohne hierfür ein gesondertes Entgelt zu erhalten. Nach Pkt 1.1. Abs 2 und Pkt 1.2.6 steht der Betrieb des Pflegeheims unter der aufschiebenden Bedingung des Abschlusses von mindestens 50 Tagsatzvereinbarungen; tritt diese Bedingung nicht ein, dann kann der AN aus dem Pflegebetrieb kein Entgelt lukrieren, sodass auch diese Festlegung unzulässig ist, da sie den Bietern ein unkalkulierbares Risiko aufbürdet.

52 Unklar ist schließlich, ob dem Auftragnehmer iRd Mitwirkung im Planungsprozess Weisungsrechte zukommen oder ein bloßes Anhörungsrecht. Pkt 1.2.4 Abs 2 spricht lediglich davon dass der AN bei der Planung intensiv eingebunden wird. Liegt lediglich ein Anhörungsrecht vor, dann führt dies ebenso zur unkalkulierbaren bzw nicht vergleichbaren Angeboten, weil die Bieter nicht wissen, ob ihre Vorschläge

19 Siehe dazu Besonderer Teil der Honorarleitlinie für Industrielle Technik technische Gebäudeausrüstung (HO-IT), 01.12.2004 der BK der Architekten und Ingenieurkonsulenten, abrufbar unter www.wien.arching.at/getdownload.php?id=349. auch tatsächlich in die Planung (und damit in die Errichtung und in den späteren Betrieb des Gebäudes) einfließen.

4.2.7 Unklare Vorgaben zur Mindestreferenz für den Rettungs- und Krankentransport (Pkt 3.1)

53 Pkt 3.1., Bullet-Point 4, Unter-Bullet-Point 3 der Teilnahmeunterlagen legt fest, dass der Bewerber nachzuweisen hat, dass er Rettungs- und Krankentransportdienstleistungen für Gemeinden oder ein zusammenhängendes Bevölkerungsgebiet mit einer Einwohnerzahl von zumindest 10.000 Personen erbracht hat; in Punkt 3.2.5. (Referenzprojekte) sind hingegen keine Mindestkriterien hinsichtlich Referenzprojekte Rettungs- und Krankentransportdienst genannt. ebenso wenig ist im Punkt 3.3.1. (im Gegensatz zu den anderen Auswahlkriterien) ein Mindestmaß genannt, dass der Bewerber an Eignung hinsichtlich Referenzen Rettungs- und Krankentransportdienst zu erfüllen hat. Insofern liegen diesbezüglich widersprüchliche und unklare Vorgaben vor.

4.2.8 Befugnis: unklare Festlegungen zu Bewerbergemeinschaften (Pkt 3.2.2)

54 In Pkt 3.2.2 Abs 4 wird festgelegt, dass ein jedes Mitglied einer Bewerbergemeinschaft über eine Berechtigung verfügen muss, die es zur Erbringung einer im gegenständlichen Vergabeverfahren als wesentlich gekennzeichneten Leistungseinheit fachlich berechtigt (zB. grundsätzliche Berechtigung zum Pflegedienst losgelöst vom Standort). Welche Leistungseinheiten der AG als wesentlich ansieht, verrät er in diesem Punkt nicht. An anderer Stelle (Pkt 3.5) werden als wesentliche Leistungseinheiten der Rettungs- und Krankentransportdienste sowie der Betrieb eines Pflegeheims genannt, ob andere wesentliche Leistungseinheiten bestehen, wird jedoch nicht verraten; außerdem wäre der AG nach dem Wortlaut (arg: "im gegenständlichen Vergabeverfahren") berechtigt, später im Vergabeverfahren auch zusätzliche Leistungseinheit als wesentlich zu definieren, obwohl sich zu diesem Zeitpunkt die Bewerbergemeinschaft bereits aufgestellt hat und nach den Bestimmungen des BVergG sich nicht mehr ändern kann.

4.2.9 Unzulässige Patronatserklärung für eignungsrelevante Subunternehmer (Anhang ./2)

55 Gemäß Pkt 2.8 der Teilnahmeunterlagen haben Bewerber, die sich hinsichtlich der Leistungsfähigkeit oder Befugnis auf Subunternehmer oder verbundenen Unternehmen berufen, den Nachweis zu erbringen, dass diese Subunternehmen für das gegenständliche Angebot zur Verfügung stehen. Dabei ist jedoch zur nicht nur die Subunternehmererklärung - Verfügbarkeitsklärung gemäß Anhang ./3 zu unterfertigen sondern auch eine rechtsverbindlich gefertigte Patronatserklärung iSd Anhang ./2. Laut dieser Patronatserklärung Anlage ./2 muss sich der Subunternehmer jedoch dazu verpflichten, dafür Sorge zu tragen, dass der Bewerber bis zum Vertragsende und der vollständigen Abwicklung aller darauf basierende Aufträge in der Weise finanziell ausgestattet bleibt, dass er jeder Zeit zur Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber der Stadt *** in der Lage ist. Sollte dies nicht mehr der Fall sein, so hat der Subunternehmer gesamtschuldnerisch die Haftung für alle Verbindlichkeiten des Bewerbers zu übernehmen. Eine solche Patronatserklärung wäre nur bei Substitution der finanziellen/wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gerechtfertigt (vgl § 74 Abs 1 Z 4 BVergG), nicht jedoch bei der Substitution der technischen Leistungsfähigkeit. Dies deshalb, weil die Nachweise, die der AG bei der technischen Leistungsfähigkeit von den Bietern verlangen darf, in § 75 BVergG abschließend definiert sind und

die Verpflichtung zur Solidarhaftungserklärung einem Zwang zur Bietergemeinschaft gleichzuhalten ist, obwohl nach der klaren Rsp des EuGH Subvergabeverbote eindeutig unzulässig sind.²⁰

5. ZULÄSSIGKEIT DES ANTRAGES

5.1 Zuständigkeit der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge

56 Auftraggeber ist die Stadt ***. vertreten durch den Magistrat der Stadt ***. Gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 a B-VG ist die Vollziehung in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände. Gemäß Art 14b Abs 3 B-VG ist die Vollziehung Landessache in Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG.

57 In Punkt 2.1 der Teilnahmeunterlagen wird mitgeteilt, dass die zuständige Nachprüfungsbehörde der UVS Niederösterreich mit der verpflichtenden Schlichtungsstelle beim Amt der niederösterreichischen Landesregierung ist. Wenngleich die gegenständliche Beschaffung vom AG als Dienstleistungskonzession bezeichnet wird, kann ein Dienstleistungsauftrag aus folgenden Gründen nicht ausgeschlossen werden:

58 Leistungsgegenstand ist die Erbringung von Rettungs- und Krankentransportdienstleistungen einerseits und der Betrieb eines noch zu errichtenden Pflegeheims andererseits. Dienstleistungskonzessionen unterscheiden sich insofern von Dienstleistungsaufträgen, als der Konzessionär das Entgelt nicht vom AG, sondern grundsätzlich von Dritten erhält. Zuzahlungen des AG schaden der Einstufung als Dienstleistungskonzession dann nicht, wenn der Konzessionär weiterhin ein Markt- bzw Auslastungsrisiko trägt.

59 Zwar ist in Pkt 1.2.1 Abs 2 angeführt, dass die Erlöse jeweils vom Auftragnehmer direkt mit Dritten (zB Krankenkassa, Sozialhilfeträger [zB Land Niederösterreich], Patienten/Pfleglinge/Bewohner) abgerechnet werden und dass der AG keine Auslastungsgarantie/Erlösgarantie übernimmt. Allerdings tritt gemäß Pkt 1.1 Abs 2 und Pkt 1.2.6 der Teilnahmeunterlagen der Leistungsteil „Betrieb des Pflegeheims“ jedenfalls

20 Zellhofer/Stickler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (HG), BVergG Kommentar § 83 Rz 16.

erst dann in Kraft, wenn der AG über 50 Betten Tagsatzvereinbarungen mit Sozialhilfeträgern abgeschlossen hat. Damit ist aber de facto eine Zusage darüber dass 70% der Betten Vertragsbetten sind, Voraussetzung für den Betrieb des Pflegeheimes, wodurch sich das Betriebsrisiko des AN erheblich verringert. Dieses Risiko könnte sich weiters dadurch verringern, dass dem AN vom AG das Pflegeheim samt Erstausrüstung beigestellt wird; wengleich dafür vom AN ein Entgelt an den AG zu zahlen ist, hat der AN in der zweiten Stufe der Ausschreibung anzubieten, welches Entgelt er an den AG zu zahlen bereit ist. Da die Bieter in der 2. Stufe somit auch anbieten können ein (gegenüber den Gestehungskosten des AG) reduziertes Entgelt zu zahlen, kann auch der Fall eintreten, dass keines oder eben nur ein geringfügiges Entgelt an den AG zu zahlen ist. Dies ergibt sich auch insbesondere aus der Festlegung in Pkt 1,1 Abs 2 wonach vom AN an den AG für die Beistellung von Pflegeheim und Ausstattung lediglich ein Kostenbeitrag zu zahlen ist. Dieser „Verzicht“ des AG auf ein Entgelt aus der Bereitstellung des Pflegeheimes an den Betreiber ist einer Zuzahlung zur Durchführung der Dienstleistung gleichzuhalten und bewirkt dadurch eine zusätzliche Verminderung des Risikos des Konzessionärs, Nach der herrschenden Rechtsprechung können Zuzahlungen des AG das Betriebsrisikos des Konzessionärs beseitigen, sodass keine Dienstleistungskonzession mehr vorliegt.

60 Wengleich der EuGH das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession großzügigen Maßstab ansetzt, liegt im konkreten Fall bislang keine Einschränkung hinsichtlich des "Entgeltverzichts" (und damit der Zuzahlung) vor, sodass ein Dienstleistungsauftrag auf Basis der vorliegenden Informationen nicht ausgeschlossen werden kann, Eine Einstufung des Leistungsbestandteils "Pflegeheim" als Dienstleistungsauftrag würde bewirken, dass auch die Gesamtbeschaffung nach dem strengeren klassischen Vergaberegime des BVergG durchzuführen ist: Ausnahmen vom BVergG bzw von den Vergaberichtlinien sind eng auszulegen, die Beweislast für das Vorliegen der Ausnahme liegt beim AG.²¹ Im Gegensatz zum Sektorenbereich (vgl § 173 BVergG und Art 9 Abs 2 Sektorenrichtlinie, wonach "Mischvergaben", die aus vergabefreien und vergabepflichtigen Leistungen bestehen, nach der Hauptgegenstandstheorie zu beurteilen sind) fehlt für den klassischen Bereich eine entsprechende Regelung, sodass die Gesamtausschreibung jedenfalls nach dem strengeren Regime zu erfolgen hat. Hinzu kommt, dass die beiden Leistungsteile "Rettungs- und Krankentransportdienste" einerseits und "Betrieb des Pflegeheims" andererseits keineswegs untrennbar miteinander verbunden, sondern im Gegenteil willkürlich junktimiert wurden.²²

20 Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (HG), BVergG Kommentar § 10 Rz 13 und 14.

21 EuGH vom 6.5.2010 Rs C-145/08 und C-149/08 Club Hotel Loutraki Rz 55ff; dort hatte der EuGH einen Mischvertrag zu beurteilen, der neben dem Verkauf eines 49%- Aktienanteils an einer Kasinogesellschaft auch Verpflichtungen zum Betrieb des Casinos sowie zur Erbringung von Bauleistungen zum Ausbau und zur Aufwertung der betreffenden Räumlichkeiten und des angrenzenden Geländes umfasste. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass der Aktienverkauf den Hauptgegenstand bildet, weil die Einkünfte des Erwerbers als Aktionär eindeutig bedeutend höher waren als die Vergütung, die er als Bau- und Dienstleistungserbringer erhält. Darüber hinaus unterlagen die Einkünfte aus den Aktien keiner zeitlichen Begrenzung, während die Dienstleistung auf zehn Jahre befristet war. Der EuGH kam zu dem ergebnis, dass der Vertrag in seiner Gesamtheit nicht von den Vergaberichtlinien erfasst wird, weil der Aktienverkauf nicht unter die Vergaberichtlinien fällt und den (von den anderen Elementen untrennbaren) Hauptgegenstand darstellt.

61 Von der Einstufung als Dienstleistungsauftrag geht offenbar der AG aus, da er in Punkt

2.1. (gesetzliche Grundlagen und gewähltes Verfahren) festlegt, dass das gegenständliche Vergabeverfahren im "Oberschwellenbereich gemäß den dafür geltenden Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006" erfolgt und dass die zuständige Nachprüfungsbehörde der UVS Niederösterreich mit der verpflichtenden Schlichtungsstelle beim Amt der Niederösterreichischen Landesregierung ist, zumal dem durch einen ausgewiesenen Vergabeexperten vertretenen AG zweifellos bewusst ist, dass bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession nicht die Vergabekontrollbehörden, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig wären.

5.2 Rechtzeitigkeit des Antrages

62 Nach § 11 Abs 2 Z 2 NÖVergNG sind Anträge auf Nachprüfung der Teilnahmeunterlagen binnen 7 Tagen vor Ablauf der Teilnahmefrist einzubringen. § 11 Abs 4 NÖVergNG normiert, dass die Zeit, in der ein Schlichtungsverfahren anhängig ist, in die Fristen gemäß Abs 1 bis 3 desselben Paragraphen nicht eingerechnet wird.

63 Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge endet am *** um 10.00 Uhr. Der Schlichtungsantrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ist daher rechtzeitig.

Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt

6. ANTRÄGE

64 Aus all diesen Gründen stellen wir die nachstehenden:

Anträge

Die NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge möge

- Den Auftraggeber bzw die vergebende Stelle ehest möglich vom Einlangen des Antrages auf Schlichtung verständigen;
- Ein Schlichtungsverfahren durchzuführen und hiezu eine mündliche Verhandlung anberaumen;
- die Teilnahmeunterlagen prüfen, und dahingehend hinwirken, dass der Auftraggeber die Ausschreibung widerruft oder die Teilnahmeunterlagen in den von uns relevierten Punkten entsprechend berichtigt.

***, Landesverband Niederösterreich

Beilagen:

Beilage ./A Bekanntmachung Nummer ***;

Beilage ./B Teilnahmeunterlagen samt Formblättern Teilnahmeantrag (./1), Patronatserklärung (./2) und Subunternehmererklärung (./3) Beilage ./C Rettungs- und Krankenbeförderungsdienstvertrag vom ***;

Beilage ./D Eidesstaatliche Erklärung von Herrn *** vom ***;

Beilage ./E Auszug der Seite www.pflegekompetenzzentrum.at;

Beilage ./F Auszug der Seite <http://www.144at/webansicht/>“

Die öffentliche Auftraggeberin (Stadt ***, vertreten durch den Magistrat der Stadt ***, dieser vertreten durch RA *** ***) wurde mit Schreiben der erkennenden Behörde vom *** unter Anschluss der maßgeblichen Unterlagen vom Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Kenntnis gesetzt und es wurde der Antragsgegnerin die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Einlangen beim UVS NÖ spätestens am ***) geboten. Die Antragsgegnerin hat zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung folgende mit *** datierte Stellungnahme abgegeben:

„Innerhalb offener Frist nehmen wir zum umseits rubrizierten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wie folg kurz

Stellung:

1. Unzuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich

1.1 Der unabhängige Verwaltungssenat ist zur Entscheidung über

Dienstleistungskonzessionen unzuständig (§ 1 Abs 1 NöVerG iVm Art 14b Abs 1 und 5 B-VG). Unser gegenteiliger Hinweis in den Teilnahmeunterlagen (Pkt 2.1 Teilnahmeunterlagen) ändert daran nichts.

1.2 Entgegen den weitwendigen Ausführungen der Antragstellerin haben wir unmissverständlich eine Dienstleistungskonzession ausgeschrieben.

Gegenstand unseres (!) Beschaffungsvorhabens – und nur dieses kann Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein – ist eine Dienstleistungskonzession. Dass es sich im gegenständlichen Fall auch tatsächlich um eine Dienstleistungskonzession handelt, lässt sich, wie folgt kurz skizzieren:

Ausgeschrieben sind Rettungs- und Krankentransportdienste sowie der Betrieb eines Pflegeheimes in der Stadt ***. Das Entgelt für diese Leistungen haben die jeweiligen Patienten bzw (Sozial)Versicherungsträger – sohin Dritte – zu zahlen. Ob und inwieweit der Auftragnehmer ein Entgelt erhält, hängt ausschließlich von seiner eigenen Leistung ab. Es hat seine Leistung ausschließlich aus dem eigenverantwortlichen Rettungs- und Krankentransportdienst und dem eigenverantwortlichen Betrieb eines Pflegeheimes gegenüber den Schuldner zu bedecken. Ausdrücklich ist festgehalten, dass der Auftraggeber kein Entgelt leistet. Die Erlösverantwortung trägt der Auftragnehmer. Die Stadt *** übernimmt keine Auslastungs-/Erlösgarantie. Zusätzliche Forderungen/ Ansprüche, die über den gesetzlich vorgesehenen und verordneten bzw in diesem Rahmen angebotenen Rettungsdienstbeitrag hinausgehen, sind ausgeschlossen.

In diesem Sinn lauten die einschlägigen Bestimmungen im Teilnahmeantrag wie folgt:

„1.2.2 Rettungs- und Krankentransport

Gegenstand ist der eigenverantwortliche Betrieb des Gemeinde-Rettungs- und Krankentransportdienst für ***. Der Auftraggeber wird mit dem Gemeinde- Rettungs- und Krankentransportdienst für *** exklusiv betraut; womit aber kein exklusives Recht zum Betrieb von Rettungs- und Krankentransportleistungen in *** eingeräumt werden kann. Gegenstand ist lediglich der nach dem NÖ Rettungsdienstgesetz (LGBl 9430) vorgesehene Gemeinde-Rettungs- und Krankentransportdienst, für den jede Gemeinde in Niederösterreich zu sorgen hat.

Die Mindestanforderungen ergeben sich aus den gesetzlichen und behördlichen Vorgaben, wie insbesondere derzeit NÖ Rettungsdienstgesetz, NÖ Rettungsdienstbeitragsverordnung (LGBl 9430/1) und Verordnung über die Mindestausstattung und die Mindestanforderungen im Rettungs- und Krankentransportdienst (LGBl 9430/2). Zu beachten ist auch das Bundesgesetz über Ausbildung, Tätigkeiten und Beruf der Sanitäter, BGBl. I Nr. 30/2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2008. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen an die jeweils geltenden gesetzlichen und behördlichen Vorgaben auf eigene Kosten/Risiken anzupassen, ohne zu einer Entgeltanpassung berechtigt zu sein, die über die vereinbarte Wertsicherung hinausgeht.

Die Erlösverantwortung trägt der Auftragnehmer. In diesem Sinn rechnet der Auftragnehmer alle sich aus dem Rettungs- und Krankentransport ergebenden Ansprüche gegenüber Krankenversicherungen und Patienten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ab. Die Stadt *** übernimmt keine Erlös- bzw Auslastungsgarantie bzw – gewährleistung. Es besteht auch kein Anspruch auf Zuweisung einer bestimmten Quote von Einsätzen im Raum ***. Die Disposition der Einsätze erfolgt über die zentrale NÖ Rettungsleitstelle mit der Rufnummer „144“. Zusätzlich Forderungen/Ansprüche, die über den gesetzlich vorgesehenen und verordneten bzw. in diesem Rahmen angebotenen Rettungsdienstbeitrag hinausgehen, sind ausgeschlossen. Der Gemeinde-Rettungs- und Krankentransport hat darüber hinaus die angebotenen Qualitäten zu Erbringen; dies unter Beachtung der angebotenen Qualitätssicherung (vgl. dazu 2. Stufe)

(Pkt. 1.2.2. der Teilnahmeunterlagen, Hervorhebungen nicht im Original; Beilage ./1)

1.2.3. Betrieb Pflegeheim

Gegenstand ist der eigenverantwortliche Betrieb eines bis zu 70 Betten Pflegeheims in ***. Der Auftragnehmer wird mit dem Betrieb dieses 70 Betten Pflegeheims in *** , von für *** exklusiv betraut; womit aber kein exklusives Recht zum Betrieb von Pflegeheimen in *** eingeräumt werden kann. Vielmehr gibt es bereits ein Öffentliches Pflegeheim in ***, das fortbetrieben werden soll, welches von der Stadt *** unter Einbindung des Auftragnehmers in den Planungsprozess errichtet und beigestellt wird.

Die Mindestanforderungen ergeben sich aus den gesetzlichen und behördlichen Vorgaben, wie insbesondere derzeit NÖ Sozialhilfegesetz (9200) und dazu ergangenen Verordnungen. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen an die jeweils geltenden gesetzlichen und behördlichen Vorgaben auf eigene Kosten/Risiken anzupassen, ohne zu einer Entgeltanpassung berechtigt zu sein, die über die vereinbarte Wertsicherung hinausgeht.

Die Erlösverantwortung trägt der Auftragnehmer. In diesem Sinn rechnet der Auftragnehmer alle sich aus der Pflege ergebenden Ansprüche gegenüber den Bewohnern des Pflegeheims, den Sozialhilfeträgern und sonstigen Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ab. Die Stadt *** übernimmt keine Erlös- bzw Auslastungsgarantie bzw – gewährleistung. Zusätzliche Forderungen/Ansprüche, die über die Beistellung des Pflegeheims und deren Erstaussstattung zu dem vorgegebenen Tarif hinausgehen, sind ausgeschlossen.

Der Auftragnehmer hat am Planungsprozess zwingend teilzunehmen, ohne hierfür ein gesondertes Entgelt zu erhalten. Für das Facilitymanagement (= Betriebskosten, Wartung Gebäude und Anlagen, Winterdienst, Pflege Garten) hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten zu sorgen.

Am Gelände des Pflegeheims ist ein Rettungsstützpunkt einzurichten und im Rahmen des gemäß Pkt 1.2.2 zu betreibenden Gemeinde-Rettungs- und Krankentransportdienst für *** zu führen. Es sind die im Rettungs- und Krankentransportdienst eingesetzten Mitarbeiter nach Möglichkeit im Betrieb des Pflegeheims einzusetzen. Der Betrieb des Pflegeheims hat darüber hinaus die angebotenen Qualitäten zu erbringen; dies unter Beachtung der angebotenen Qualitätssicherung (vgl. dazu 2. Stufe).“

(Pkt. 1.2.3. der Teilnahmeunterlagen, Hervorhebung nicht im Original, Beilage ./1)

Darüber hinaus hat der Auftragnehmer sogar für die von der Stadt *** beigestellten Leistungen einen Kostenersatz an die Stadt *** zu zahlen (vgl. Pkt 1.2.1. letzter Absatz der Teilnahmeunterlagen)

Zwischenergebnis: Das wirtschaftliche Risiko für den Rettungs- und Krankentransportdienst sowie für den Betrieb des Pflegeheimes trägt ausschließlich der Betreiber des Pflegeheimes. Die Tatsache, dass hinsichtlich des Betriebes des Pflegeheimes Tagsatzvereinbarungen mit den Sozialhilfeträgern (!) abgeschlossen werden müssen, ändert nichts daran, dass das Betriebsrisiko weiterhin ausschließlich beim AN liegt.

1.3.1. In diesem Sinn geht der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich selbst im Aufforderungsschreiben von einer „Dienstleistungskonzession“ aus.

1.4. Vor allem aber geht auch der Antragsteller selbst von der Unzuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenats aus. Der Antragsteller hat nämlich de facto zeitgleich mit dem gegenständlichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügungen wegen ein und derselben Sache eine Klage beim Landesgericht für Zivilrechtssachen x eingebracht und auch dort den Erlass einer Einstweiligen Verfügung beantragt (vgl. Beilage ./2). Im Hinblick darauf, dass dieses Verfahren vor dem Zivilgericht sogar die Antragstellerin zum Kostenersatz verpflichten kann, belegt dieser Schritt der Antragstellerin, dass sie selbst von der Unzuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenat ausgeht. Vor diesem Hintergrund ist der parallele Antrag an den UVS offenbar nur zur „Beschäftigung aller Beteiligten“ gedacht.

2 In Eventu: Zum Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung

Wir stimmen dem Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt zu, dass uns die Zuschlagserteilung untersagt wird.

Wir haben ein erhebliches öffentliches Interesse am raschen Abschluss des gegenständlichen Vergabeverfahrens haben. Wir haben den Rettungs- und Krankentransportvertrag vom *** mit dem Antragsteller gekündigt. Der Vertrag endet am ***. Auf Basis der gegenständlichen Dienstleistungskonzession soll ein geeignetes Rettungs- und Krankentransportunternehmen sowie Betreiber eines Pflegeheimes ab dem *** gefunden werden; ein Rettungsdienstunternehmen; dass erhebliche Vorleistungen in krank- und pflegetechnischer Sicht zu treffen hat, für die eine ausreichende Vorlaufzeit notwendig ist. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse am reibungslosen Rettungs- und Krankentransportdienst und Betrieb eines Pflegeheimes in der Stadt ***. Würde die beantragte Einstweilige Verfügung trotz offenkundiger Unzuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich – mit dem Inhalt, dass das Vergabeverfahren sofort gestoppt wird, erlassen werden, würde das Verfahren um zumindest 3 Monate verzögert werden, was die Planungszeit für die Einrichtung eines funktionierenden Rettungsdienstes und die Erstausrüstung des Pflegeheimes erheblich verkürzt.

§ 13 Abs 6 NÖVergNG bestimmt, dass „die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen“ ist. Das – rechtlich geschützte – Interesse des Antragstellers besteht ausschließlich am Zuschlag und an der Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen. Dieses Interesse kann – im Sinn des Gebots des gelindesten Mittels – auch dadurch erreicht werden, dass uns die Zuschlagserteilung bzw die Erteilung einer Dienstleistungskonzession mit einem Mitbewerber für die Dauer des Verfahrens vor dem Amt der Niederösterreichischen Landesregierung untersagt wird.

Die vom Antragsteller geforderte sofortige Hemmung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens ist dagegen überschießend. Wir befinden uns derzeit in der Phase der Präqualifikation; es wurden noch keine Teilnahmeanträge eingebracht. Für diese Forderung der Hemmung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens hat die Antragstellerin kein rechtlich relevantes Interesse, abgesehen vom Verbot der Zuschlagserteilung. Die Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge und die Untersagung der Auswahlentscheidung sind ebenfalls überschießend, zumal dadurch für die Antragstellerin nichts gewonnen ist. Vor dem Hintergrund, dass die fünf geeignetsten Teilnehmer zur Angebotslegung eingeladen werden und der Antragsteller – nach eigenem Vorbringen – eine anerkannte Organisation des allgemeinen Rettungsdienstes ist, bedürfe es für den Antragsteller keines Aufwands den von uns geforderten Teilnahmeantrag fristgerecht zu formulieren und abzugeben. Wir hingegen würden bei der Beurteilung von qualifizierten Bewerbern verlieren. Auch der Antrag auf Aufforderung zur Angebotslegung schießt über das rechtliche Interesse der Antragstellerin hinaus. In diesem Sinn sind die überschießenden Anträge abzuweisen.

Im Übrigen ist die Zeit, für welche die Verfügung getroffen wird, zu bestimmen (§ 13 Abs 7 NÖVergNG). Die beantragte unbefristete einstweilige Verfügung ist abzuweisen. Unter Beachtung der Entscheidungsfristen (§ 17 Abs 2 NÖVergNG) ist die einstweilige Verfügung auf 2 Monate zu befristen.

Im Hinblick darauf, dass der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich offenkundig unzuständig ist für die Beurteilung des gegenständlichen Vergabeverfahrens (Vorliegen einer Dienstleistungskonzession) stellen wir daher den Antrag

Der Unabhängige Verwaltungssenat möge

- i. den Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung wegen offenkundiger Unzuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates zurückweisen;
- ii. in eventu: die Einstweilige Verfügung auf die Untersagung der Zuschlagserteilung im gegenständlichen Verfahren für die Dauer von längstens 2 Monaten beschränken und alle darüber hinaus gehenden Anträge – wegen offenkundiger Unverhältnismäßigkeit – abweisen

Stadt ***

Der Unabhängige Verwaltungssenat im Land NÖ hat betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung folgendes erwogen:

Die Antragsgegnerin beabsichtigt mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Beschaffung einer „Dienstleistungskonzession zur Erbringung von Rettungs- und Krankentransportleistungen sowie zum Betrieb eines Pflegeheimes in ***“.

Zur Beschaffung dieser Dienstleistungen hat die Antragsgegnerin ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung gewählt.

Die Bekanntmachung der gegenständlichen Aufträge wurde am *** zur Veröffentlichung im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften versandt. Laut Antragstellerin erhielt diese die Teilnahmeunterlagen am ***.

Der geschätzte Auftragswert lässt sich derzeit den Unterlagen der Antragsgegnerin nicht entnehmen, liegt aber in Anbetracht der geforderten Dienstleistungsarten und –dauer (laut Punkt 1.2.6 der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages soll der Vertrag auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsverzicht bis *** abgeschlossen werden) sicher im Oberschwellenbereich von mehr als € 193.000.-.

Gemäß § 1 Abs. 1 NÖ VergNG regelt dieses Gesetz die Nachprüfung von Entscheidungen eines Auftraggebers im Sinne der Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) in einem Vergabeverfahren, das gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fällt.

Vorerst ist festzuhalten, dass es sich bei der Antragsgegnerin um eine Gemeinde in Niederösterreich und somit um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) handelt.

Gemäß § 3 Abs. 1 Z.1 BVergG sind öffentliche Auftraggeber der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände.

Gemäß § 13 Abs. 10 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz ist ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung die Pauschalgebühr gemäß § 19 nicht ordnungsgemäß entrichtet wurde.

Die Antragstellerin hat den Nachweis über die Einzahlung dieser Pauschalgebühr gleichzeitig mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung übermittelt.

Gemäß § 17 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz ist über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen unverzüglich, längstens jedoch binnen einer Woche nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Unabhängig davon, dass der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich zur Überprüfung eines „einfachen“ Dienstleistungsauftrages durch eine Gemeinde in Niederösterreich im Oberschwellenbereich prinzipiell sachlich und örtlich zuständig ist, ist im gegenständlichen Fall jedoch zu überprüfen, ob es sich bei der zugrunde liegenden Ausschreibung nicht um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Sinne des § 8 BVergG 2006 handelt.

Gemäß § 8 BVergG sind Dienstleistungskonzessionsverträge Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen

ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Aus den europäischen Materialien, Dokumenten und Judikatur zur geltenden DKR lässt sich keine sichere Definition des Dienstleistungskonzessionsbegriffs entnehmen. Es sind jedoch folgende Definitionselemente zu erkennen, die in unterschiedlicher Akzentuierung geprüft werden:

- 1) Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der in der Art der Gegenleistung von einem Dienstleistungsauftrag abweicht;
- 2) die Gegenleistung des Auftraggebers besteht in einem vom Konzessionsgeber auf den Konzessionär übertragenen Recht zur Nutzung der diesem Recht entspringenden eigenen Dienstleistung des Konzessionärs; die Nutznießer der vom Konzessionär erbrachten Leistungen sind Dritte am Konzessionsvertrag nicht Beteiligte;
- 3) der Konzessionär trägt das maßgebliche wirtschaftliche Risiko der Verwertung des Nutzungsrechts;
- 4) diesem Recht zur Nutzung ist das Recht zur Erhebung von Entgelten bei Dritten ("Recht zur Gebührenerhebung") immanent;

darüber hinaus ist aber auch die Zuzahlung eines Preises vom Konzessionsgeber an den Konzessionär für die Erbringung der Dienstleistung in einem bestimmten Maß zulässig;

- 5) durch die übertragenen Aufgaben muss eine Aufgabe im Allgemeininteresse erfüllt werden bzw. es muss sich um eine Aufgabe handeln, die grundsätzlich einer öffentlichen Stelle obliegt (dieses Kriterium wird in Judikatur und Lehre zum Teil abgelehnt; vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 4 Rz 79).

Gemäß Punkt 1 der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages ist Ziel, Hintergrund und Leistungsgegenstand des Vergabeverfahrens die Gewährleistung eines Gemeinde-, Rettungs- und Krankentransportdienstes, der gemäß der Verpflichtung der Antragsgegnerin nach dem NÖ Rettungsdienstgesetz erforderlich ist, da die AG den Vertrag zur Ast zum *** aufgekündigt habe. Dieser Rettungsdienst soll von einem geeigneten Dritten für die Stadt *** eigenverantwortlich betrieben werden.

Weiters soll vom selben Betreiber ebenfalls eigenverantwortlich ein Pflegeheim mit bis zu 70 Betten in *** geführt werden. Durch den gemeinsamen Betrieb sollen sich Synergieeffekte zum Vorteil in Form von Mehrleistung bzw. niedrigerer Kostenbeiträge der Stadt *** ergeben. Mitarbeiter des Krankentransportdienstes sollen auch für Hilfsleistungen im Pflegeheim zu Einsatz gelangen können.

Erlöse sollen für beide Bereiche gemäß 1.2 der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages vom Auftraggeber direkt mit den Dritten (z.B. Sozialhilfeträger, Krankenkassen, Patienten, Pflegenden, Bewohnern) abgerechnet werden und übernimmt die Stadt *** keine Auslastungs-/Erlösgarantie bzw. Gewährleistung.

Nach Pkt. 1.2.6 der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages soll die Verpflichtung zur Erbringung der Rettungsdienste ab ***, die Verpflichtung zum Betrieb des Pflegeheimes ab Vorliegen von Tagsatzvereinbarung für mind. 50 Betten und Gewährung einer Wohnbauförderung für das zu errichtende Pflegeheim, frühestens jedoch ab *** beginnen. Eine Teilkündigung sei ausgeschlossen.

Im Lichte der oben genannten Judikatur kann im Hinblick auf den Leistungsteil „Rettungs- und Krankentransportdienst“ eindeutig festgestellt werden, dass es sich hierbei um eine Dienstleistungskonzession handelt.

Die Stadt *** hat nach § 1 Abs. 1 NÖ Rettungsdienstgesetz im Rahmen des Gemeinde-Rettungs- und Krankentransportdienstes zu gewährleisten, dass für die Leistung der Ersten Hilfe und für den Transport von Personen, die in der Gemeinde eine erhebliche Gesundheitsstörung erlitten haben oder wegen ihres Gesundheitszustandes kein gewöhnliches Verkehrsmittel benützen können, entsprechende Einrichtungen zur Verfügung stehen.

Gemäß § 1 Abs. 3 leg.cit. haben die Gemeinden, sofern sie nicht selbst den Gemeinde-Rettungs- und Krankentransportdienst betreiben, diesen durch Abschluss eines Vertrages mit physischen oder juristischen Personen, die über geeignete Einrichtungen verfügen, sicherzustellen. In diesem Vertrag hat sich die Gemeinde auch zu einem jährlich zu entrichtenden Rettungsdienstbeitrag zu verpflichten.

Durch die gegenständliche Vergabe will die AG ihrer Verpflichtung nach den zitierten Bestimmungen nachkommen und überträgt damit das Recht zur Durchführung von Rettungs- und Krankentransporten an einen Dritten. Dieser soll nach den oben genannten Bestimmungen der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auch das gesamte Betriebsrisiko tragen. Mit Ausnahme des gesetzlich vorgesehenen

Rettungsdienstbeitrages soll der Ast kein Entgelt vom AN beziehen, sondern direkt mit Dritten seine Leistungen verrechnen.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Ast eine mit *** datierte Klage und Antrag auf einstweilige Verfügung beim Landesgericht *** zu *** zur selben Vergabesache eingebracht hat, worin diese unter Punkt 2. „Zuständigkeit“ im Wesentlichen ausführt, dass es sich beim Vergabeverfahren betreffend die Erteilung einer Dienstleistungskonzession zur Erbringung von Rettungs- und Krankentransportdienstleistungen sowie zum Betrieb eines Pflegeheimes in x um eine Dienstleistungskonzession handle, die nicht dem vergaberechtlichen Rechtsschutz, sondern dem Rechtsschutz der ordentlichen Gerichte unterliege.

Eine Dienstleistungskonzession liege im gegenständlichen Falle deshalb vor, weil gemäß Punkt 1.2.1. der Teilnahmeunterlagen die eigenverantwortliche Erbringung von Rettungsdienstleistungen bzw. der eigenverantwortliche Betrieb des Pflegeheimes ausgeschrieben werde; die Erlöse jeweils vom AN direkt mit Dritten (zB. Krankenkasse, Sozialhilfeträger, Patienten/Pfleglinge/Bewohner) abgerechnet werden; die Stadt x keine Auslastungsgarantie/Erlösgarantie bzw. Gewährleistung übernehme.

Zwar leiste der AG möglicherweise auch Zuzahlungen (die Beistellung des Pflegeheimes und der Erstausrüstung an den AN erfolge gemäß Punkt 1.1. Abs 2 der Teilnahmeunterlagen gegen Zahlung eines von den Bietern in der 2. Stufe anzubietenden Entgelts, sollte dieses Entgelt unter den Gestehungskosten des AG liegen, wäre die Differenz als Zuzahlung des AG anzusehen).

Allerdings bestünden aus der Sicht der klagenden Partei keine Indizien, die darauf schließen ließen, dass dadurch das gesamte Risiko des AN beseitigt wäre. Zudem wäre der EuGH in seinen jüngeren Entscheidungen bei der Einstufung von Dienstleistungskonzessionen eher großzügig (Fall Eurowasser bzw. Fall Stadler) gewesen.

Folglich trage nach den Festlegungen der Teilnahmeunterlagen der AN jedenfalls zu einem erheblichen Teil das Markt- bzw. Auslastungsrisiko, sodass eine Dienstleistungskonzession vorliege.

Ungeachtet dessen, dass nach den vorliegenden Informationen keinerlei Indizien für einen Dienstleistungsauftrag bestünden, habe die klagende Partei aus anwaltlicher Vorsicht zur Vermeidung einer Rechtschutzlücke einen Schlichtungsantrag bei der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Anträge eingebracht.

Dasselbe gilt für den Leistungsteil „Betrieb“ eines Pflegeheimes. Hierbei soll dem Auftragnehmer gegen einen Kostenbeitrag das Recht auf Nutzung des noch durch die Stadt *** zu errichtenden Pflegeheimes mit für bis 70 Betten inklusive der Erstausrüstung eingeräumt werden.

Das gesamte Betriebsrisiko trägt laut den Festlegungen der Teilnahmeunterlagen unter Punkt 1.2.3 der Auftragnehmer. Dort heißt es wörtlich: „Die Erlösverantwortung trägt der Auftragnehmer. In diesem Sinn rechnet der Auftragnehmer alle sich aus der Pflege sich ergebenden Ansprüche gegenüber den Bewohnern des Pflegeheimes, den Sozialhilfeträgern und sonstigen Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ab. Die Stadt *** übernimmt keine Erlös- bzw. Auslastungsgarantie bzw. – gewährleistung. Zusätzliche Forderungen/Ansprüche, die über die Beistellung des Pflegeheimes und deren Erstausrüstung zu dem vorgegebenen Tarif hinausgehen, sind ausgeschlossen.“

Dass der Abschluss von 50 „Tagsatzvereinbarungen“ durch die Stadt *** Voraussetzung für den Beginn der Verpflichtung des Auftragnehmers sein soll, ändert nichts daran, dass dieser das wirtschaftliche Risiko trägt. Diese Tagsatzvereinbarungen bedeuten amtsbekanntermaßen lediglich, dass die Vergabe dieser 50 Pflegeplätze dem Land Niederösterreich im Wege der örtlich zuständigen Bezirksverwaltungsbehörden vorbehalten ist. Es handelt sich hierbei um „geförderte“ Pflegeplätze für Anspruchsberechtigte nach § 12 NÖ Sozialhilfegesetz 2002.

Selbst wenn man zum Ergebnis gelangen würde, dass hinsichtlich des Leistungsteiles „Betrieb eines Pflegeheimes“ keine Dienstleistungskonzession vorläge, ergibt eine vorzunehmende Gesamtbewertung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, dass das Schwergewicht auf dem Leistungsteil „Rettungs- und Krankentransporte“ ruht und daher nach dessen rechtlicher Qualifikation zu beurteilen ist.

Dies ergibt sich schon daraus, dass auf Grund der Kündigung des aktuellen, mit der Ast bestehenden Vertrages nach dem NÖ Rettungsdienstgesetz die Vergabe des Leistungsteiles „Rettung- und Krankentransport“ unbedingt nach den gesetzlichen Verpflichtungen der Gemeinde erforderlich ist, wohingegen der Betrieb eines weiteren Pflegeheimes in *** keine gesetzliche Dringlichkeit besitzt. Darüber hinaus ergibt sich aus der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages, dass sowohl die Errichtung als auch der Betrieb des Pflegeheimes, wenn nicht schon grundsätzlich ungewiss, so doch zeitlich völlig unabsehbar sind.

Weder geht aus den Unterlagen hervor, dass die budgetären Voraussetzungen für die Errichtung eines Pflegeheimes gegeben sind, noch kann, da kein Rechtsanspruch darauf besteht, die Zusage einer Wohnbauförderung bzw. die Erteilung einer Errichtungsbewilligung nach dem Niederösterreichischen Sozialhilfegesetz 2002 als gesichert angenommen werden.

Auch was den Abschluss von 50 „Tagsatzvereinbarungen“ betrifft, kann mit der Erfüllung dieser Bedingung keinesfalls mit Sicherheit gerechnet werden. Amtsbekanntermaßen werden derartige Vereinbarung vom Land Niederösterreich auf Grund eines zu erstellenden Bedarfsplanes geschlossen. Gesicherte Angaben, ob ein entsprechender Bedarf in *** für ein zweites Pflegeheim besteht, liegen nicht vor. Wie die ASt selbst vorbringt, ist das Kontingent für den Abschluss von „Tagsatzvereinbarungen“ bis 2014 erschöpft.

Somit liegt auch das wirtschaftliche Gewicht auf Seiten des Leistungsteiles „Rettungs- und Krankentransportes“, da dieser, selbst unter der Annahme günstigster Bedingungen für die Errichtung des Pflegeheimes (rasche Planung und Bauzeit, usw.) bereits einige Jahre früher in Betrieb sein wird.

Aufgrund der eindeutigen Textierung des § 11 BVergG 2006 ist klar, dass ein Rechtsschutz durch die Vergabekontrollbehörden bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen nicht vorgesehen ist.

Der gegenständliche Antrag auf Einstweilige Verfügung musste daher, infolge Unzuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich, als unzulässig zurückgewiesen werden.

Dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung war gemäß § 19 Abs. 9 NÖ VergNG nicht Folge zu geben, da ein Anspruch auf den Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann besteht, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.