

TE Vwgh Erkenntnis 2008/11/19 2007/04/0018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.11.2008

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06304000;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31992L0050 Vergabekoordinierungs-RL Dienstleistungsaufträge Art36 Abs1 lita;
BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitdd;
BVergG 2002 §99 Abs2;
EURallg;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 2007/04/0019

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 Beschwerden

1. der Pensionsversicherungsanstalt in Wien, vertreten durch Siemer - Siegl - Füreder & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Dominikanerbastei 10 (hg. Zl. 2007/04/0018) und 2. der Bietergemeinschaft I - M - W in G, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/3+4 (hg. Zl. 2007/04/0019), gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. Dezember 2006, Zl. N/0091-BVA/10/2006-038, betreffend Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Partei: Bietergemeinschaft bestehend aus A und R in G, vertreten durch Scherbaum/Seebacher, Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Einspinnnergasse 3), zu Recht erkannt: 1. der Pensionsversicherungsanstalt in Wien, vertreten durch Siemer - Siegl - Füreder & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Dominikanerbastei 10 (hg. Zl. 2007/04/0018) und 2. der Bietergemeinschaft römisch eins - M - W in G, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/3+4 (hg. Zl. 2007/04/0019), gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. Dezember 2006, Zl. N/0091-BVA/10/2006-038, betreffend Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Partei: Bietergemeinschaft bestehend aus A und R in G, vertreten durch Scherbaum/Seebacher, Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Einspinnnergasse 3), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerinnen haben jeweils dem Bund Aufwendungen in der Höhe von je EUR 381,90 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von je EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren der mitbeteiligten Partei wird abgewiesen.

Begründung

Mit Bescheid vom 19. Dezember 2006 hat das Bundesvergabeamt (die belangte Behörde) über Antrag der Mitbeteiligten die Entscheidung der Erstbeschwerdeführerin im Vergabeverfahren "Sonderkrankenanstalt - Rehabilitationszentrum (SKA-RZ) St. Radegund - Neubaumaßnahmen - Generalplanerleistungen (Architektur, Haustechnik, Statik etc.)", der Zweitbeschwerdeführerin den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklärt und die Erstbeschwerdeführerin zum Pauschalgebührenersatz verpflichtet.

Zur Begründung führte die belangte Behörde - soweit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wesentlich - aus, die Mitbeteiligte habe in ihrem Nachprüfungsantrag vorgebracht, dass das Angebot der Zweitbeschwerdeführerin zwingend auszuschneiden gewesen wäre. Die Zweitbeschwerdeführerin hätte nämlich eine nach den Ausschreibungsbedingungen unzulässige Primärenergiequelle angeboten und die Ausschreibungsanforderungen für die Zufahrt zum Neubau nicht erfüllt. Überdies habe die Mitbeteiligte die Bewertung durch die Bewertungskommission gerügt.

Die Erstbeschwerdeführerin betreibe die Sonderkrankenanstalt -

Rehabilitationszentrum St. Radegund. Sie beabsichtige einen Neubau in Ergänzung zu den bestehenden Gebäuden zu errichten. Dazu seien die gegenständlichen Generalplanerleistungen ausgeschrieben worden. Der geschätzte Auftragswert betrage EUR 7 Mio. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Die Ausschreibung umfasse die Erbringung der Grundleistungen, Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, Ausführungsplanung, Kostenermittlungsgrundlagen, künstlerische Oberleitung, anteilige technische Oberleitung und anteilige geschäftliche Oberleitung, insbesondere für die Fachgebiete Architektur, statischkonstruktive Bearbeitung, die gesamte Planung für die technische Gebäudeausrüstung (Haustechnikplanung) inklusive Medizintechnik, bauphysikalische Planungsleistungen, Großküchenplanung, Brandschutzplanung und Planungskoordination im Sinn des Bauarbeiten-Koordinationsgesetzes. Mit erfasst seien weiters Nebenpflichten.

Die Ausschreibung sei im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 5 Z. 3 iVm Z. 2 Bundesvergabegesetz 2002, BGBl. I Nr. 99 (BVergG 2002), erfolgt. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge sei der 3. Oktober 2005 gewesen. Die Ausschreibung sei im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, Ziffer 3, in Verbindung mit Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002, Bundesgesetzblatt, I Nr. 99 (BVergG 2002), erfolgt. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge sei der 3. Oktober 2005 gewesen.

Die Aufforderung zur Angebotslegung habe u.a. Folgendes enthalten:

"2 Allgemeine Vergabebedingungen für die 2. Stufe:

...

2.7 Teil- und abweichende Angebote; Alternativangebote

...

Von den rechtlichen Bedingungen der Ausschreibung oder vom vorgegebenen Leistungsverzeichnis abweichende Angebote sind grundsätzlich nicht zulässig.

...

2.18 Vergabe; Bestbieterermittlung

Die Vergabe kann nur für die gesamte Leistung erfolgen. Von den Angeboten, die im Zuge des Prüfverfahrens nicht ausgeschieden wurden, wird der Zuschlag dem für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in Punkt 6. näher spezifizierten Kriterien erteilt.

...

4.7 Idealtypisches Raum- und Funktionsprogramm

Das in der Anlage 2 beigelegte Raum- und Funktionsprogramm stellt das grundsätzlich geforderte Anforderungsprofil für den Neubau des SKA-RZ St. Radegund dar. Die hierin angeführten Werte geben die idealtypischen Anforderungen wieder und können daher im konkreten Projekt in einzelnen Bereichen unter- oder überschritten werden, wenn dies im Gesamtzusammenhang als sinnvoll erkannt und entsprechend begründet wird.

...

6 Bestbieterermittlung:

6.1 Vorprüfung der Projekte, technische und kaufmännische Prüfung der Ausarbeitungen

Die Vorprüfung der Projekte sowie die technische und kaufmännische Prüfung der Ausarbeitungen erfolgen durch die Verfahrensbetreuung unter Einbeziehung technischer und juristischer Fachberater (intern und extern) des Auftraggebers. Die eingereichten Projekte werden nach objektivierbaren Kriterien derartig überprüft, dass ein vergleichbares Werten durch die Bewertungskommission möglich ist.

Die Ergebnisse dieser Vorprüfung werden der Bewertungskommission des Auftraggebers in Form eines Vorprüfungsberichtes vorgelegt und im Anschluss daran werden die eingereichten Projekte im Zusammenwirken mit dem jeweiligen Bieter präsentiert.

Vorprüfungskriterien:

- -Strichaufzählung
Einhaltung der Verfahrensbedingungen
- -Strichaufzählung
Vollständigkeit der geforderten Leistungen
- -Strichaufzählung
Vorprüfung der Einhaltung der Rahmenbedingungen und der Vorgaben des Raum- und Funktionsprogramms
- -Strichaufzählung
Vorprüfung der Wirtschaftlichkeit und Realisierbarkeit des Lösungsvorschlages
- -Strichaufzählung
Vorprüfung der Vollständigkeit der geforderten Kostenermittlung, Prüfen des ausgearbeiteten Detaillierungsgrades und Plausibilitätsprüfung der Kosten- und Massenansätze
- -Strichaufzählung
Vorprüfung der Erfüllung von Zuschlagskriterien

6.2 Verhandlungen

Im Anschluss an die Vorprüfung und die Präsentation der Projekte sollen mit den Bietern Verhandlungen über den gesamten Angebotsinhalt geführt werden.

6.3 Tätigkeit der Bewertungskommission

Nach Beendigung der Vorprüfung der Präsentation der eingereichten Projekte und den Verhandlungen hierüber wird die Bewertungskommission zusammentreten.

Grundlage für die Tätigkeit der Bewertungskommission ist grundsätzlich der durch die Verfahrensbetreuung unter Einbeziehung technischer und juristischer Fachberater vorbereitete Bewertungsvorschlag anhand der festgelegten Zuschlagskriterien sowie die von diesen ausgearbeitete schematische, nach sachlichen Gesichtspunkten geordnete Darstellung der in den Projekten enthaltenen Vorschläge. Zur Entscheidungsfindung innerhalb der Bewertungskommission zur Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien ist Einstimmigkeit erforderlich.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht bei jenen (Sub-)Kriterien (türkis hinterlegt), bei welchen der subjektive Aspekt im Vordergrund steht. Diesbezüglich vergibt jedes Kommissionsmitglied autonom seine Bewertungspunkte nach den unten näher ausgeführten Modalitäten und fließen diese als Summe - entsprechend gewichtet - in die Gesamtbewertung ein.

...

Die Bewertungskommission arbeitet von jeder ihrer Sitzungen ein Protokoll aus, das ihre Beschlüsse sowie eine

verbale Begründung hierfür enthält und von allen Mitgliedern unterzeichnet wird. Die Entscheidungen der Bewertungskommission sind endgültig. Die Bewertungskommission und deren einzelne Mitglieder sind weisungsfrei und üben ihre Funktion in allen Abschnitten des Verfahrens persönlich aus.

..."

Im Anschluss daran ist im angefochtenen Bescheid die Bewertungsmatrix aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe wiedergegeben. Daraus ergibt sich, dass die Bewertung nach mehreren Themenbereichen zu erfolgen hat. Das Thema "architektonische, verkehrstechnische und statisch-konstruktive Aspekte" hat einen Anteil von 27 % der gesamten Bewertung. Dieses Thema wird in mehrere Kriterien gegliedert, darunter das Kriterium "baukünstlerische Gestaltungsqualität" mit einem Anteil von 35 % und das Kriterium "gestalterische Qualität der Außenanlagen" mit einem Anteil von 10 %. Diese beiden Kriterien sind jeweils in Subkriterien unterteilt. Die Subkriterien für das Kriterium "Baukünstlerische Gestaltungsqualität" sind "Einbringung in das Landschaftsbild" mit einem Anteil von 40 %, "Gestaltung der Außenhülle" mit einem Anteil von 30 % und "Gestaltung der Innenräume" mit einem Anteil von 30 %; das Kriterium "gestalterische Qualität der Außenanlagen" teilt sich in die Subkriterien "Zuordnung der Freiflächen" und "Gestaltung der Grün- und Freiräume" mit einem Anteil von je 50 %.

Weiters ist im angefochtenen Bescheid aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe Folgendes wiedergegeben:

"6.4.1 Bewertung der architektonischen, verkehrstechnischen und statisch-konstruktiven Aspekte

Die Bewertung der architektonischen, verkehrstechnischen und statisch-konstruktiven Aspekte ist konkreter durch Kriterien bzw. Subkriterien abgebildet. Die Gewichtung dieser zueinander - je nach Bedeutung - ergibt sich aus der vorstehenden Tabelle.

Im Rahmen der Bewertung der einzelnen Subkriterien werden von der Bewertungskommission gemäß Punkt 6.3 je nach Erfüllungsgrad Punkte vergeben, wobei die einzelnen Fähigkeiten der Bieter zueinander in Relation gesetzt werden. Die Bewertungsskala ist zehnteilig, wobei 10 die Höchstnote und 1 die niedrigste Note darstellt.

...

Konkret werden im Zusammenhang mit der baukünstlerischen Gestaltungsqualität folgende Subkriterien einer Bewertung zugeführt:

- -Strichaufzählung
Einbindung in das Landschaftsbild

als Beispiel hierfür stehen:

Bewertung der architektonischen Einbindung in das Landschaftsbild

Bewertung der Gestaltung des Daches und der ästhetischen Wirkung der eingesetzten Materialien (offenbar irrtümlich so wiedergegeben; nach der Aktenlage heißt es tatsächlich: "Bewertung der Ästhetik des Gesamtobjektes")

- Gestaltung der Außenhülle

als Beispiel hierfür stehen:

Bewertung der Gestaltung der Fassade und der ästhetischen Wirkung der verwendeten Materialien

Bewertung der Gestaltung des Daches und der ästhetischen Wirkung der eingesetzten Materialien

- Gestaltung der Innenräume

als Beispiel hierfür stehen:

Bewertung der Anordnung und Ausführung der Repräsentationsflächen, insbesondere des Eingangsbereiches

Bewertung der architektonischen Ausführung der Patientenbereiche
Bewertung der Raumproportionen zueinander

aus
architektonischer Sicht.

Konkret werden im Zusammenhang mit der gestalterischen Qualität der Außenanlage folgenden Subkriterien einer Bewertung zugeführt:

- -Strichaufzählung
Zuordnung der Freiflächen

als Beispiel hierfür stehen:

Bewertung der Anordnung der Freizeitbereiche im Bezug auf Erreichbarkeit und Zuordnung zu einander

Bewertung der Anordnung der Erholungsflächen im Bezug auf Erreichbarkeit und Zuordnung zu einander

Bewertung der optimalen Ausnutzung der Freiflächen - Gestaltung der Grün- und Freiräume

als Beispiel hierfür stehen:

Bewertung der qualitativen Gestaltung der Freizeitflächen hinsichtlich Ausführung und Sicherheit

Bewertung der qualitativen Gestaltung der Erholungsflächen hinsichtlich der verwendeten Materialien und der architektonischen Ausführung."

Der Punkt 2.4.1.2 im Anhang 2 zur Aufforderung zur Angebotslegung ("Raum- und Funktionsprogramm"; im Folgenden: RFP) laute:

"2.4.1.2 Heizung mit erneuerbarem Energieträger

Als Hauptheizung ist eine Heizungsanlage, die mit einem erneuerbaren (nachwachsenden) Energieträger befeuert wird, vorzugsweise eine Biomasseheizung (Hackschnitzelheizung) mit entsprechender trockener (überdachter) Lagerfläche für Verbrennungsmaterial und Wärmespeichern einzuplanen."

Aus dem von der Auftraggeberin vorgelegten RFP ergibt sich nachfolgender weiterer Inhalt dieses Dokuments:

"2.4.1 Wärmeerzeugungsanlagen

2.4.1.1 Ölheizung

Die bestehenden 2 Stück Kesselanlagen (Errichtungsdatum 10/2005) inklusive Ölbrennern für die Verfeuerung von Heizöl extra leicht mit je einer Heizleistung von 1.150 und 500 kW sind zu übernehmen und in die Neuanlage zu implementieren. Diese sind als zweites Standbein für die Aufrechterhaltung des Heizbetriebes während etwaiger Ausfalls-, Stillstands- und Wartungszeiten der Hauptheizung ... vorgesehen. Die bestehenden 2 Stück Kesselanlagen (Errichtungsdatum 10 aus 2005,) inklusive Ölbrennern für die Verfeuerung von Heizöl extra leicht mit je einer Heizleistung von 1.150 und 500 kW sind zu übernehmen und in die Neuanlage zu implementieren. Diese sind als zweites Standbein für die Aufrechterhaltung des Heizbetriebes während etwaiger Ausfalls-, Stillstands- und Wartungszeiten der Hauptheizung ... vorgesehen.

Im Sommerbetrieb soll die Ölheizung die Energie für die Warmwasserbereitung sowie anderer notwendiger Abnehmer, wie z.B. Schwimmbadwassererwärmung, bereitstellen.

...

2.4.1.2 (bereits oben wiedergegeben)

2.4.1.3 Solaranlage

Zur Unterstützung der Warmwasserbereitung sowie für die Beheizung von Fußbodenflächen (insbesondere Barfußbereiche) ist eine Solaranlage einzuplanen.

...

2.5 Klima-/Lüftungsanlagen

2.5.1 Lüftungsanlagen

...

Wärmerückgewinnungen sind nur dann einzuplanen, wenn die Wirtschaftlichkeitsberechnungen ein positives Ergebnis zeigen.

2.5.2 Teilklimaanlagen

...

Wärmerückgewinnungen sind nur dann einzuplanen, wenn die Wirtschaftlichkeitsberechnungen ein positives Ergebnis zeigen.

2.5.3 Klimaanlagen

...

Wärmerückgewinnungen sind nur dann einzuplanen, wenn die Wirtschaftlichkeitsberechnungen ein positives Ergebnis zeigen.

..."

Die belangte Behörde führte weiter aus, dass 68 Bewerber Teilnahmeunterlagen angefordert und 16 Bewerber Teilnahmeanträge eingereicht hätten. Fünf Bewerber seien zur Legung von Angeboten aufgefordert worden. Ein Angebot sei ausgeschieden worden. Die Zweitbeschwerdeführerin habe ein Heizungssystem angeboten, das aus einer Kombination von Geothermie als Wärmequelle und Wärmespeicher, Sonnenkollektoren, einer Wärmerückgewinnung aus Abwässern, einer Pelletsheizung sowie der bestehenden Ölheizung als Ausfallreserve bestehe. Die Heizung sei mit der Kühlung derart verbunden, dass überschüssige Energie über die geothermische Anlage im Boden gespeichert werde. Die Heizung erfolge in erster Linie über die geothermische Anlage, die Sonnenenergie und die Wärmerückgewinnung. Erst wenn die Wärmeleistung dieser Systeme nicht ausreiche, werde die Pelletsheizung in Betrieb genommen. Sie könne im Maximum knapp über 50 % der maximal möglichen Heizleistung der Gesamtanlage erbringen. Geothermie unterliege Verlusten und pendle sich nach zehn Jahren bei etwa 70 % der ursprünglichen Leistung ein.

Nach Angebotsprüfung und Durchführung von zwei Verhandlungsrunden mit den verbliebenen Bietern seien die Angebote einer Bewertung durch die aus Mitgliedern der Anstaltsleitung, der kollegialen Führung sowie Belegschaftsvertretern und externen Experten zusammengesetzte Kommission zugeführt worden. Die Bewertung sei in der Sitzung der Kommission vom 25. September 2006 erfolgt. Die Bewertung der subjektiven Kriterien sei durch die Mitglieder der Bewertungskommission "autonom" erfolgt. Diese Kriterien machten 12,15 % der insgesamt erzielbaren Bewertungspunkte aus. Dabei seien von jedem Mitglied der Bewertungskommission auf je einem Bewertungsbogen ohne verbale Begründung für jedes Subkriterium ein bis zehn Punkte vergeben worden. Auch in der Niederschrift über die Sitzung der Bewertungskommission vom 25. September 2006 fehle jede verbale Begründung. Zu den subjektiv zu bewertenden Subkriterien werde lediglich auf die Abstimmung mittels Bewertungsblatt verwiesen.

Die Zweitbeschwerdeführerin sei mit einer Gesamtpunktzahl von 85,63 als Bestbieterin ermittelt worden. Die Mitbeteiligte sei mit einer Gesamtpunkteanzahl von 82,91 an zweiter Stelle gereiht worden.

Die Festlegungen in der Aufforderung zur Angebotsabgabe seien im Sinn ihrer objektiven Bedeutung aus der Sicht eines redlichen Bieters zu verstehen. Die Ausschreibung treffe Festlegungen für die Ausgestaltung der Hauptheizung, wie sich aus dem Wortbestandteil "Haupt" ergebe, könne als Hauptheizung nur jene Heizungsanlage betrachtet werden, die ständig zumindest dem Großteil der benötigten Wärme bereitstelle. Es sei gefordert, dass diese Heizungsanlage mit einem erneuerbaren Energieträger befeuert werde. Nach der Aussage der Auftraggeberin (Erstbeschwerdeführerin) in der mündlichen Verhandlung hätten damit fossile Energieträger ausgeschlossen werden sollen. Erneuerbar sei im Sinn des Kyoto-Protokolls zu verstehen und bedeute CO₂-neutral. Der Begriff "erneuerbare Energieträger" sei auch in § 5 Abs. 1 Z. 11 Ökostromgesetz enthalten und als erneuerbare, nicht fossile Energieträger definiert. Er umfasse Wind, Sonne, Erdwärme, Wellen- und Gezeitenenergie, Wasserkraft, Biomasse, Abfall mit hohem biogenen Anteil, Deponiegas, Klärgas und Biogas. Im vorliegenden Fall schränke jedoch der Klammerausdruck "nachwachsend" nach den Regeln der Grammatik die zulässigen erneuerbaren Energieträger dahin ein, dass lediglich Energieträger zum Einsatz kommen dürften, die tatsächlich nachwachsen könnten. Der Energieträger müsse daher pflanzlichen Ursprungs sein. In Frage kämen in erster Linie Holz und aus Holz gewonnene Heizstoffe wie Hackschnitzel oder Pellets. Geothermie wachse hingegen nicht nach. Geothermie allein verbrauche sich. Wie sich aus vorgelegten Gutachten und der Aussage von Ing. B. (Mitarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin) ergebe, verbrauche sich Geothermie und pendle sich nach einem Zeitraum von etwa zehn Jahren auf einem Niveau von ca. 70 % der ursprünglichen Leistung ein. Sonnenenergie wachse ebenfalls nicht nach. Weiters lege das Wort "befeuern" in der Aufforderung zur Anbotslegung nahe, dass brennbares Material zur Heizung verwendet werde. Aus alldem ergebe sich, dass die anzubietende Heizungsanlage, die den Großteil der Heizleistung dauernd erbringe, die erforderliche Wärme mit einem erneuerbaren und nachwachsenden Energieträger, der brenne, erzeugen müsse. Sonnenenergie und Geothermie erfüllten diese Anforderungen nicht. Die Festlegungen in der Aufforderung zur Angebotsabgabe seien im Sinn ihrer objektiven Bedeutung aus der Sicht eines redlichen Bieters zu verstehen. Die Ausschreibung treffe Festlegungen für die Ausgestaltung der Hauptheizung, wie sich aus dem Wortbestandteil "Haupt" ergebe, könne als Hauptheizung nur jene Heizungsanlage betrachtet werden, die ständig zumindest dem Großteil der benötigten Wärme bereitstelle. Es sei gefordert, dass diese Heizungsanlage mit einem erneuerbaren Energieträger befeuert werde. Nach der Aussage der Auftraggeberin (Erstbeschwerdeführerin) in der mündlichen Verhandlung hätten damit fossile Energieträger ausgeschlossen werden sollen. Erneuerbar sei im Sinn des Kyoto-Protokolls zu verstehen und bedeute CO₂-neutral. Der Begriff "erneuerbare Energieträger" sei auch in Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 11, Ökostromgesetz

enthalten und als erneuerbare, nicht fossile Energieträger definiert. Er umfasse Wind, Sonne, Erdwärme, Wellen- und Gezeitenenergie, Wasserkraft, Biomasse, Abfall mit hohem biogenen Anteil, Deponiegas, Klärgas und Biogas. Im vorliegenden Fall schränke jedoch der Klammerausdruck "nachwachsend" nach den Regeln der Grammatik die zulässigen erneuerbaren Energieträger dahin ein, dass lediglich Energieträger zum Einsatz kommen dürften, die tatsächlich nachwachsen könnten. Der Energieträger müsse daher pflanzlichen Ursprungs sein. In Frage kämen in erster Linie Holz und aus Holz gewonnene Heizstoffe wie Hackschnitzel oder Pellets. Geothermie wachse hingegen nicht nach. Geothermie allein verbrauche sich. Wie sich aus vorgelegten Gutachten und der Aussage von Ing. B. (Mitarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin) ergebe, verbrauche sich Geothermie und pendle sich nach einem Zeitraum von etwa zehn Jahren auf einem Niveau von ca. 70 % der ursprünglichen Leistung ein. Sonnenenergie wachse ebenfalls nicht nach. Weiters lege das Wort "befeuern" in der Aufforderung zur Angebotslegung nahe, dass brennbares Material zur Heizung verwendet werde. Aus alldem ergebe sich, dass die anzubietende Heizungsanlage, die den Großteil der Heizleistung dauernd erbringe, die erforderliche Wärme mit einem erneuerbaren und nachwachsenden Energieträger, der brenne, erzeugen müsse. Sonnenenergie und Geothermie erfüllten diese Anforderungen nicht.

Nach dem Angebot der Zweitbeschwerdeführerin werde die benötigte Wärme in erster Linie von der geothermischen Anlage, den Sonnenkollektoren und der Anlage zur Wärmerückgewinnung bereitgestellt. Die Pelletsheizung komme nur zum Einsatz, wenn die genannten Wärmeerzeuger nicht ausreichten. Eine Hauptheizung auf Grundlage eines verbrennenden, erneuerbaren, nachwachsenden Energieträgers habe die Zweitbeschwerdeführerin trotz des vorgelegten ausgeklügelten Heizungssystems nicht angeboten. Die Abweichungsmöglichkeit der Bieter von den Vorgaben der Aufforderung zur Angebotslegung betreffe lediglich das Raum- und Funktionsprogramm und vermöge daher Abweichungen im Bereich der Heizungsanlage nicht zu tragen. Das Angebot der Zweitbeschwerdeführerin wäre daher gemäß § 98 Z. 8 BVergG 2002 auszuscheiden gewesen. Nach dem Angebot der Zweitbeschwerdeführerin werde die benötigte Wärme in erster Linie von der geothermischen Anlage, den Sonnenkollektoren und der Anlage zur Wärmerückgewinnung bereitgestellt. Die Pelletsheizung komme nur zum Einsatz, wenn die genannten Wärmeerzeuger nicht ausreichten. Eine Hauptheizung auf Grundlage eines verbrennenden, erneuerbaren, nachwachsenden Energieträgers habe die Zweitbeschwerdeführerin trotz des vorgelegten ausgeklügelten Heizungssystems nicht angeboten. Die Abweichungsmöglichkeit der Bieter von den Vorgaben der Aufforderung zur Angebotslegung betreffe lediglich das Raum- und Funktionsprogramm und vermöge daher Abweichungen im Bereich der Heizungsanlage nicht zu tragen. Das Angebot der Zweitbeschwerdeführerin wäre daher gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 auszuscheiden gewesen.

Eine lediglich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung des Auftraggebers ohne detaillierte verbale Begründung sei mit den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes nicht vereinbar, weil die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung dadurch verhindert werde. Eine ausschließlich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne verbale Begründung widerspreche den §§ 95 Abs. 1 und 99 Abs. 2 BVergG 2002. Eine lediglich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung des Auftraggebers ohne detaillierte verbale Begründung sei mit den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes nicht vereinbar, weil die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung dadurch verhindert werde. Eine ausschließlich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne verbale Begründung widerspreche den Paragraphen 95, Absatz eins und 99 Absatz 2, BVergG 2002.

Im vorliegenden Fall seien für die subjektiv zu bewertenden Kriterien von den einzelnen Kommissionsmitgliedern lediglich Punkte vergeben worden. Eine verbale Begründung finde sich weder in den Bewertungsbögen der einzelnen Kommissionsmitglieder noch im Protokoll über die Sitzung der Bewertungskommission. Die Bewertung in diesen Punkten sei daher nicht nachvollziehbar und widerspreche dem BVergG 2002. Bei rechtskonformem Vorgehen sei ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens möglich gewesen. Die dargestellten Rechtswidrigkeiten seien daher von entscheidendem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, weshalb die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären und die Erstbeschwerdeführerin zum Pauschalgebührenersatz zu verpflichten gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richten sich die vorliegenden Beschwerden je mit dem Antrag, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - jeweils eine Gegenschrift mit dem Antrag, die jeweilige Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Verbindung der Verfahren über die beiden Beschwerden wegen des sachlichen und persönlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung erwogen:

Zur Frage der verbalen Begründung der Zuschlagsentscheidung bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass in der Aufforderung zur Angebotslegung die Bewertungskriterien mit Subkriterien und Beispielen zu jedem Subkriterium bekannt gegeben worden seien. Die gesonderte Punktevergabe der einzelnen Kommissionsmitglieder gewährleiste eine ausreichende Nachvollziehbarkeit der Entscheidung. Eine darüber hinausgehende verbale Begründung bringe keinen zusätzlichen Erkenntniswert. Überdies habe die belangte Behörde nicht dargestellt, warum das Fehlen einer verbalen Begründung für Kriterien, die lediglich 12,15 % der Gesamtscheidung ausmachten, für den Ausgang des Verfahrens wesentlich sei, zumal die Mitbeteiligte gerade in diesen Kriterien ohnehin höher bewertet worden sei als die Zweitbeschwerdeführerin.

Die belangte Behörde vertrat die Ansicht, dass der bloße Verweis auf die von den einzelnen Kommissionsmitgliedern für die subjektiv zu bewertenden Kriterien vergebenen Punkte im Protokoll über die entscheidende Sitzung der Bewertungskommission dem Gebot der schriftlichen Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 99 Abs. 2 BVergG 2002 nicht gerecht werde. Die belangte Behörde vertrat die Ansicht, dass der bloße Verweis auf die von den einzelnen Kommissionsmitgliedern für die subjektiv zu bewertenden Kriterien vergebenen Punkte im Protokoll über die entscheidende Sitzung der Bewertungskommission dem Gebot der schriftlichen Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2002 nicht gerecht werde.

Zunächst sei festgehalten, dass es zulässig ist, bei der Bewertung von Dienstleistungsangeboten auch künstlerisch-ästhetische Kriterien heranzuziehen, ist doch "Ästhetik" als Zuschlagskriterium in Art. 36 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 92/50/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ausdrücklich genannt. Zunächst sei festgehalten, dass es zulässig ist, bei der Bewertung von Dienstleistungsangeboten auch künstlerisch-ästhetische Kriterien heranzuziehen, ist doch "Ästhetik" als Zuschlagskriterium in Artikel 36, Absatz eins, Litera a, der Richtlinie 92/50/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ausdrücklich genannt.

Gemäß § 99 Abs. 2 BVergG 2002 (dessen materielle Bestimmungen nach der Übergangsvorschrift des § 345 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2006 auf den vorliegenden Fall anzuwenden sind) sind die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten. Diese Vorschrift dient der objektiven Nachvollziehbarkeit und damit der Kontrolle der Bewertung. Gemäß Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2002 (dessen materielle Bestimmungen nach der Übergangsvorschrift des Paragraph 345, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2006 auf den vorliegenden Fall anzuwenden sind) sind die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten. Diese Vorschrift dient der objektiven Nachvollziehbarkeit und damit der Kontrolle der Bewertung.

Im vorliegenden Fall enthält der die Tätigkeit der Bewertungskommission regelnde Punkt 6.3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe zunächst den Hinweis, dass der von Fachleuten vorbereitete Bewertungsvorschlag Grundlage für die Bewertung durch die - unstrittig aus 14 Mitgliedern bestehende - Kommission sei und die Kommission einstimmig zu entscheiden habe. Der unmittelbar darauffolgende Absatz enthält die Bestimmung, dass bei den (Sub-)Kriterien, bei denen der subjektive Aspekt im Vordergrund steht, eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht. Diesbezüglich vergibt jedes Kommissionsmitglied autonom seine Bewertungspunkte, welche entsprechend gewichtet in die Gesamtbewertung einfließen.

Aus dem Zusammenhang dieser Textpassagen ergibt sich, dass für die Bewertung der insgesamt 12,15 % (45 % von 27 %) ausmachenden künstlerisch-ästhetischen Beurteilungskriterien keine Einstimmigkeit erforderlich ist, sondern jedes Kommissionsmitglied nach eigenem Empfinden ("subjektiv") ohne Bindung an Vorschläge ("autonom") Punkte vergeben kann.

Bei einer solchen Vorgangsweise kann sich eine verbale Begründung für die Entscheidung der Bewertungskommission nur auf einen Hinweis auf die von den einzelnen Mitgliedern vergebenen Punkte beschränken, liegt doch keine in einem gemeinsamen Entscheidungsprozess - einstimmig oder mehrstimmig - erzielte begründbare Entscheidung der gesamten Kommission vor. Das Fehlen einer verbalen Begründung der Kommissionsentscheidung in diesen Kriterien ist daher bereits in der (gemäß § 20 Z. 13 lit. a sublit. dd BVergG 2002 im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gesondert anfechtbaren) Aufforderung zur Angebotsabgabe - bestandkräftig - festgelegt. Bei einer solchen Vorgangsweise kann sich eine verbale Begründung für die Entscheidung der Bewertungskommission nur auf

einen Hinweis auf die von den einzelnen Mitgliedern vergebenen Punkte beschränken, liegt doch keine in einem gemeinsamen Entscheidungsprozess - einstimmig oder mehrstimmig - erzielte begründbare Entscheidung der gesamten Kommission vor. Das Fehlen einer verbalen Begründung der Kommissionsentscheidung in diesen Kriterien ist daher bereits in der (gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002 im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gesondert anfechtbaren) Aufforderung zur Angebotsabgabe - bestandkräftig - festgelegt.

Die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung der einzelnen Mitglieder ist durch die erfolgte Punktevergabe für die jeweiligen Subkriterien ausreichend gegeben. Zum Beispiel ist durch die Punktevergabe für das Subkriterium "Einbindung in das Landschaftsbild" ersichtlich, als wie gut gelungen das jeweilige Kommissionsmitglied die Einbindung in das Landschaftsbild bewertet und in die Gesamtbewertung des Kriteriums "baukünstlerische Gestaltungsqualität" hat einfließen lassen.

Aus diesen Gründen durfte die belangte Behörde das Fehlen einer verbalen Begründung der Entscheidung der Bewertungskommission in diesen Zuschlagskriterien nicht als Anlass für die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung heranziehen.

Insoweit hat die belangte Behörde die Rechtslage verkannt.

Den Beschwerden kommt jedoch aus nachstehenden Gründen keine

Berechtigung zu:

Zur Frage der anzubietenden Heizungsanlage bringen die

Beschwerdeführerinnen - zusammengefasst - vor, dass es sich auch bei einer geothermischen Anlage um eine ausschreibungskonforme Wärmebereitstellung mit erneuerbarem Energieträger handle. Die Pelletsheizung sei aber ohnehin als "Hauptheizung" im Sinn der Ausschreibung anzusehen. Diesbezüglich habe die belangte Behörde die Aussage von Ing. B. in der mündlichen Verhandlung falsch interpretiert. Ing. B. habe auf die Darstellung der Anteile der einzelnen Energieträger in der Projektmappe verwiesen. Aus dieser Aufstellung ergebe sich, dass von dem nach Ausschöpfung aller möglichen Abwärmenutzungen verbleibenden Jahresheizwärmebedarf 55 % durch die Pelletsheizung gedeckt würden. Weiters sei festzuhalten, dass die Erdwärme, die im Konzept der Zweitbeschwerdeführerin eine große Rolle spiele, ausschließlich genutzt werde. Es handle sich dabei um keine Wärmeerzeugung. Die Bezeichnung der geothermischen Anlage als "Wärmeerzeuger" durch die belangte Behörde sei daher nicht richtig. Die Pelletsheizung stelle daher die einzige Wärmeerzeugungsanlage und somit die Hauptheizung dar. Im Übrigen regle die Aufforderung zur Anbotslegung, wie die belangte Behörde festgestellt habe, in Punkt 4.7, dass von den Werten des RFP (die einen Idealtypus darstellten) abgewichen werden könne. Nach Punkt 9.2 der Aufforderung zur Anbotslegung stelle das RFP eine Maximalvorgabe dar. Unter Einhaltung des Kostenrahmens seien sinnvolle und realisierbare Abweichungen zulässig. Da auch die Wärmeerzeugungsanlagen in diesem "Raum- und Funktionsprogramm" geregelt seien, sei auch diesbezüglich eine Abweichung zulässig. Die Anforderungen der Ausschreibung an das Heizungssystem würden vom Anbot der Zweitbeschwerdeführerin daher jedenfalls erfüllt.

Die belangte Behörde vertrat die Ansicht, dass von der gegenständlichen Ausschreibung das Anbot einer Hauptheizung mit nachwachsenden Brennstoffen gefordert werde. Erdwärme sei zwar als erneuerbarer, nicht jedoch als nachwachsender Energieträger anzusehen. Eine Pelletsheizung erfülle zwar die Kriterien der Ausschreibung, sei aber von der Zweitbeschwerdeführerin nicht als Hauptheizung angeboten worden, weil diese Heizung nur dann zum Einsatz komme, wenn die anderweitige Energiebereitstellung (Wärmerückgewinnung, Erdwärmenutzung, Solarenergienutzung) nicht ausreiche.

Zunächst ist auszuführen, dass die für die anzubietende Heizungsanlage maßgeblichen Bestimmungen des RFP nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (vgl. aus der ständigen hg. Judikatur etwa das Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030). Zunächst ist auszuführen, dass die für die anzubietende Heizungsanlage maßgeblichen Bestimmungen des RFP nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind vergleiche aus der ständigen hg. Judikatur etwa das Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030).

Der belangten Behörde ist zuzustimmen, dass gemäß Punkt 2.4.1.2 des RFP eine "Hauptheizung" mit Befeuerung durch

einen nachwachsenden Energieträger anzubieten ist. Dies ergibt sich nicht nur - wie die belangte Behörde richtig erkannt hat - aus den Ausdrücken "nachwachsend" und "befeuert" in der genannten Ausschreibungsbestimmung, sondern auch daraus, dass eine überdachte Lagerfläche für Verbrennungsmaterial gefordert ist.

Die von der Zweitbeschwerdeführerin neben der Pelletsheizung angebotene Erdwärmeheizung erfüllt diese Voraussetzungen nicht, beruht sie doch nicht auf der Verbrennung nachwachsender Energieträger, sondern auf der Nutzung von Erdwärme.

Nach Punkt 2.4.1.1 des RFP soll die vorhandene Ölheizung u.a. als zweites Standbein für die Aufrechterhaltung des Heizbetriebes während etwaiger "Ausfalls-, Stillstands- und Wartungszeiten der Hauptheizung" bestehen bleiben. Von Punkt 2.4.1.2 wird - wie dargestellt - eine mit nachwachsenden Brennstoffen befeuerte Hauptheizung gefordert. Zusätzlich fordert Punkt 2.4.1.3 eine Solaranlage für Warmwasserbereitung und Fußbodenheizung. Im Kapitel 2.5 des RFP betreffend Klima- und Lüftungsanlagen ist an mehreren Stellen festgehalten, dass Wärmerückgewinnungen nur bei positiver Wirtschaftlichkeitsberechnung einzuplanen sind. Weitere Wärmeversorgungsanlagen sind im RFP nicht vorgesehen.

Aus dem Zusammenhang dieser Bestimmungen ergibt sich, dass das RFP den Begriff "Hauptheizung" als Abgrenzung zu der als Reserveheizung aufrecht zu erhaltenden bestehenden Ölheizung verwendet. Aus der Verwendung des Wortes "Haupt"-Heizung kann somit nicht geschlossen werden, dass daneben (außer der ausdrücklich geforderten Solaranlage und der zulässigen Wärmerückgewinnung) auch noch andere - im sonst detaillierten RFP in keiner Weise determinierte - Heizungsanlagen als "Nebenheizung" eingeplant werden dürfen. Dafür spricht im Übrigen auch der unstrittig feststehende Umstand, dass die Erstbeschwerdeführerin durch die Ausschreibung einer Hauptheizung mit nachwachsenden Brennstoffen fossile Energieträger ausschließen wollte. Würde man den Begriff Hauptheizung so verstehen, dass daneben auch andere, von der Ausschreibung nicht definierte, Heizungsanlagen eingeplant werden dürften, so wäre aber auch das Anbieten etwa einer Erdgasheizung neben einer auf nachwachsenden Rohstoffen basierenden Hauptheizung möglich.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen war daher das Einplanen einer auf der Nutzung von Erdwärme basierenden Wärmeversorgungsanlage neben der Pelletsheizung nach der gegenständlichen Ausschreibung nicht zulässig.

Dass der Punkt 2.4.1 des RFP die Überschrift "Wärmeerzeugungsanlagen" trägt und es sich bei der Nutzung von Erdwärme nicht um eine Wärmeerzeugung handelt, spricht nicht gegen dieses Ergebnis, nennt das RFP doch auch die Solaranlage, bei der die Energie ebenso wenig erzeugt wird, unter dieser Überschrift.

Schließlich spricht auch der Umstand, dass nach den Feststellungen der belangten Behörde im Punkt 4.7 und nach dem Beschwerdevorbringen auch im Punkt 9.2 der Aufforderung zur Angebotslegung festgehalten ist, dass das RFP die idealtypischen Anforderungen bzw. ein Maximalprogramm enthält und die darin angeführten Werte unter- oder überschritten werden können, wenn dies sinnvoll und unter Einhaltung des Kostenrahmens realisierbar ist, nicht gegen die hier vertretene Lösung. Aus der Bezugnahme auf die im RFP angegebenen Werte ergibt sich, dass damit lediglich die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, unter grundsätzlicher Einhaltung der Vorgaben der Ausschreibung von Detailanforderungen, etwa im Rahmen der - den größten Teil des RFP ausmachenden - Flächenanforderungen der einzelnen Bereiche, abzugehen. Es kann dem Auftraggeber aber nicht unterstellt werden, dass er damit freistellen wollte, ein anderes als das vorgesehene Heizsystem einzuplanen.

Die belangte Behörde hat das von der Zweitbeschwerdeführerin angebotene Heizungssystem daher in unbedenklicher Weise als nicht der Ausschreibung entsprechend angesehen.

Da sich die Beschwerden somit als unbegründet erweisen, waren sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. Da sich die Beschwerden somit als unbegründet erweisen, waren sie gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandsersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Das die gesonderte Vergütung von Umsatzsteuer betreffende Mehrbegehren der mitbeteiligten Partei war abzuweisen, weil im pauschalierten Schriftsatzaufwand Umsatzsteuer bereits enthalten ist. Der Spruch über den Aufwandsersatz gründet auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 333 aus 2003,. Das die gesonderte Vergütung von Umsatzsteuer betreffende Mehrbegehren der mitbeteiligten Partei war abzuweisen, weil im pauschalierten Schriftsatzaufwand Umsatzsteuer bereits enthalten ist.

Wien, am 19. November 2008

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007040018.X00

Im RIS seit

21.01.2009

Zuletzt aktualisiert am

21.04.2009

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at