

TE Vwgh Erkenntnis 2009/6/26 2009/04/0024

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.06.2009

Index

E3L E06301000;
E3L E06302000;
E3L E06303000;
E3L E06304000;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31992L0050 Vergabekoordinierungs-RL Dienstleistungsaufträge;
31997L0052 Nov-31992L0050/31993L0036/31993L0037;
32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art44;
32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art48;
32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art53 Abs1 lita;
32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art53;
32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge;
ASVG §412 Abs1;
ASVG §413 Abs1 Z1;
BVerG 2006 §130 Abs1;
BVerG 2006 §2 Z20 litc;
BVerG 2006 §2 Z20 litd;
BVerG 2006 §319 Abs1;
BVerG 2006 §70 Abs1 Z4;
BVerG 2006 §75 Abs1;
BVerG 2006 §75 Abs7;
VwGG §34 Abs1;
VwGG §42 Abs2 Z1;
VwGG §47 Abs5;
1. ASVG § 412 heute
2. ASVG § 412 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2013
3. ASVG § 412 gültig von 01.07.1993 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 411/1996
1. ASVG § 413 heute

2. ASVG § 413 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
 3. ASVG § 413 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2013
 4. ASVG § 413 gültig von 01.01.1992 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 676/1991
-
1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. VwGG § 34 heute
 2. VwGG § 34 gültig ab 01.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2021
 3. VwGG § 34 gültig von 01.01.2014 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 4. VwGG § 34 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 5. VwGG § 34 gültig von 01.07.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
 6. VwGG § 34 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
 7. VwGG § 34 gültig von 01.09.1997 bis 31.07.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/1997
 8. VwGG § 34 gültig von 05.01.1985 bis 31.08.1997
-
1. VwGG § 42 heute
 2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
 5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
 6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990
-
1. VwGG § 47 heute
 2. VwGG § 47 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
 3. VwGG § 47 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 4. VwGG § 47 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

5. VwGG § 47 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
6. VwGG § 47 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
7. VwGG § 47 gültig von 05.01.1985 bis 31.07.2004

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde der

1. Republik Österreich (Bund), 2. Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, 3. Bundesimmobiliengesellschaft mbH., 4. Insolvenz-Entgelt-Fonds Service GmbH, 5. Buchhaltungsagentur des Bundes und des 6. Wasserleitungsverbandes Nördliches Burgenland, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH in Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, Singerstr. 17-19, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 12. Dezember 2008, Zl. N/0140- BVA/07/2008-23a, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung einer Ausschreibung (mitbeteiligte Partei: HW Reinigungsservice und Gebäudedienstleistungen in I, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Heinrichsgasse 4/Top 1), zu Recht erkannt: 3. Bundesimmobiliengesellschaft mbH., 4. Insolvenz-Entgelt-Fonds Service GmbH, 5. Buchhaltungsagentur des Bundes und des 6. Wasserleitungsverbandes Nördliches Burgenland, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH in Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, Singerstr. 17-19, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 12. Dezember 2008, Zl. N/0140- BVA/07/2008-23a, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung einer Ausschreibung (mitbeteiligte Partei: HW Reinigungsservice und Gebäudedienstleistungen in römisch eins, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Heinrichsgasse 4/Top 1), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat (als Rechtsträger der belangten Behörde) den zweit- bis sechstbeschwerdeführenden Parteien Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.141,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Der Antrag des Bundes (als erstbeschwerdeführende Partei) auf Zuspruch von Aufwändersatz wird abgewiesen.

Begründung

I. römisch eins.

1. Ausschreibung und strittiges Zuschlagskriterium:

Die beschwerdeführenden Auftraggeber führten vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH das Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistung Tirol und Vorarlberg 2009 in Dienststellen des Bundes, ARGES, BIG, IEF und Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland" nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF BGBl. I Nr. 86/2007 (B-VergG 2006) durch. Dabei handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, die Dienstleistung wurde europaweit im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Die beschwerdeführenden Auftraggeber führten vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH das Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistung Tirol und Vorarlberg 2009 in Dienststellen des Bundes, ARGES, BIG, IEF und Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland" nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (B-VergG 2006) durch. Dabei handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, die Dienstleistung wurde europaweit im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht.

In dieser Ausschreibung wurde festgelegt, dass die Bewertung der Angebote nach dem Bestbieterprinzip erfolgt. In den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) wurden im Rahmen der "Qualität der gebotenen Leistung" mehrere Zuschlagskriterien festgelegt, darunter das im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof strittige Zuschlagskriterium I.3.7 ("Kenntnisse, Ausbildung und Qualifikation des Objektauditors"). In dieser Ausschreibung wurde festgelegt, dass die Bewertung der Angebote nach dem Bestbieterprinzip erfolgt. In den allgemeinen

Ausschreibungsbedingungen (AAB) wurden im Rahmen der "Qualität der gebotenen Leistung" mehrere Zuschlagskriterien festgelegt, darunter das im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof strittige Zuschlagskriterium römisch eins.3.7 ("Kenntnisse, Ausbildung und Qualifikation des Objektauditors").

Dieses Zuschlagskriterium lautet wie folgt:

"Bedeutung: Die Leistungserfüllung des gewerblichen Reinigungspersonals und des Objektleiters ist während der Vertragslaufzeit regelmäßig durch einen internen Objektauditor des zukünftigen Auftragnehmers vor Ort zu überprüfen und das Ergebnis ist zu protokollieren (siehe Punkt 6.6.1. Pflichtenheft). Der dem ausführenden Personal 'vorgesetzte' Objektauditor ist für die interne Gesamtüberprüfung der Leistungserfüllung verantwortlich; für den Auftraggeber ist es daher ein wichtiger Zusatznutzen, wenn das Objektaudit vor Ort durch einen Mitarbeiter aus der Geschäftsführungsebene ausgeführt wird, der über eine entsprechende Ausbildung und Kenntnisse verfügt.

Bewertungsgrundlage: Hier ist in einem eigenen Excel-Sheet (neben dem Angebotsblatt) die Ausbildung des jeweiligen, zuständigen Objektauditors anzuführen. Es ist für jedes angebotene Los ein Objektauditor namentlich zu nennen und die Qualifikation für diesen nachzuweisen, da die Bewertung und Punktezuteilung je Los gesondert erfolgt. Pro Los kann nur ein Objektauditor genannt werden, widrigenfalls das Angebot in diesem Los nicht bewertet werden kann, ein Objektauditor kann jedoch mehrere Lose betreuen.

Nachweise: z.B. Zeugnisse, Ausbildungsnachweise, Kursbestätigungen
Bewertungsmethode: Die vorgegebenen 'Ausbildungspunkte' errechnen sich entsprechend der vom Bieter auszufüllenden Liste.

Es werden maximal 25 Ausbildungspunkte vergeben. Die Angebote mit den 'maximalen Ausbildungspunkten' erhalten die in der Bewertungstabelle angegebenen maximalen 5 Bewertungspunkte. Die übrigen Angebote erhalten um so viele Punkte weniger, als sie in Prozent von den 'maximalen Ausbildungspunkten' (Bewertungsband: 0 bis 25 Ausbildungspunkte) abweichen. Im Zuge der Angebotprüfung und Bewertung kann im Falle der falschen Zuordnung von Dokumenten zu den einzelnen Ausbildungspunkten durch den Bieter diese Zuordnung von der Vergabekommission entsprechend korrigiert werden.

..."

2. Angefochtener Bescheid:

Diese Ausschreibung wurde von der mitbeteiligten Partei bei der belangten Behörde angefochten und dabei die Nichtigklärung dieser Ausschreibung, in eventu die Nichtigklärung einzeln angeführter Ausschreibungsbestimmungen beantragt. In ihrem Nachprüfungsantrag führte die mitbeteiligte Partei unter anderem aus, sie wolle sich am Vergabeverfahren beteiligen, die von ihr angefochtene Ausschreibung sei jedoch rechtswidrig. Dabei verweist die mitbeteiligte Partei unter anderem auf das Zuschlagskriterium in Punkt 1.3.7. der AAB, bei dem es sich ihrer Meinung nach in Wahrheit um ein Eignungskriterium handle.

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 12. Dezember 2008 wurde dem Antrag der mitbeteiligten Partei auf Nichtigklärung der Ausschreibung stattgegeben und die Ausschreibung (gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006) für nichtig erklärt (Spruchpunkt 1.). Weiters wurden die Beschwerdeführer verpflichtet, der mitbeteiligten Partei die von ihr (für den Nachprüfungsantrag und den damit verbundenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt EUR 2.400,- zu ersetzen (Spruchpunkt 2.). Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 12. Dezember 2008 wurde dem Antrag der mitbeteiligten Partei auf Nichtigklärung der Ausschreibung stattgegeben und die Ausschreibung (gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006) für nichtig erklärt (Spruchpunkt 1.). Weiters wurden die Beschwerdeführer verpflichtet, der mitbeteiligten Partei die von ihr (für den Nachprüfungsantrag und den damit verbundenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt EUR 2.400,- zu ersetzen (Spruchpunkt 2.).

In der Begründung dieses Bescheides führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, es sei zwischen bieterbezogenen Eignungs- und auftragsbezogenen Zuschlagskriterien zu unterscheiden. Sodann verweist die belangte Behörde auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 24. Jänner 2008 in der Rechtssache C-532/06, Emm. G. Lianakis AE u. a. gegen Dimos Alexandroupolis u.a., Slg. 2008, I-00251, Randnr. 29ff (im Folgenden: Urteil "Lianakis"), und meint, der EuGH habe in diesem Urteil unmissverständlich festgehalten, dass die

Erfahrung und die Qualifikationen der Bieter keine Zuschlagskriterien, sondern Eignungskriterien darstellten, da sie im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrages zusammenhingen. Da es sich daher beim strittigen Zuschlagskriterium Punkt I.3.7. ("Kenntnisse, Ausbildung und Qualifikation des Objektauditors") um ein Eignungskriterium handle, sei dieses Zuschlagskriterium rechtswidrig. Dies zeige auch § 75 Abs. 7 Z 5 BVergG 2006, wonach als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit bei Dienstleistungsaufträgen Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Personen verlangt werden könnten. In der Begründung dieses Bescheides führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, es sei zwischen bieterbezogenen Eignungs- und auftragsbezogenen Zuschlagskriterien zu unterscheiden. Sodann verweist die belangte Behörde auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 24. Jänner 2008 in der Rechtssache C-532/06, Emm. G. Lianakis AE u. a. gegen Dimos Alexandroupolis u.a., Slg. 2008, I-00251, Randnr. 29ff (im Folgenden: Urteil "Lianakis"), und meint, der EuGH habe in diesem Urteil unmissverständlich festgehalten, dass die Erfahrung und die Qualifikationen der Bieter keine Zuschlagskriterien, sondern Eignungskriterien darstellten, da sie im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrages zusammenhingen. Da es sich daher beim strittigen Zuschlagskriterium Punkt römisch eins.3.7. ("Kenntnisse, Ausbildung und Qualifikation des Objektauditors") um ein Eignungskriterium handle, sei dieses Zuschlagskriterium rechtswidrig. Dies zeige auch Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer 5, BVergG 2006, wonach als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit bei Dienstleistungsaufträgen Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Personen verlangt werden könnten.

Da dem Nachprüfungsantrag der mitbeteiligten Partei stattgegeben und dem Antrag auf einstweilige Verfügung teilweise stattgegeben worden sei, sei der mitbeteiligten Partei gemäß § 319 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zuzusprechen gewesen. Da dem Nachprüfungsantrag der mitbeteiligten Partei stattgegeben und dem Antrag auf einstweilige Verfügung teilweise stattgegeben worden sei, sei der mitbeteiligten Partei gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zuzusprechen gewesen.

3. Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Vorbringen der Parteien:

3.1. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

In dieser Beschwerde bringen die beschwerdeführenden Auftraggeber im Wesentlichen vor, die belangte Behörde lege das Urteil "Lianakis" unrichtig aus. Mit Verweis auf Holoubek, Auftragsbezogene Anbieteraspekte bei der Bestbieterermittlung - Überlegungen aus Anlass des EuGH-Urteils in der Rs Lianakis, ZVB 2008/78, führen die Beschwerdeführer aus, "auftragsbezogene Anbieteraspekte" seien auch nach dem Urteil "Lianakis" zulässig, wenn sie 1. einen engen Konnex zu den konkreten Angeboten aufwiesen und damit in der Lage seien, die Wirtschaftlichkeit des Angebotes zu bewerten und sie 2. "im Wesentlichen" auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ausgerichtet seien, also nicht überwiegend auf die Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des Auftrages gerichtet seien. Der EuGH habe sich im Urteil "Lianakis" auf Grund der ihm vorgelegten Fragen auf die Feststellung der europarechtlichen Unzulässigkeit der nachträglichen Gewichtung von Zuschlagskriterien beschränkt. Lediglich in den Randnummern 29 ff habe der EuGH "überschießende, mit dem Vorabentscheidungsersuchen nicht in direktem Zusammenhang stehende Ausführungen" zu Zuschlagskriterien gemacht. Die belangte Behörde habe daher zu Unrecht in ihrem Verfahren auf die allgemein gehaltene Formulierung des EuGH in den Randnummern 29 ff des Urteils "Lianakis" abgestellt und diese übernommen. Sie habe sich aber nicht mit der entscheidenden Frage auseinander gesetzt, ob das strittige Zuschlagskriterium überwiegend der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes diene oder nicht. Die Bedeutung dieses Zuschlagskriteriums werde in Punkt I.3.7. der AAB dargelegt: Der Objektauditor solle vor Ort die Leistungserfüllung überprüfen, die diesbezüglichen Ergebnisse protokollieren und insgesamt für die interne Gesamtüberprüfung der Leistungserfüllung verantwortlich sein. Es sei ein "wichtiger Zusatznutzen" für die Beschwerdeführer als Auftraggeber, wenn das "Objektaudit" vor Ort durch einen Mitarbeiter aus der Geschäftsführungsebene ausgeführt werde, der über eine entsprechende Ausbildung und Kenntnisse verfüge. Dieser wichtige Zusatznutzen zeige, dass es den Beschwerdeführern als Auftraggebern bei diesen Zuschlagskriterium nicht ausschließlich bzw. überwiegend um die Frage der "Erfüllung bzw. Nichterfüllung" ankomme, sondern vielmehr

auf die Frage der "Mehr- oder Wenigererfüllung" dieses Kriteriums. Das strittige Zuschlagskriterium sei daher deutlich auftragsbezogen formuliert und keinesfalls primär bieterbezogen. In dieser Beschwerde bringen die beschwerdeführenden Auftraggeber im Wesentlichen vor, die belangte Behörde lege das Urteil "Lianakis" unrichtig aus. Mit Verweis auf Holoubek, Auftragsbezogene Anbieteraspekte bei der Bestbieterermittlung - Überlegungen aus Anlass des EuGH-Urteils in der Rs Lianakis, ZVB 2008/78, führen die Beschwerdeführer aus, "auftragsbezogene Anbieteraspekte" seien auch nach dem Urteil "Lianakis" zulässig, wenn sie 1. einen engen Konnex zu den konkreten Angeboten aufwiesen und damit in der Lage seien, die Wirtschaftlichkeit des Angebotes zu bewerten und sie 2. "im Wesentlichen" auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ausgerichtet seien, also nicht überwiegend auf die Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des Auftrages gerichtet seien. Der EuGH habe sich im Urteil "Lianakis" auf Grund der ihm vorgelegten Fragen auf die Feststellung der europarechtlichen Unzulässigkeit der nachträglichen Gewichtung von Zuschlagskriterien beschränkt. Lediglich in den Randnummern 29 ff habe der EuGH "überschießende, mit dem Vorabentscheidungsersuchen nicht in direktem Zusammenhang stehende Ausführungen" zu Zuschlagskriterien gemacht. Die belangte Behörde habe daher zu Unrecht in ihrem Verfahren auf die allgemein gehaltene Formulierung des EuGH in den Randnummern 29 ff des Urteils "Lianakis" abgestellt und diese übernommen. Sie habe sich aber nicht mit der entscheidenden Frage auseinander gesetzt, ob das strittige Zuschlagskriterium überwiegend der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes diene oder nicht. Die Bedeutung dieses Zuschlagskriteriums werde in Punkt römisch eins.3.7. der AAB dargelegt: Der Objektauditor solle vor Ort die Leistungserfüllung überprüfen, die diesbezüglichen Ergebnisse protokollieren und insgesamt für die interne Gesamtüberprüfung der Leistungserfüllung verantwortlich sein. Es sei ein "wichtiger Zusatznutzen" für die Beschwerdeführer als Auftraggeber, wenn das "Objektaudit" vor Ort durch einen Mitarbeiter aus der Geschäftsführungsebene ausgeführt werde, der über eine entsprechende Ausbildung und Kenntnisse verfüge. Dieser wichtige Zusatznutzen zeige, dass es den Beschwerdeführern als Auftraggebern bei diesem Zuschlagskriterium nicht ausschließlich bzw. überwiegend um die Frage der "Erfüllung bzw. Nichterfüllung" ankomme, sondern vielmehr auf die Frage der "Mehr- oder Wenigererfüllung" dieses Kriteriums. Das strittige Zuschlagskriterium sei daher deutlich auftragsbezogen formuliert und keinesfalls primär bieterbezogen.

Die Beschwerdeführer verweisen auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf (und zitieren unter anderem den Beschluss vom 5. Mai 2008, VII-Verg5/08), in welcher dieses Gericht zum Urteil "Lianakis" unter anderem ausführe:

"... Unabhängig davon kann jedoch einem anzuerkennenden

Bedürfnis entsprechen, den Auftrag nicht schon einem im Rahmen der Eignungsprüfung ermittelten, generell geeigneten, sondern mit Rücksicht auf die besonderen Anforderungen, die die Ausführung stellt, nur einem besonders erfahrenen, fachkundigen und/oder zuverlässigen Auftragnehmer zu erteilen. Die Eignungsprüfung hat indes nicht zum Gegenstand, solche qualitativen Unterschiede zwischen den sich um den Auftrag bewerbenden Unternehmen festzustellen. Dennoch lehrt die Vergabep Praxis, dass es solche Unterschiede gibt, dass sich an Vergabeverfahren also Unternehmen beteiligen, die, was die Gewissheit für eine ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages anbelangt, durchaus unterschiedliche Eignungsgrade aufweisen, die mehr oder weniger eine problemfreie Ausführung erwarten lassen. Zu dem durch die Ausschreibung sowie durch die EG-rechtlichen und nationalen Bestimmungen über das Vergabeverfahren angestrebten Ergebnis verhielte es sich aber geradezu kontraproduktiv, müssten solche graduellen Eignungsunterschiede bei der Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots vom Auftraggeber in jedem Fall unberücksichtigt bleiben. Solches ist ungeachtet der Vergabegrundsätze, die der EuGH unlängst im Urteil vom 24.1.2008 (C-532/06 Rn. 25 ff) wiederholt hat, auch von den Vergaberichtlinien nicht gefordert Anders gewendet sollte daraus zu folgern sein, dass eine graduell verschiedene Eignung der Bieter bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots vom öffentlichen Auftraggeber berücksichtigt werden darf, sofern es um die auftragsbezogene Umsetzung bestimmter Eignungsmerkmale geht, die im Angebot selbst dokumentiert werden soll. Der Auftraggeber darf bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes danach auch solche, an und für sich als Eignungsmerkmale einzustufende Faktoren berücksichtigen, die nach den von ihm ermessensfehlerfrei aufgestellten Prüfungsmaßstäben einen spezifischen Bezug zur Auftragsausführung aufweisen, eine ordnungsgemäße Erfüllung der gestellten Anforderung erwarten lassen und die sich nach seinem Verlangen im Angebot ausdrücklich niederschlagen sollen. Unter solchen Voraussetzungen darf der Auftraggeber Eignungsmerkmale auch als Kriterien zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots formulieren."

Weiters verweisen die Beschwerdeführer auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-315/01, GAT, Slg. 2003, I-06351. Aus diesem Urteil sei abzuleiten, dass eine bloße Anzahl von Referenzen nicht als Zuschlagskriterium normiert werden dürfe, dagegen Referenzen, die auch einer qualitativen Prüfung unterzogen würden, sehr wohl als Zuschlagskriterium vorgesehen werden dürften. Auch verweisen die Beschwerdeführer auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-324/93, Evens Medical, vom 28. März 1995, Slg. 1995, I-00563. Nach diesem sei die Vergabestelle berechtigt, beim Abschluss von Dauerverträgen die Fähigkeit der Bieter, die Zuverlässigkeit und Kontinuität einer Versorgung sicherzustellen, als Zuschlagskriterium zu definieren. Auch habe die Europäische Kommission in ihrem "Leitfaden für Auftraggeber von Reinigungsdienstleistungen" ausdrücklich die Festlegung von Kenntnissen und Erfahrungen der Mitarbeiter und des Managements, die mit der Ausführung des Auftrages betraut würden, als Zuschlagskriterien empfohlen. Daher habe die belangte Behörde das Urteil des EuGH "Lianakis" verkannt und unrichtigerweise das vorliegende Zuschlagskriterium als rechtswidrig beurteilt.

Die Beschwerdeführer bringen auch vor, sie hätten auf Grund der Nichtigerklärung der Ausschreibung das Vergabeverfahren (gemäß § 138 Abs. 1 BVergG 2006) widerrufen, der Widerruf sei im ABl. S am 27. Dezember 2008 bekannt gemacht worden. Trotz des Widerrufs erachteten sich die Beschwerdeführer durch den angefochtenen Bescheid weiterhin in ihren Rechten verletzt, da sich aus diesem die Verpflichtung zum Ersatz der Pauschalgebühren an die mitbeteiligte Partei ergebe. Die Beschwerdeführer bringen auch vor, sie hätten auf Grund der Nichtigerklärung der Ausschreibung das Vergabeverfahren (gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG 2006) widerrufen, der Widerruf sei im Amtsblatt, S am 27. Dezember 2008 bekannt gemacht worden. Trotz des Widerrufs erachteten sich die Beschwerdeführer durch den angefochtenen Bescheid weiterhin in ihren Rechten verletzt, da sich aus diesem die Verpflichtung zum Ersatz der Pauschalgebühren an die mitbeteiligte Partei ergebe.

3.2. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

In ihrer Gegenschrift führt sie aus, der EuGH habe im Urteil "Lianakis" unmissverständlich festgehalten, dass die Erfahrung und Qualifikation der Bieter nicht als Zuschlagskriterien zu berücksichtigen seien, sondern vielmehr Eignungskriterien darstellten. Die Berücksichtigung eines Kriteriums für die Prüfung der (fachlichen) Eignung der Bieter als Zuschlagskriterium sei demnach unzulässig. Dabei verweist die belangte Behörde auch auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Erkenntnis vom 1. März 2005, Zl. 2002/04/0125). Das von den Beschwerdeführern angeführte Urteil des EuGH "GAT" sei nicht einschlägig, weil es sich im vorliegenden Fall nicht um Referenzen handle.

3.3. Die mitbeteiligte Partei erstattete ebenso eine Gegenschrift, in der sie zu dem strittigen Zuschlagskriterium im Wesentlichen vorbrachte, dass sich aus dem Urteil "Lianakis" nicht das von den Beschwerdeführern angenommene "Wesentlichkeitskriterium" ableiten lasse. Nach diesem Urteil hingen die Erfahrungen und Qualifikationen immer im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter zusammen und sei aus dem Urteil kein darüber hinausgehendes zusätzliches "Wesentlichkeitskriterium" abzuleiten. Der EuGH sei im Urteil "Lianakis" unmissverständlich auf die konkreten Zuschlagskriterien des Anlassfalles eingegangen und habe diesen die Eigenschaft von Zuschlagskriterien abgesprochen. Die von den Beschwerdeführern angeführte Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf stehe im offenen Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH im Urteil "Lianakis". Im Urteil des EuGH "GAT" habe der EuGH keine Aussage über eine über die dort maßgebliche Vorlagefrage hinausgehende Unzulässigkeit von Referenzen als Zuschlagskriterien gemacht. Das Urteil des EuGH "Evans Medical" habe sich noch auf die Richtlinie 77/62/EWG bezogen und entspreche nicht mehr der aktuellen Rechtslage.

II. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zum rechtlichen Interesse der Beschwerdeführer:

Die mit Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides ausgesprochene Verpflichtung der Beschwerdeführerin zum Ersatz der Pauschalgebühren stützt sich gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 ausschließlich darauf, dass die Mitbeteiligte mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung obsiegt hat. Der die Beschwerdeführerin zweifellos belastende Spruchpunkt II. kann daher vorliegend vom Verwaltungsgerichtshof nur unter der Voraussetzung aufgehoben werden, dass sich die mit Spruchpunkt I. ausgesprochene Nichtigerklärung der Ausschreibung als rechtswidrig erweist. Schon deshalb ist die Beschwerdeführerin ungeachtet des Umstandes, dass sie die Ausschreibung zwischenzeitig widerrufen hat, auch durch den Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides weiterhin

beschwert. Die mit Spruchpunkt römisch zwei. des angefochtenen Bescheides ausgesprochene Verpflichtung der Beschwerdeführerin zum Ersatz der Pauschalgebühren stützt sich gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 ausschließlich darauf, dass die Mitbeteiligte mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung obsiegt hat. Der die Beschwerdeführerin zweifellos belastende Spruchpunkt römisch zwei. kann daher vorliegend vom Verwaltungsgerichtshof nur unter der Voraussetzung aufgehoben werden, dass sich die mit Spruchpunkt römisch eins. ausgesprochene Nichtigerklärung der Ausschreibung als rechtswidrig erweist. Schon deshalb ist die Beschwerdeführerin ungeachtet des Umstandes, dass sie die Ausschreibung zwischenzeitig widerrufen hat, auch durch den Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides weiterhin beschwert.

2. Rechtslage:

2.1. Gemeinschaftsrecht

Die im vorliegenden Verfahren maßgeblichen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 lauten auszugsweise wie folgt:

"Artikel 44

Überprüfung der Eignung und Auswahl der Teilnehmer, Vergabe

des Auftrags

1. (1) Absatz eins, Die Auftragsvergabe erfolgt aufgrund der in den Artikeln 53 und 55 festgelegten Kriterien unter Berücksichtigung des Artikels 24, nachdem die öffentlichen Auftraggeber die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer, die nicht aufgrund von Artikel 45 und 46 ausgeschlossen wurden, geprüft haben; diese Eignungsprüfung erfolgt nach den in den Artikeln 47 bis 52 genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde und gegebenenfalls nach den in Absatz 3 genannten nichtdiskriminierenden Vorschriften und Kriterien.
2. (2) Absatz 2, Die öffentlichen Auftraggeber können Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit gemäß den Artikeln 47 und 48 stellen, denen die Bewerber und Bieter genügen müssen.
Der Umfang der Informationen gemäß den Artikeln 47 und 48 sowie die für einen bestimmten Auftrag gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein.

Die Mindestanforderungen werden in der Bekanntmachung angegeben

...

Artikel 48

Technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit

...

1. (2) Absatz 2, Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers kann je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der Bauleistungen, der zu liefernden Erzeugnisse oder der Dienstleistungen wie folgt erbracht werden:

...

b) durch Angabe der technischen Fachkräfte oder der technischen Stellen, unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen des Wirtschaftsteilnehmers angehören oder nicht, und zwar insbesondere derjenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind, und bei öffentlichen Bauaufträgen derjenigen, über die der Unternehmer für die Ausführung des Bauwerks verfügt;

...

e) durch Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Dienstleistungserbringers oder Unternehmers und/oder der Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen oder für die Ausführung der Bauleistungen verantwortlichen Personen;

...

1. (5) Absatz 5, Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die die Lieferung von Waren, für die Verlege- oder Anbringerarbeiten erforderlich sind, die Erbringung von Dienstleistungen und/oder Bauleistungen zum Gegenstand

haben, kann die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer zur Erbringung dieser Leistungen oder zur Ausführung der Verlege- und Anbringarbeiten insbesondere anhand ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Erfahrung und Zuverlässigkeit beurteilt werden.

...

Artikel 53

Zuschlagskriterien

1. (1) Absatz eins, Der öffentliche Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an:

a) entweder - wenn der Zuschlag auf das aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt - verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist

b) oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises.

..."

2. Österreichisches Recht:

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 86/2007 (BVerG 2006) sind in Umsetzung der Richtlinie 2004/18 ergangen (so ausdrücklich § 351 Z 5 BVerG 2006) und lauten auszugsweise wie folgt: Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVerG 2006) sind in Umsetzung der Richtlinie 2004/18 ergangen (so ausdrücklich Paragraph 351, Ziffer 5, BVerG 2006) und lauten auszugsweise wie folgt:

"Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend: Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

...

20. Kriterien:

...

c) Eignungskriterien sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

d) Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium

aa) sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist, oder

bb) ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis.

...

§ 70. (1) Der Auftraggeber kann von Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre Paragraph 70, (1) Der Auftraggeber kann von Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre

...

4. technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.

...

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 75. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Paragraph 75, (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

...

1. (7) Absatz 7, Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Dienstleistungsaufträgen verlangt werden:

...

3. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind;

...

5. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen;

...

Der Zuschlag

Wahl des Angebotes für den Zuschlag

§ 130. (1) Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen." Paragraph 130, (1) Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen."

3. Allgemein zur Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nach der Richtlinie 2004/18 nach dem Urteil "Lianakis":

3.1. Die im vorliegenden Verfahren maßgeblichen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 entsprechen nahezu den entsprechenden Bestimmungen der (Vorgänger)Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209, 1, in der durch die Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328, 1, geänderten Fassung (Richtlinie 92/50), zumal die Richtlinie 2004/18 nach ihrem ersten Erwägungsgrund eine Neufassung der in unterschiedlicher Weise auf Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbaren Richtlinien in einem einzigen Text darstellt (vgl. so das Urteil des EuGH vom 13. Dezember 2007 in der Rechtssache C-337/06, Bayrischer Rundfunk, Slg. 2007, I-11173, Randnr. 5). 3.1. Die im vorliegenden Verfahren maßgeblichen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 entsprechen nahezu den entsprechenden Bestimmungen der (Vorgänger)Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, Amtsblatt , L 209, 1, in der durch die Richtlinie 97/52/EG, Amtsblatt L 328, 1, geänderten Fassung (Richtlinie 92/50), zumal die Richtlinie 2004/18 nach ihrem ersten Erwägungsgrund eine Neufassung der in unterschiedlicher Weise auf Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbaren Richtlinien in einem einzigen Text darstellt vergleiche , so das Urteil des EuGH vom 13. Dezember 2007 in der Rechtssache C-337/06, Bayrischer Rundfunk, Slg. 2007, I-11173, Randnr. 5).

Daher ist - wie auch von den Parteien des Ausgangsverfahrens angeführt - nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 92/50, insbesondere das immer wieder angeführte Urteil "Lianakis" auch für das vorliegende Verfahren maßgeblich.

3.2. Nun ist im vorliegenden Verfahren strittig, wie das Urteil "Lianakis" verstanden werden muss. Ausgangspunkt der unterschiedlichen Auffassungen sind die Ausführungen des EuGH in den Randnrn. 30 bis 32. In Randnr. 30 hält der EuGH - ausgehend von seiner bisherigen in der Randnr. 29 angeführten ständigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Zuschlagskriterien - fest, dass "als 'Zuschlagskriterien' Kriterien ausgeschlossen" sind, "die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrages zusammenhängen". Damit wird nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes die theoretische Abgrenzung zwischen Eignungskriterien einerseits und Zuschlagskriterien andererseits deutlich gezogen: Die Eignungskriterien dienen - wie bereits der

39. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/18/EG erkennen lässt - der Prüfung bzw. der Auswahl der Bieter selbst und betreffen daher nicht deren Angebot, sondern die Bieter (bzw. deren Unternehmen). Die Zuschlagskriterien dienen dagegen der Bewertung der Angebote - vgl. bereits den 46. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/18 - und müssen daher - wie Art. 53 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/18 normiert - mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Diese theoretische Trennung der beiden Vorgänge (einerseits Prüfung des Unternehmens und andererseits Prüfung des konkreten Angebots dieses Unternehmens) wird auch in der Rechtsprechung des EuGH betont, nach der es sich bei der Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter und dem Zuschlag für den Auftrag "um zwei verschiedene Vorgänge handelt, für die unterschiedliche Regeln gelten" (vgl. das Urteil "Lianakis", Randnr. 26). 39. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/18/EG erkennen lässt - der Prüfung bzw. der Auswahl der Bieter selbst und betreffen daher nicht deren Angebot, sondern die Bieter (bzw. deren Unternehmen). Die Zuschlagskriterien dienen dagegen der Bewertung der Angebote - vergleiche , bereits den 46. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/18 - und müssen daher - wie Artikel 53, Absatz eins, Litera a, der Richtlinie 2004/18 normiert - mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Diese theoretische Trennung der beiden Vorgänge (einerseits Prüfung des Unternehmens und andererseits Prüfung des konkreten Angebots dieses Unternehmens) wird auch in der Rechtsprechung des EuGH betont, nach der es sich bei der Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter und dem Zuschlag für den Auftrag "um zwei verschiedene Vorgänge handelt, für die unterschiedliche Regeln gelten" vergleiche , das Urteil "Lianakis", Randnr. 26).

Sodann hält der EuGH in den Randnrn. 29f dieses Urteils seine bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Zuschlagskriterien in Abgrenzung von Eignungskriterien fest:

"29 Zwar sind (...) die Kriterien, die von den öffentlichen Auftraggebern berücksichtigt werden können, in Art. 36 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 nicht abschließend aufgezählt, so dass diese Bestimmung den öffentlichen Auftraggebern die Wahl der Kriterien für die Zuschlagserteilung überlässt, jedoch kommen nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen (vgl. in diesem Sinne, in Bezug auf öffentliche Bauaufträge, Urteil Beentjes, Randnr. 19, Urteil vom 18. Oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Slg. 2001, I- 7725, Randnrn. 35 und 36, sowie, in Bezug auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, Urteile vom 17. September 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Slg. 2002, I-7213, Randnrn. 54 und 59, und vom 19. Juni 2003, GAT, C-315/01, Slg. 2003, I-6351, Randnrn. 63 und 64). "29 Zwar sind (...) die Kriterien, die von den öffentlichen Auftraggebern berücksichtigt werden können, in Artikel 36, Absatz eins, der Richtlinie 92/50 nicht abschließend aufgezählt, so dass diese Bestimmung den öffentlichen Auftraggebern die Wahl der Kriterien für die Zuschlagserteilung überlässt, jedoch kommen nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen vergleiche , in diesem Sinne, in Bezug auf öffentliche Bauaufträge, Urteil Beentjes, Randnr. 19, Urteil vom 18. Oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, Slg. 2001, I- 7725, Randnrn. 35 und 36, sowie, in Bezug auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, Urteile vom 17. September 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Slg. 2002, I-7213, Randnrn. 54 und 59, und vom 19. Juni 2003, GAT, C-315/01, Slg. 2003, I-6351, Randnrn. 63 und 64).

30 Daher sind als "Zuschlagskriterien" Kriterien ausgeschlossen, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhängen."

Davon ausgehend hält der EuGH im Urteil "Lianakis" dann in den Randnrn. 31 und 32 fest:

"31 Im Ausgangsverfahren beziehen die sich von dem öffentlichen Auftraggeber als 'Zuschlagskriterien'

berücksichtigten Kriterien jedoch in erster Linie auf die Erfahrung, die Qualifikationen und die Mittel, die geeignet sind, eine ordnungsgemäße Ausführung des betreffenden Auftrages zu gewährleisten. Es handelt sich dabei um Kriterien, die die fachliche Eignung der Bieter für die Ausführung dieses Auftrages betreffen und die daher nicht die Eigenschaft von

'Zuschlagskriterien' ... haben.

32 Demzufolge ist festzustellen, dass die Art. 23 Abs. 1, 32 und 36 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 dem entgegenstehen, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens die Erfahrung der Bieter, deren Personalbestand und deren Ausrüstung sowie deren Fähigkeit, den Auftrag zum vorgesehenen Zeitpunkt zu erfüllen, nicht als "Eignungskriterien", sondern als "Zuschlagskriterien" berücksichtigt." 32 Demzufolge ist festzustellen, dass die Artikel 23, Absatz eins, 32 und 36 Absatz eins, der Richtlinie 92/50 dem entgegenstehen, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens die Erfahrung der Bieter, deren Personalbestand und deren Ausrüstung sowie deren Fähigkeit, den Auftrag zum vorgesehenen Zeitpunkt zu erfüllen, nicht als "Eignungskriterien", sondern als "Zuschlagskriterien" berücksichtigt."

Aus diesen Ausführungen schließen die belangte Behörde und die mitbeteiligte Partei, dass die im vorliegenden Verfahren verlangten Kenntnisse, Ausbildung und Qualifikation (des Objektauditors) niemals zulässigerweise als Zuschlagskriterium vorgesehen werden dürften.

3.3. Die beschwerdeführenden Auftraggeber meinen dagegen, dass das im gegenständlichen Fall strittige Zuschlagskriterium sehr wohl der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dient und daher als Zuschlagskriterium zulässig sei.

Die Beschwerdeführer sind dabei im Recht, dass es - wie im vorliegenden Fall vorgebracht (und wie auch das Oberlandesgericht Düsseldorf im zitierten Beschluss ausgeführt hat) - durchaus Kriterien geben kann, die zunächst auf das Unternehmen der Bieter (wie im vorliegenden Fall etwa die Qualifikation der Mitarbeiter bzw. eines konkreten Mitarbeiters dieses Unternehmens) abstellen, dennoch aber zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen können, indem sie die unterschiedliche Qualität der zu erbringenden Dienstleistungen überhaupt nachprüfbar machen.

Auch der EuGH geht im Urteil "Lianakis" nicht davon aus, dass alle Kriterien, die mit der fachlichen Eignung der Bieter zusammenhängen, in jedem Fall als Zuschlagskriterien unzulässig sind. Zumindest sprechen dafür nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes die Aussagen des EuGH in der Randnr. 30, wo der EuGH als Zuschlagskriterien nur Kriterien ausschließt, die "im Wesentlichen" ("essentiellment") - also nicht in jedem Fall - mit der Beurteilung der fachlichen Eignung zusammenhängen und in der Randnr. 31, wo der EuGH darauf hinweist, dass die Kriterien "in erster Linie" ("principalement") auf die Erfahrung, die Qualifikationen und die (geeigneten) Mittel abstellen.

Dem entspricht auch die Aussage des EuGH im Urteil "GAT", Randnr. 66: dort spricht der EuGH davon, dass "Eine bloße Liste

von Referenzen, ... die nur den Namen und die Zahl der früheren

Kunden der Bieter anführt, aber keine anderen Angaben zu den diesen Kunden erbrachten Leistungen enthält" keinen Hinweis für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes liefert und daher "keinesfalls" ein Zuschlagskriterium darstellt. Nicht ausgeschlossen ist damit, dass eine andere Liste von Referenzen, die es ermöglichen würde, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, doch als Zuschlagskriterium zulässig ist.

Im Urteil "Evans Medical" hat der EuGH (zur Richtlinie 77/62/EWG) sogar festgehalten, dass "die Sicherheit der Versorgung" und zwar konkret die "Fähigkeit der Bieterunternehmen ..., die Versorgung des betreffenden Mitgliedstaates zuverlässig und dauerhaft sicherzustellen" als Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen kann (Randnrn. 42 bis 44 und 50).

3.4. Die belangte Behörde führt für ihre Auffassung § 75 Abs. 7 Z 5 BVergG 2006 an und meint, das strittige Zuschlagskriterium entspreche dem dort angeführten Eignungskriterium und sei schon aus diesem Grunde unzulässig.

3.4. Die belangte Behörde führt für ihre Auffassung Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer 5, BVergG 2006 an und meint, das strittige Zuschlagskriterium entspreche dem dort angeführten Eignungskriterium und sei schon aus diesem Grunde unzulässig.

§ 75 Abs. 7 Z 5 BVergG 2006 entspricht der Bestimmung des Art. 48 Abs. 2 lit. e der Richtlinie 2004/18, wo als Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers und somit als Eignungskriterium "Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Fähigkeiten des Dienstleistungserbringers oder Unternehmers und/oder der Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistung oder für die Ausführung der Bauleistungen verantwortlichen Personen" genannt werden. Dies ändert nichts daran, dass auch diese Kriterien fallbezogen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen können. Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer 5, BVergG 2006 entspricht der Bestimmung des Artikel 48, Absatz 2, Litera e, der Richtlinie 2004/18, wo als Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers und somit als Eignungskriterium "Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Fähigkeiten des Dienstleistungserbringers oder Unternehmers und/oder der Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistung oder für die Ausführung der Bauleistungen verantwortlichen Personen" genannt werden. Dies ändert nichts daran, dass auch diese Kriterien fallbezogen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen können.

Auch die allgemein gehaltenen Aussagen des EuGH in Randnr. 31 und 32 ändert an dieser Beurteilung nichts, da sie - wie der EuGH in der Randnr. 31 einleitend festhält - nur fallbezogen auf die Umstände des beim EuGH anhängigen Ausgangsverfahren bezogen sind und keine über die Randnrn. 29 und 30 hinausgehende oder von dieser abweichende Aussage enthalten.

Letztlich spricht gegen eine derartige Unzulässigkeit die von Pachner, Schafft die E(ntscheidung) Lianakis des EuGH Probleme für die Vergabe geistiger Leistungen?, ZVB 2008/10, 285 ff, angesprochene Überlegung, dass gerade die persönliche Qualifikation des Schlüsselpersonals bei Dienstleistungen eines der wenigen wirklich tauglichen Bestbieterkriterien neben dem Angebotspreis darstellt und gerade für die Vergabep Praxis von großer Wichtigkeit ist (wie dies im Übrigen auch das Oberlandesgerichts Düsseldorf anspricht).

4. Konkret zum strittigen Zuschlagskriterium:

Zur Frage, ob das im Beschwerdefall strittige Zuschlagskriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen könne, bringen die beschwerdeführenden Auftraggeber vor, dass dem Objektauditor im Rahmen des auszuschreibenden Auftrages die interne Gesamtüberprüfung der Leistungserfüllung obliegt. Durch die Bewertung der Kenntnisse, Ausbildung und Qualifikation dieses Objektauditors soll die Zuverlässigkeit und Kontinuität der ausgeschriebenen Reinigungsdienstleistungen sichergestellt werden.

Wie sich aus der Fassung des strittigen Zuschlagskriteriums in Punkt 3.3.7. der AAB ergibt, dient das strittige Zuschlagskriterium somit im Sinne der ständigen Rechtsprechung des EuGH - wie sie vom EuGH in den Randnr. 29 und 30 des Urteiles "Lianakis" zusammengefasst wird - der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes, indem die beschwerdeführenden Auftraggeber nicht prüfen, ob eine bestimmte Ausbildung nachgewiesen wird, sondern die verschiedenen nachgewiesenen Ausbildungen miteinander vergleichen und daraus - wie ausdrücklich ausgeführt wird - die unterschiedliche Qualität der Erbringung der angebotenen Dienstleistung ableiten ("Der dem ausführenden Personal 'vorgesetzte' Objektauditor ist für die interne Gesamtüberprüfung der Leistungserfüllung verantwortlich; für den Auftraggeber ist es daher ein wichtiger Zusatznutzen, wenn das Objektaudit vor Ort durch einen Mitarbeiter aus der Geschäftsführungsebene ausgeführt wird, der über eine entsprechende Ausbildung und Kenntnisse verfügt").

Die Auffassung der belangten Behörde, das strittige Zuschlagskriterium sei nicht zulässig, erweist sich daher schon aus diesem Grund als unzutreffend und belastet daher Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, was auf Spruchpunkt 2. durchschlägt.

5. Der angefochtene Bescheid war daher insgesamt wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. 5. Der angefochtene Bescheid war daher insgesamt wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

6. Die Kostenentscheidung beruht im beantragten Ausmaß (Schriftsatzaufwand) auf den §§ 47ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008. 6. Die Kostenentscheidung beruht im beantragten Ausmaß (Schriftsatzaufwand) auf den Paragraphen 47 f, f, VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008.

Der Antrag des Bundes (als erstbeschwerdeführende Partei) auf Zuspruch von Aufwandersatz war abzuweisen, weil der Bund auch Rechtsträger der belangten Behörde ist (vgl. bereits das hg. Erkenntnis vom 13. Juni 2005,

Zl. 2005/04/0048, VwSlg. 16.642 A).Der Antrag des Bundes (als erstbeschwerdeführende Partei) auf Zuspruch von Aufwandersatz war abzuweisen, weil der Bund auch Rechtsträger der belangten Behörde ist vergleiche , bereits das hg. Erkenntnis vom 13. Juni 2005, Zl. 2005/04/0048, VwSlg. 16.642 A).

Daraus ergibt sich aber noch nicht, dass der Bund als Rechtsträger der belangten Behörde den anderen beschwerdeführenden Parteien nicht Kosten zu ersetzen hätte. Zwar bestimmt § 53 Abs. 1 erster Satz VwGG, dass die Frage des Anspruches auf Aufwandersatz (§ 47), wenn mehrere Beschwerdeführer einen Bescheid gemeinsam in einer Beschwerde angefochten haben, so zu beurteilen ist, wie wenn die Beschwerde nur von dem in der Beschwerde erstangeführten Beschwerdeführer eingebracht worden wäre. Dies bedeutet aber im vorliegenden Fall, in dem der Bund als erstangeführter Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Kostenersatz hat, nicht, dass dies auch für die anderen Beschwerdeführer gilt.Daraus ergibt sich aber noch nicht, dass der Bund als Rechtsträger der belangten Behörde den anderen beschwerdeführenden Parteien nicht Kosten zu ersetzen hätte. Zwar bestimmt Paragraph 53, Absatz eins, erster Satz VwGG, dass die Frage des Anspruches auf Aufwandersatz (Paragraph 47,), wenn mehrere Beschwerdeführer einen Bescheid gemeinsam in einer Beschwerde angefochten haben, so zu beurteilen ist, wie wenn die Beschwerde nur von dem in der Beschwerde erstangeführten Beschwerdeführer eingebracht worden wäre. Dies bedeutet aber im vorliegenden Fall, in dem der Bund als erstangeführter Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Kostenersatz hat, nicht, dass dies auch für die anderen Beschwerdeführer gilt.

Die belangte Behörde kann daher gemäß § 53 Abs. 1 zweiter Satz VwGG vorliegend mit befreiender Wirkung an die in der Beschwerde zweitangeführte Beschwerdeführerin zahlen. Welche Ansprüche die Beschwerdeführer untereinander haben, ist gemäß § 53 Abs. 1 dritter Satz VwGG nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen.Die belangte Behörde kann daher gemäß Paragraph 53, Absatz eins, zweiter Satz VwGG vorliegend mit befreiender Wirkung an die in der Beschwerde zweitangeführte Beschwerdeführerin zahlen. Welche Ansprüche die Beschwerdeführer untereinander haben, ist gemäß Paragraph 53, Absatz eins, dritter Satz VwGG nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen.

Wien, am 26. Juni 2009

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde mangelnde subjektive Rechtsverletzung Grundsätzliches zur Parteistellung vor dem VwGH Allgemein Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde mangelnde subjektive Rechtsverletzung Besondere Rechtsgebiete Rechtsträger der belangten Behörde Gebietskörperschaft als Beschwerdeführer Behörde gegen Behörde

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2009040024.X00

Im RIS seit

28.07.2009

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2013

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at