

TE Vwgh Erkenntnis 2009/4/22 2007/04/0065

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.04.2009

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2002 §166;

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitbb;

BVergG 2002 §32 Abs8 Z6;

BVergG 2006 §130;

BVergG 2006 §19 Abs1;

BVergG 2006 §345 Abs3 Z5;

BVergG 2006 §68 Abs1 Z7;

BVergG 2006 §80 Abs3;

LVergRG Wr 2007 §23 Abs1 Z1;

1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012

4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008

7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 80 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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. Eisner, über die Beschwerde der Stadt Wien Allgemeines Krankenhaus - Universitätskliniken in Wien, vertreten durch Schwartz und Huber-Medek Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Stubenring 2, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 17. Jänner 2007, Zl. VKS - 3467/06, betreffend Vergabenachprüfung (mitbeteiligte Partei: B in M, vertreten durch Dr. Hans Oberndorfer, Dr. Ludwig Beurle, Dr. Rudolf Mitterlehner und Dr. Klaus Oberndorfer, Rechtsanwälte in 4020 Linz, Landstraße 9), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren der mitbeteiligten Partei und das Aufwandsersatzbegehren der belangten Behörde werden abgewiesen.

Begründung

Mit Bescheid vom 17. Jänner 2007 hat die belangte Behörde im über Antrag der mitbeteiligten Partei eingeleiteten Nachprüfungsverfahren betreffend die Vergabe des Auftrages zur Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von etwa 150 Infusionstürmen durch die Beschwerdeführerin als Auftraggeberin den Antrag der Beschwerdeführerin auf Vernehmung eines Zeugen abgewiesen (Spruchpunkt 1.), die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 28. November 2006 und die dieser zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen für nichtig erklärt (Spruchpunkt 2.), die einstweilige Verfügung vom 7. Dezember 2006 aufgehoben (Spruchpunkt 3.) und die Beschwerdeführerin zum Pauschalgebührenersatz verpflichtet (Spruchpunkt 4.).

Zur Begründung führte die belangte Behörde - soweit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wesentlich - aus, dass das Vergabeverfahren als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführt worden sei.

Die aus Anlass der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 28. November 2006 von der Beschwerdeführerin am 29. November 2006 zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen hätten u.a. folgenden Inhalt:

"5.1.1. Bewertungskommission

Die Bewertung erfolgt durch eine eigens eingerichtete Bewertungskommission, die aus Personen mit medizintechnischem, medizinischem und pflegerischem Sachverstand besteht. ...

5.1.2. Teststellung

Die Bieter sind verpflichtet, dem Auftraggeber einen der angebotsgegenständlichen Infusionstürme zu einer Teststellung zur Verfügung zu stellen. ...

5.3. Bestbieterermittlung

Der Zuschlag wird dem besten Angebot erteilt (Bestbieterprinzip). Bestbieter ist, wer bei einer Gesamtbetrachtung der in dieser Ausschreibungsunterlage beschriebenen Zuschlagskriterien das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt hat.

Insgesamt werden maximal 100 Punkte vergeben, wobei auf die einzelnen Zuschlagskriterien höchstens die der jeweils angegebenen Gewichtung entsprechende Punktzahl entfällt. Die Punkte werden kaufmännisch auf eine Kommastelle genau gerundet. Die Addition der Punkte aus der Bewertung des Erfüllungsgrades der einzelnen Zuschlagskriterien ergibt die Gesamtpunktzahl eines Angebots. Das Angebot mit der insgesamt höchsten Gesamtpunktzahl wird als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot ('bestes Angebot') bewertet. Bei Punktegleichstand entscheidet die höhere Punktzahl beim Zuschlagskriterium 'Preis'.

5.4. Zuschlagskriterien und deren Gewichtung

5.4.1. Gewichtung

Die Zuschlagskriterien werden wie folgt gewichtet:

Preis

40 % (40/100 Punkten)

Qualität

60 % (60/100 Punkten)

5.4.2. Preis

Bewertet wird der in Pkt. 6 angegebene Pauschalpreis für die zeitgerechte Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines ausschreibungskonformen Infusionsturms. Das demnach billigste Angebot enthält 40 (vierzig) Punkte. Die nachfolgenden Angebote erhalten in eben jenem Ausmaß weniger Punkte, als sie teurer als das billigste Angebot sind. Eine Vergabe von Minuspunkten ist ausgeschlossen.

Die Bepunktung erfolgt demnach anhand der Formel $(\text{Preis Billigstbieter} / \text{angebotener Preis}) \times 40$ (maximale Punktezahl) = erreichte Punkte.

5.4.3. Qualität

Die Qualität (technische Beurteilung und Nutzerbeurteilung) eines Angebots wird durch sachverständige Bewertung der abgefragten Subkriterien ermittelt. Die bei den einzelnen Subkriterien kommissionell vergebenen Punkte werden addiert; jenes Angebot, auf das demnach die höchste Punktezahl entfällt, ist das technisch beste Angebot.

Die Bepunktung erfolgt anhand der Formel $(\text{Summe Subkriterien Angebot} / 320) \times 60$ (maximale Punktezahl) = erreichte Punkte.

5.4.4. Ergebnis

Die auf die Kriterien 'Preis' und 'Qualität' entfallenden Punkte werden addiert. Das Angebot, auf das demnach die höchste Punktezahl entfällt, ist das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot ('Bestbieter').

5.5. Subkriterien und deren Gewichtung

Die Bewertung der Qualität (technische Beurteilung und Nutzerbeurteilung) erfolgt anhand folgender Subkriterien:

Kriterium

(G)

(P)

(G)x(P)

Display

3

Befestigungsmöglichkeit

3

Verwendungsflexibilität

3

Drucküberwachungssystem

3

Akkuladedauer

2

Bilanzierungssystem

3

Variabilität Verbrauchsmaterial

3

Spritzenwechsel

3

Bedienbarkeit der Funktionstasten

3

Bedienungsführung

2

Ergonomie

2

Farbcodierung

2

Lieferzeit

Summe

Die Subkriterien sind - je nach ihrer Beurteilung für den Auftraggeber - mit 1,2 oder 3 gewichtet ('Gewichtungsfaktor': (G)); je bedeutsamer ein Subkriterium für den Auftraggeber ist, desto höher ist der Gewichtungsfaktor (G). Die Bewertungskommission hat jedes Subkriterium mit 0 bis 10 Punkten zu bewerten; je besser das Angebot das jeweilige Subkriterium erfüllt, desto mehr Punkte werden vergeben. Die von der Bewertungskommission solcherart vergebenden Punkte (P) werden mit dem Gewichtungsfaktor (G) multipliziert. Das Resultat aus $(G) \times (P)$ ist die Bewertung des betreffenden Subkriteriums.

5.6. Verbale Umschreibung der Subkriterien

...

5.6.5. Akkuladedauer

a. Bei diesem Subkriterium wird die Akkuladedauer bei der Spritzenpumpe im ausgeschalteten und im eingeschalteten Zustand bewertet. Je kürzer die Summe aus diesen beiden Ladezeiträumen ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben. (0 bis 5 Punkte)

b. Bei diesem Subkriterium wird die Akkuladedauer bei der Infusionspumpe im ausgeschalteten und im eingeschalteten Zustand bewertet. Je kürzer die Summe aus diesen beiden Ladezeiträumen ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

5.6.6. Bilanzierungssystem

Bei diesem Subkriterium wird bewertet, wie lange das Bilanzierungssystem die Daten des infundierten Volumens bereitstellt. Je länger die Daten verfügbar sind, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben.

5.6.7. Variabilität Verbrauchsmaterial

a. Bei diesem Subkriterium wird die Variabilität der Spritzenpumpe in Bezug auf fremde Verbrauchsmaterialien bewertet. Je mehr Verbrauchsmaterialien von fremden Herstellern verwendet werden können, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

b. Bei diesem Subkriterium wird die Variabilität der Infusionspumpe in Bezug auf fremde Verbrauchsmaterialien bewertet. Je mehr Verbrauchsmaterialien von fremden Herstellern verwendet werden können, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben (0 bis 5 Punkte).

5.6.8. Spritzenwechsel

Bei diesem Subkriterium wird die Einfachheit und Schnelligkeit der Handhabung eines Spritzentausches bei der Spritzenpumpe bewertet. Je einfacher und schneller der Spritzenwechsel für den Nutzer möglich ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben.

...

5.6.13 Lieferzeit

Die ersten 50 (fünfzig) Stk. Infusionstürme müssen innerhalb von 6 (sechs) Wochen ab Zuschlag geliefert werden (Mindestkriterium). Die restlichen Infusionstürme werden in den Chargen von 1 (einem) bis 10 (zehn) Stück abgerufen; bei der Bestbieterermittlung wird bewertet, innerhalb welchen Zeitraums nach Anforderung durch den Auftraggeber der Auftragnehmer die abgerufenen Chargen liefern kann. Je kürzer diese Lieferzeit ist, desto mehr Punkte werden bei diesem Subkriterium vergeben."

Die Beschwerdeführerin vertrete den Standpunkt, dass das relativ beste Angebot die höchste Punktezahl, nicht aber unbedingt die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen zehn Punkte erhalten müsse.

Die Mitbeteiligte habe im Vergabeverfahren rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt. Mit E-Mail vom 28. November 2006,

19.39 Uhr, habe ihr die Beschwerdeführerin Folgendes mitgeteilt:

"Es freut uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Ihr Teilnahmeantrag präqualifiziert wurde. Wir dürfen Sie daher auffordern, die Ausschreibungsunterlagen ab morgen, dem 29.11.2006, 9.00 Uhr, in der Kanzlei ..., zu beheben und innerhalb der darin genannten Fristen ein zuschlagsfähiges Angebot zu legen."

Die Mitbeteiligte habe die Ausschreibungsunterlagen am 29. November 2006 behoben. Der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, in eventu der Ausschreibungsunterlagen als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist sei am 1. Dezember 2006 eingelangt.

Die Beschwerdeführerin habe die Vernehmung des Zeugen Univ. Prof. Dr. G. zum Nachweis dafür beantragt, dass die Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien sachlich gerechtfertigt seien. Diesem Antrag sei nicht stattzugeben gewesen, weil zu beurteilen gewesen sei, inwieweit die von der Beschwerdeführerin gewählten Subkriterien bzw. deren Bewertung für den Ausgang des Verfahrens wesentlich seien. Dabei handle es sich um eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

Das gegenständliche Verfahren sei durch Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 15. November 2006 eingeleitet worden. Daher seien die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, mit den aus § 345 Abs. 3 leg. cit. ersichtlichen Ausnahmen anzuwenden. Das gegenständliche Verfahren sei durch Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 15. November 2006 eingeleitet worden. Daher seien die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, mit den aus Paragraph 345, Absatz 3, leg. cit. ersichtlichen Ausnahmen anzuwenden.

Die Mitbeteiligte habe entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin zutreffend die Aufforderung zur Angebotsabgabe als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinn von § 20 Z. 13 lit. a sublit. bb des in diesem Bereich anzuwendenden Bundesvergabegesetzes 2002, BGBl. I Nr. 99/2002 (BVergG 2002), und die damit im Zusammenhang stehenden Ausschreibungsunterlagen bekämpft. Aus dem Umstand, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht gemeinsam mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe, sondern erst am nächsten Tag übermittelt worden seien, sei für die Beschwerdeführerin nichts gewonnen. Die von der Beschwerdeführerin gewählte Vorgangsweise sei als einheitliche Handlung zu bewerten. Die Ausschreibungsunterlagen seien grundsätzlich mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung zu stellen. Geschehe dies nicht in einem einheitlichen Vorgang, so sei auf jenen Zeitpunkt abzustellen, zu dem die Bieter die Ausschreibungsunterlagen erhalten könnten. Die Mitbeteiligte habe entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin zutreffend die Aufforderung zur Angebotsabgabe als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinn von Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, b, b, des in diesem Bereich anzuwendenden Bundesvergabegesetzes 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, (BVergG 2002), und die damit im Zusammenhang stehenden Ausschreibungsunterlagen bekämpft. Aus dem Umstand, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht gemeinsam mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe, sondern erst am nächsten Tag übermittelt worden seien, sei für die Beschwerdeführerin nichts gewonnen. Die von der Beschwerdeführerin gewählte Vorgangsweise sei als einheitliche Handlung zu bewerten. Die Ausschreibungsunterlagen seien grundsätzlich mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung zu stellen. Geschehe dies nicht in einem einheitlichen Vorgang, so sei auf jenen Zeitpunkt abzustellen, zu dem die Bieter die Ausschreibungsunterlagen erhalten könnten.

Es sei grundsätzlich Sache des Auftraggebers, welche Zuschlagskriterien er in einem konkreten Vergabeverfahren festlege und wie er diese Kriterien bewerte. Er habe allerdings darauf zu achten, dass die Kriterien geeignet seien, eine nachvollziehbare Bewertung der Angebote zu gewährleisten. Insbesondere müsse für den Bieter erkennbar sein, unter welchen Umständen der Auftraggeber wofür welche Punktezahl vergeben werde.

Soweit die Mitbeteiligte die Festlegung von Zuschlagskriterien fordere, die ihrem Produkt mehr entgegen kämen, sei sie darauf zu verweisen, dass es dem Auftraggeber obliege, durch die Festlegung der Zuschlagskriterien jene Eigenschaften des Produktes zu forcieren, die ihm besonders wichtig seien.

Die von der Beschwerdeführerin gewählte Vorgangsweise sei jedoch nicht geeignet, eine objektive und nachvollziehbare Bewertung durchzuführen, weil sie die Möglichkeit eröffne, Punkte willkürlich zu vergeben. Die Beschwerdeführerin habe in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass das relativ beste Angebot zwar mit der höchsten Punktezahl bewertet werden solle, aber nicht unbedingt zehn Punkte erhalten müsse. Bei den messbaren ("mathematisierbaren") Kriterien Akkuladedauer, Bilanzierungssystem, Variabilität, Verbrauchsmaterial, Spritzenwechsel und Lieferzeit ermögliche die nicht näher determinierte Punktevergabe eine willkürliche Entscheidung durch die Kommission. In der Ausschreibung sei lediglich festgelegt, dass zwischen 0 und 10 Punkte zu vergeben seien, offen bleibe, unter welchen Voraussetzungen das konkrete Angebot mit der niedrigsten bzw. höchsten Punktezahl zu bedenken sei. Während man allgemein davon ausgehen könne (was hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Preis" auch so geregelt sei), dass das Angebot mit dem besten Wert die volle Punktezahl (zehn Punkte) erhalte, habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, dass in diesem Fall nicht zwingend die höchste Punktezahl zu vergeben sei. Wovon die Anzahl der zu vergebenden Punkte abhängt, ergebe sich nicht aus der Ausschreibung.

Die Beschwerdeführerin habe in der Stellungnahme vom 11. Dezember 2006 geltend gemacht, dass sie von der Mitbeteiligten entweder bei der Angebotslegung im Frühjahr 2006 (diese Ausschreibung wurde später widerrufen) oder im aktuellen Nachprüfungsverfahren "belogen" worden sei. Die Mitbeteiligte habe sich daher einer Falscherklärung schuldig gemacht, weshalb ihr Angebot auszuschneiden und sie nicht antragslegitimiert sei.

Dem sei zu entgegnen, dass eine Falscherklärung gemäß § 68 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 nur dann einen Ausschlussgrund darstelle, wenn sie in einem Nachweisverfahren abgegeben werde. Ein derartiges Nachweisverfahren sei jedoch weder im vorangegangenen Vergabeverfahren noch im gegenständlichen durchgeführt worden. Dem sei zu entgegnen, dass eine Falscherklärung gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 nur dann einen Ausschlussgrund darstelle, wenn sie in einem Nachweisverfahren abgegeben werde. Ein derartiges Nachweisverfahren sei jedoch weder im vorangegangenen Vergabeverfahren noch im gegenständlichen durchgeführt worden.

Der Sache nach nur gegen die Spruchpunkte 1., 2. und 4. dieses Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, den angefochtenen Bescheid insoweit wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Die mitbeteiligte Partei erstattete ebenfalls eine Gegenschrift mit einem solchen Antrag.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, dass die Mitbeteiligte im gegenständlichen Nachprüfungsantrag offen gelassen habe, ob die bekämpften Ausschreibungsunterlagen einen Teil der Aufforderung zur Angebotsabgabe darstellten oder als sonstige Festlegung zu qualifizieren seien. Damit habe sie die angefochtene Entscheidung nicht genau bezeichnet. Tatsächlich handle es sich bei der angefochtenen Auftraggeberentscheidung weder um die Aufforderung zur Angebotsabgabe noch um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist, sondern um die Ausschreibung.

Gemäß dem nach § 345 Abs. 3 Z. 5 BVergG 2006 im vorliegenden Fall maßgeblichen § 20 Z. 13 lit. a sublit. bb BVergG 2002 sind im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Ausschreibung (Bekanntmachung, mit der Unternehmer aufgefordert werden, sich um die Teilnahme an einem nicht offenen Verfahren zu bewerben), die Bewerberauswahl (Nichtzulassung zur Teilnahme), die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbare Entscheidungen. Gemäß § 32 Abs. 8 leg. cit. sind der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Ausschreibungsunterlagen, sofern sie nicht im Internet bereit gestellt werden, beizufügen. Die in der Regel einen Teil der Ausschreibungsunterlagen darstellenden Zuschlagskriterien sind gemäß der Z. 6 der letztgenannten Bestimmung - sofern sie nicht bereits in der Bekanntmachung enthalten sind - ein zwingender Bestandteil der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Gemäß dem nach Paragraph 345, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG 2006 im vorliegenden Fall maßgeblichen Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera b, b, BVergG 2002 sind im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Ausschreibung (Bekanntmachung, mit der Unternehmer aufgefordert werden, sich um die Teilnahme an einem nicht offenen Verfahren zu bewerben), die Bewerberauswahl (Nichtzulassung zur Teilnahme), die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbare

Entscheidungen. Gemäß Paragraph 32, Absatz 8, leg. cit. sind der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Ausschreibungsunterlagen, sofern sie nicht im Internet bereit gestellt werden, beizufügen. Die in der Regel einen Teil der Ausschreibungsunterlagen darstellenden Zuschlagskriterien sind gemäß der Ziffer 6, der letztgenannten Bestimmung - sofern sie nicht bereits in der Bekanntmachung enthalten sind - ein zwingender Bestandteil der Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Somit handelt es sich im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe und den Ausschreibungsunterlagen um eine Einheit. Die Ausschreibungsunterlagen können daher gemeinsam mit der gesondert anfechtbaren Aufforderung zur Angebotsabgabe angefochten werden. Der Umstand, dass im vorliegenden Fall der Aufforderung die Ausschreibungsunterlagen nicht beigelegt waren, sondern die Teilnehmer aufgefordert wurden, diese Unterlagen am nächsten Tag abzuholen, kann daran nichts ändern.

Die Mitbeteiligte hat die Ausschreibungsunterlagen daher zu Recht als Teil zur Aufforderung zur Angebotsabgabe angefochten. Dass sie diese Unterlagen in eventu als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist bezeichnet hat, kann keineswegs dazu führen, dass dem Antrag die gemäß § 23 Abs. 1 Z. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007 (WVRG 2007), LGBL. Nr. 65/2006, erforderliche genaue Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung mangelt. Die Mitbeteiligte hat die Ausschreibungsunterlagen daher zu Recht als Teil zur Aufforderung zur Angebotsabgabe angefochten. Dass sie diese Unterlagen in eventu als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist bezeichnet hat, kann keineswegs dazu führen, dass dem Antrag die gemäß Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007 (WVRG 2007), Landesgesetzblatt Nr. 65 aus 2006,, erforderliche genaue Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung mangelt.

Weiters bringt die Beschwerdeführerin vor, die Mitbeteiligte habe im vorliegenden Verfahren ausgeführt, sechs Kriterien der Ausschreibung nicht erfüllen zu können. In einem früheren - in der Folge widerrufenen - Vergabeverfahren über eine nahezu idente Leistung habe die Mitbeteiligte ein Angebot gelegt und damit bekundet, die ausgeschriebene Leistung erbringen zu können. Da sich die Produktpalette der Mitbeteiligten seither nicht maßgeblich geändert habe, sei ersichtlich, dass sie falsche Angaben gemacht habe und daher gemäß § 68 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 ausgeschlossen sei. Weiters bringt die Beschwerdeführerin vor, die Mitbeteiligte habe im vorliegenden Verfahren ausgeführt, sechs Kriterien der Ausschreibung nicht erfüllen zu können. In einem früheren - in der Folge widerrufenen - Vergabeverfahren über eine nahezu idente Leistung habe die Mitbeteiligte ein Angebot gelegt und damit bekundet, die ausgeschriebene Leistung erbringen zu können. Da sich die Produktpalette der Mitbeteiligten seither nicht maßgeblich geändert habe, sei ersichtlich, dass sie falsche Angaben gemacht habe und daher gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschlossen sei.

Gemäß § 68 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben. Gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

Dem Beschwerdevorbringen ist zunächst - mit der belangten Behörde - zu entgegnen, dass die Beschwerdeführerin gar nicht vorbringt, die falschen Erklärungen seien im Rahmen der Erteilung von Auskünften über die Befugnis, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit erteilt worden.

Weiters macht die Beschwerdeführerin nicht konkret geltend, inwiefern die Mitbeteiligte in so gravierendem Ausmaß gegen Treu und Glauben verstoßen habe, dass eine ernste Störung des Vertrauensverhältnisses eingetreten sei (siehe zu diesem Erfordernis etwa das hg. Erkenntnis vom 18. März 2009, Zl. 2007/04/0234).

Überdies bringt die Beschwerdeführerin vor, die Mitbeteiligte habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt (das auf Grund der einstweiligen Verfügung noch nicht geöffnet worden sei) und zugegeben, Anforderungen der angefochtenen Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllen zu können. Da nicht alle dieser

angefochtenen Ausschreibungsbedingungen von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid als rechtswidrig angesehen worden seien, sei ersichtlich, dass die Mitbeteiligte nicht diskriminierende Bedingungen nicht erfüllen könne und daher auszuschneiden sei.

Dem ist zu entgegnen, dass die Stellung eines Nachprüfungsantrages einem Interessenten gerade die Möglichkeit einräumen soll, Ausschreibungsbestimmungen, die ihn diskriminieren und die er daher nicht erfüllen kann, zu bekämpfen. "Sache" des Nachprüfungsverfahrens ist in solchen Fällen die Zulässigkeit der angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen. Kommt die Vergabekontrollbehörde im Rahmen der Beurteilung dieser Sache zum Ergebnis, dass die Ausschreibungsbestimmungen zulässig sind, so hat dies auf die Antragslegitimation keinen Einfluss (vgl. dazu auch die ständige hg. Judikatur, wonach der gegen seine Ausschließung gerichtete Nachprüfungsantrag eines Bieters nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden darf, dass der Bieter den den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens bildenden Ausschlussgrund verwirklicht hat, etwa das Erkenntnis vom 1. März 2007, ZI. 2005/04/0239). Dem ist zu entgegnen, dass die Stellung eines Nachprüfungsantrages einem Interessenten gerade die Möglichkeit einräumen soll, Ausschreibungsbestimmungen, die ihn diskriminieren und die er daher nicht erfüllen kann, zu bekämpfen. "Sache" des Nachprüfungsverfahrens ist in solchen Fällen die Zulässigkeit der angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen. Kommt die Vergabekontrollbehörde im Rahmen der Beurteilung dieser Sache zum Ergebnis, dass die Ausschreibungsbestimmungen zulässig sind, so hat dies auf die Antragslegitimation keinen Einfluss vergleiche dazu auch die ständige hg. Judikatur, wonach der gegen seine Ausschließung gerichtete Nachprüfungsantrag eines Bieters nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden darf, dass der Bieter den den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens bildenden Ausschlussgrund verwirklicht hat, etwa das Erkenntnis vom 1. März 2007, ZI. 2005/04/0239).

Der Nachprüfungsantrag der Mitbeteiligten war daher zulässig.

Die belangte Behörde hat die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe und die dieser zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen u.a. darauf gestützt, dass bei den messbaren ("mathematisierbaren") Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen lediglich geregelt werde, dass die Kommission zwischen 0 und 10 Punkte vergeben könne und das relativ beste Angebot die meisten Punkte bekommen müsse. Es sei jedoch weder vorgesehen, dass (wie beim Kriterium Preis) das beste Angebot zehn Punkte erhalte, noch unter welchen Voraussetzungen die niedrigste bzw. die höchste Punkteanzahl zu vergeben sei. Dies ermögliche eine willkürliche Punktevergabe.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich bei den von der belangten Behörde in diesem Zusammenhang genannten Zuschlagskriterien um messbare Kriterien handelt. Sie bringt dazu vor, dass gerade bei messbaren Kriterien das in diesem Bereich absolut beste Produkt am Markt die maximale Punkteanzahl erreichen müsse. Werde dieses Produkt nicht angeboten, so könne das beste der angebotenen Produkte nur weniger als zehn Punkte erhalten.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß § 80 Abs. 3 zweiter Satz leg. cit. hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben, wenn der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 80, Absatz 3, zweiter Satz leg. cit. hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben, wenn der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll.

Zuschlagskriterien sollen entsprechend dem Stand der Technik und des Wissens eine eindeutige und neutrale Bewertung der Angebote ermöglichen. Die Kriterien und ihre Gewichte sind so anzugeben, dass abschätzbar ist, wie

sich eine Angebotsänderung auf die Gesamtbewertung auswirken kann (vgl. Bogner, Rz 30 zu § 80, Exkurs II, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 20062). Zuschlagskriterien sollen entsprechend dem Stand der Technik und des Wissens eine eindeutige und neutrale Bewertung der Angebote ermöglichen. Die Kriterien und ihre Gewichte sind so anzugeben, dass abschätzbar ist, wie sich eine Angebotsänderung auf die Gesamtbewertung auswirken kann vergleiche Bogner, Rz 30 zu Paragraph 80,, Exkurs römisch zwei, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 20062).

Da sich die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben muss (vgl. Hackl/Schramm/ Öhler, Rz 111 zu § 80 im zitierten Kommentar), hat sich der Auftraggeber einer - aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlichen (Aicher, Rz 14 zu § 130 im zitierten Kommentar) - Bewertungsmethode zu bedienen, die eine nachträgliche Verschiebung der Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander im Rahmen der Bewertung der Angebote ausschließt. Da sich die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben muss vergleiche Hackl/Schramm/ Öhler, Rz 111 zu Paragraph 80, im zitierten Kommentar), hat sich der Auftraggeber einer - aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlichen (Aicher, Rz 14 zu Paragraph 130, im zitierten Kommentar) - Bewertungsmethode zu bedienen, die eine nachträgliche Verschiebung der Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander im Rahmen der Bewertung der Angebote ausschließt.

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin die Subkriterien des Zuschlagskriteriums "Qualität" in den Ausschreibungsunterlagen zwar durch die Angabe eines Faktors von 1 bis 3 gewichtet, jedoch unstrittig nicht ausdrücklich definiert, unter welchen Voraussetzungen die maximale Anzahl von zehn Punkten zu vergeben ist, bzw. sonst eine Relation zwischen der Anzahl der zu vergebenden Punkte und dem Erfüllungsgrad des betreffenden (messbaren) Subkriteriums definiert. Die Beschwerdeführerin hat zwar ausgeführt, dass die maximale Punkteanzahl für das absolut beste am Markt befindliche Produkt vergeben werde, aber - abgesehen von der Frage, ob dies ausreichend transparent wäre - nicht dargetan, dass sich dies aus der Ausschreibung ergibt. Unstrittig steht fest, dass für das im jeweiligen Subkriterium bestgereichte Angebot nicht jedenfalls zehn Punkte zu vergeben sind. Dies eröffnet dem Auftraggeber die Möglichkeit die Gewichtung der Zuschlagskriterien zueinander nachträglich zu verändern. So könnte z.B. dem bei einem Subkriterium besten Angebot zehn Punkte zuerkannt werden, während bei einem anderen - nach den Ausschreibungsunterlagen gleich zu gewichtenden - Subkriterium dem besten Angebot nur fünf Punkte zuerkannt werden, was zu einer Verschiebung der Gewichtung führen müsste.

Die von der Beschwerdeführerin gewählte Bewertungsmethode entspricht daher jedenfalls bei den messbaren Zuschlagskriterien nicht den Vergabegrundsätzen. Schon deshalb kann die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe und der dieser zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen sowie die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zum Ersatz der Pauschalgebühren nicht als rechtswidrig erkannt werden. Da es somit auf die sachliche Rechtfertigung der Zuschlagskriterien an sich nicht ankommt, wird die Beschwerdeführerin auch durch die Abweisung des Antrages auf Vernehmung eines Zeugen zu diesem Thema nicht in Rechten verletzt.

Aus den dargestellten Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Aus den dargestellten Gründen war die Beschwerde gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandsersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Antrag der obsiegenden belangten Behörde auf Zuspruch von Aufwandsersatz war abzuweisen, weil das Land Wien zugleich Rechtsträger der belangten Behörde und Beschwerdeführer ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. Juni 2005, Zl. 2005/04/0048). Das Mehrbegehren der mitbeteiligten Partei war abzuweisen, weil der pauschalierte Ersatzbetrag für den Schriftsatzaufwand Umsatzsteuer bereits enthält. Der Spruch über den Aufwandsersatz gründet auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,. Der Antrag der obsiegenden belangten Behörde auf Zuspruch von Aufwandsersatz war abzuweisen, weil das Land Wien zugleich Rechtsträger der belangten Behörde und Beschwerdeführer ist vergleiche das hg. Erkenntnis vom 13. Juni 2005, Zl. 2005/04/0048). Das Mehrbegehren der mitbeteiligten Partei war abzuweisen, weil der pauschalierte Ersatzbetrag für den Schriftsatzaufwand Umsatzsteuer bereits enthält.

Wien, am 22. April 2009

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2007040065.X00

Im RIS seit

27.05.2009

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