jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2021/3/30 LVwG-VG-1/002-2021

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.03.2021

Entscheidungsdatum

30.03.2021

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §4
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §6
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §16 Abs1
BVergG 2018 §281

1. BVergG 2018 § 281 heute
2. BVergG 2018 § 281 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch seinen Vergabesenat 1 unter dem Vorsitz von Hofrat Mag. Dr. Becksteiner und Hofrat Mag. Dr. Schwarzmann als Berichterstatter und Hofrat Mag. Dr. Wessely, LL.M. als weiteren Berufsrichter sowie DI Josef Bichler und Univ. Prof. DI Peter Bauer als fachkundige Laienrichter über den Antrag der A GmbH, ***, ***, vertreten durch C, Rechtsanwalt in ***, ***, vom 18.2.2021 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 10.2.2021 in der Vergaberechtssache „Lieferung und Montage von 1 Biomasseheizkessel mit einer Leistung von je 5 MW und eines Elektrofilters für das Fernheizwerk in ***“ (öffentlicher Auftraggeber: B GmbH; vergebende Stelle: D AG, Beschaffung und Einkauf; beide ***, ***, und beide vertreten durch E Rechtsanwälte GmbH, ***, ***; mitbeteiligte Partei: F GmbH, ***, ***, vertreten durch G Rechtsanwälte GmbH, ***, ***), zu Recht erkannt:

1.
Dem Antrag der A GmbH auf Nichtigerklärung wird Folge gegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 10.2.2021 für nichtig erklärt.
2.
Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§§ 4, 6, 12, 16 NÖ Vergabe-NachprüfungsgesetzParagraphen 4, 6, 12, 16, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz

§§ 281 Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018Paragraphen 281, Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018

§ 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVGParagraph 28, Absatz eins, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 - VwGGParagraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 - VwGG

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

Die B GmbH ist öffentlicher Sektorenauftraggeber im Vergabeverfahren „Lieferung und Montage von 1 Biomasseheizkessel mit einer Leistung von je 5 MW und eines Elektrofilters für das Fernheizwerk in ***“; vergebende Stelle ist die D AG, Beschaffung und Einkauf. Es handelt sich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß BVergG 2018 zur Vergabe eines Lieferauftrages im Sektoren-Oberschwellenbereich.

Mit Schriftsatz vom 18.2.2021 hat die A GmbH (im Folgenden: „Antragstellerin“) unter anderem

(1.) die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der B GmbH vom 10.2.2021 im Vergabeverfahren „Lieferung und Montage von 1 Biomasseheizkessel mit einer Leistung von je 5 MW und eines Elektrofilters für das Fernheizwerk in ***“,

(2.) die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher dem öffentlichen Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wird, und

(3.) den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren beantragt und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Zur Aufstellung gelange ein Biomassekessel mit einer gewährleisteten Nennwärme-leistung von 5.000 kW. Die Kesselanlage solle eine vollautomatische Hackgut-feuerungsanlage beinhalten, dies unter Berücksichtigung aller umweltschonenden Auflagen und Sicherheitseinrichtungen. Die Antragstellerin habe am 21.12.2020 ihr Angebot abgegeben. In der elektronisch bereitgestellten Mitteilung über die Bekanntgabe der Zuschlagserteilung vom 10.2.2021 habe der Auftraggeber bekanntgegeben, dass er beabsichtige, den Zuschlag der F GmbH zu erteilen, dass deren Gesamtsumme € *** exkl. Ust. beinhalte und eine Nennleistung mit 6.000 kW als effizientestes Angebot erwiesen sei, wodurch diese Bieterin für den Preis 85 Punkte erzielt habe. Die Abgastemperatur sei mit 143°C angeboten, wodurch F GmbH 10 Punkte erzielt habe. Der spezifische Strombedarf sei mit 12 angegeben, wodurch diese Bieterin 5 Punkte erzielt habe. Somit habe die F GmbH 100 Punkte erzielt und sei Best-bieterin. Der Auftraggeber habe ausgeführt, dass dem Angebot der Antragstellerin nicht der Zuschlag erteilt werden könne, weil der bewertungsrelevante Gesamtpreis plus einer Nennleistung mit 5.000 kW insgesamt 96,10 Punkte erzielt habe, die sich wie folgt aufgliederten:

€ *** = 82,91 Pkt.

Abgastemperatur 145° C = 9,86 Pkt

Strombedarf 12,2 = 3,33 Pkt.

Die Antragstellerin habe ein evidentes Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrags, weil die Ausführung der hier ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege. In Zusammenhang mit der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung entstehe der Antragstellerin ein Schaden. Ihr seien bereits Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren sowie die bisherige Rechtsberatung entstanden. Zusätzlich zu den hier entrichteten Pauschalgebühren betrügen die angelaufenen Kosten bereits mehrere tausend Euro. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin ein Schaden aufgrund des zu entgehen drohenden Gewinns und der zu entgehen drohenden Deckungsbeiträge in Zusammenhang mit der Erbringung der in gegenständlichem Vergabeverfahren zu beschaffenden Leistungen. Die Kosten seien frustriert und der drohende Schaden realisiert, wenn die Zuschlagsent-scheidung unverändert bestehen bliebe und das Vergabeverfahren durch rechtswidrige Zuschlagserteilung beendet würde. Der drohende und der bereits eingetretene Schaden für die Antragstellerin seien daher nur durch die Aufhebung der hier bekämpften Zuschlagsentscheidung zu verhindern. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung entstehe der Antragstellerin im Übrigen auch dadurch ein Schaden, dass ihr die Chance auf die Erlangung eines Referenzprojekts für zukünftige Vergabeverfahren entgehe.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung jedenfalls in ihrem subjektiv öffentlichen Recht auf

- Erteilung des Zuschlages zugunsten ihres Angebotes

- Nichterteilung des Zuschlages zugunsten des aufgrund der Zuschlagskriterien gegenüber ihrem Angebot schlechter gereihten Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

- ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens

- eine nicht willkürliche Entscheidung durch den Auftraggeber

- Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes

- Einhaltung des Diskriminierungsverbotes

verletzt.

Der Auftraggeber habe im gegenständlichem Vergabeverfahren einen Gesamtauf-trag ausgeschrieben, wobei der Zuschlag dem wirtschaftlich und technisch besten Angebot erteilt werden solle. In der Mitteilung über die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 10.2.2021 sei bekannt gegeben worden, dass bei der Ermittlung des Bestbieters nach den Zuschlagskriterien für Kesselanlagen mit dem Zuschlagskriterium 1 jenes Angebot mit dem geringsten spezifischen Preis pro kW Nennleistung, das nach Ausscheiden von Angeboten für den Zuschlag in Betracht komme, 85 Punkte erhalte; alle weiteren Angebote erhielten jene Punktezahlen, die dem prozentuellen Preisabstand zum Angebot mit dem geringsten spezifischen Preis pro kW Nennleistung entsprächen. Der spezifische Preis pro kW Nennleistung sei durch nachstehende Formel errechnet worden:

$$Ki = \frac{Ai}{PNenn}$$

Dabei sei anzuführen, dass die Nennleistung mit dem Referenzbrennstoff P45 M40 A5.0 bei einer Kesseltemperatur von 100° C Garantiewert entsprechen müsse. Aus dieser Formel errechneten sich dann die drei Zuschlagskriterien, wobei die den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Formblätter zu verwenden seien. In den Ausschreibungen sei enthalten, dass ein Biomassekessel mit einer Leistung von je 5 MW anzubieten sei. In der Berechnung zur Ermittlung der Zuschlagskriterien sei laut obiger Formel jeweils die Nennleistung als Kenngröße im Nenner der Formel angeführt. Der spezifische Preis aus dieser Formel bestimme die Punktezahl für das Zuschlagskriterium ZSK1, indem dieser wieder im Nenner der dafür verwendeten Formel aufscheine. Damit beeinflusse der in der Formel eingesetzte Nenner die Punktezahl für das Zuschlagskriterium ZSK1. Durch Verwendung der nun von der F GmbH angebotenen Kesselleistung von 6 MW in der Berechnung für die Zuschlagskriterien ergebe sich natürlich ein anderer Wert der Berechnung, als sich bei der ausgeschriebenen Kesselleistung von 5 MW ergebe. Ausgeschrieben sei aber eine Kesselleistung von 5 MW. Die Berechnung des Zuschlagskriteriums bei einer Kesselleistung von 6 MW sei daher gleichheitswidrig, und mathematisch ergebe sich daraus, dass zwei unterschiedliche Anlagen angeboten worden seien bzw. seitens der F GmbH eine nicht der Ausschreibung entsprechende Anlage angeboten worden sei. Bei der Ausschreibung handle es sich um eine technische Leistungsbeschreibung, nämlich die geforderte Leistung von 5 MW. Der gegenständliche Zuschlag verletze daher das Gleichheitsgebot, zumal die Leistungen miteinander nicht vergleichbar seien und sich daraus andere Prozentkomponenten ergäben. Die Antragstellerin hätte selbstverständlich auch eine Anlage mit 6 MW Nennleistung anbieten können, wenn ihr dies freigestellt gewesen wäre bzw. wenn die Ausschreibung nicht mit 5 MW gelautet hätte. Hätte sie die Anlage mit 6 MW angeboten, wäre sie wiederum Bestbieter anhand der vom Auftraggeber vorgesehenen Parameter für die Zuschlagserteilung geworden. Wenn man die Anlage von F mit 5 MW angeboten hätte, wären für ZSK 1 lediglich 72,6 Pkt. erreichbar gewesen. Der Auftraggeber sei an die Festlegungen der Zuschlagskriterien sowie der Gesamtvergabe für die Dauer des Vergabeverfahrens gebunden und habe im gegenständlichen Vergabeverfahren daher dem wirtschaftlich und technisch besten Angebot den Zuschlag zu erteilen. Die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des

Vergabeverfahrens daher auch von wesentlichem Einfluss, da die Vergabeentscheidung bei rechtmäßigem Verhalten des Auftraggebers zu einer abweichenden Reihung der Bieter führen würde und das Vergabeverfahren daher anders, nämlich mit einem Zuschlag zu Gunsten des Angebotes der Antragstellerin, ausgehen müsste. Es könnten rein logisch nicht verschiedene technische Spezifikationen, auf der einen Seite Ausschreibung mit 5 MW, Angebote mit 5 MW und Angebote mit 6 MW in einem Bieterverfahren, wo gleiche technische Bedingungen in der Leistungsbeschreibung garantiert seien, miteinander vermischt werden, um den Billigstbieter auszurechnen. Dies sei eindeutig gesetzeswidrig und verstoße gegen

- eine ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens

- eine nicht willkürliche Entscheidung durch den Auftraggeber

- die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes

- die Einhaltung des Diskriminierungsverbotes.

Die Zuschlagsentscheidung vom 10.2.2021 sei im Hinblick auf die vom Auftraggeber beliebig vorgenommenen Wertungen der angebotenen Kesselleistungen, die entgegen der Ausschreibung seitens der F GmbH ausgeführt worden seien, mit Rechtswidrigkeit behaftet, welche für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei.

Die mit diesem Nachprüfungsantrag auch beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 24.2.2021, LVwG-VG-1/001-2021, erlassen und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Der öffentliche Auftraggeber, die B GmbH, hat seinen Vergabeakt vorgelegt und mit Schriftsatz vom 4.3.2021 die Zurück- bzw. Abweisung des Nachprüfungsantrages beantragt und im Wesentlichen wie folgt dazu vorgebracht: Er sei eine zur FN *** ins Firmenbuch des Landesgerichts *** eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und stehe zu 100% im Eigentum der D AG. Gegenstand des Unternehmens seien u.a. die Erzeugung, Gewinnung, Beschaffung, Verarbeitung, Behandlung, der Transport und der Vertrieb von Energie und Energieträgern jeder Art und Wasser und insbesondere die Erzeugung, Fortleitung und der Verkauf von Wärme und Kälte, die Versorgung mit Druckluft und komprimierten Gasen sowie die Vermarktung von Nebenprodukten aus dieser Tätigkeit sowie die Planung, Errichtung und der Betrieb von Anlagen im Bereich der Erzeugung, Fortleitung und dem Verkauf von Wärme und Kälte, insbesondere der Betrieb von Wärmekraftwerken, Heizwerken und Medienversorgungszentralen. Aktuell betreibe er in Niederösterreich mehr als 80 Biomasse-Fernwärmeanlagen sowie einige Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen auf Biomassebasis. Die Beschaffungs- und Einkaufsabteilung der D AG fungiere im gegenständlichen Vergabeverfahren als vergebende Stelle. Die D AG sei eine zur FN *** ins Firmenbuch des Landesgerichts *** eingetragene Aktiengesellschaft. 51% des Kapitals der D AG würden mittelbar vom Land Niederösterreich gehalten, und 28,4% des Kapitals von der H GmbH; die übrigen Anteile befänden sich in Streubesitz. Ausschreibungsgegenständlich sei die Lieferung und Montage eines Biomasseheizkessels mit einer Leistung von zumindest fünf Megawatt (entspricht 5.000 Kilowatt) und eines Elektro?lters für das Fernheizwerk in ***. Die gewährleistete bzw. garantierte Mindestnennleistung müsse sich - den Ausschreibungsunterlagen entsprechend - auf zumindest fünf Megawatt belaufen. Der Biomasseheizkessel solle der umweltschonenden Wärmeerzeugung dienen; die Wärmeerzeugung erfolge über eine vollautomatische Hackgut-Feuerungsanlage. Mit der Herstellung und Lieferung solle unmittelbar nach Zuschlagserteilung begonnen werden. Die Auftragsbekanntmachung sei am *** an das Supplement zum Amtsblatt der EU (vgl ***) und an das nationale Publikationsmedium (***) gesendet worden; national sei sie erstmals am *** verfügbar gewesen. Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen seien im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Sektorenoberschwellenbereich ausgeschrieben worden. Alle interessierten Unternehmer, welche die Eignungskriterien erfüllten, hätten die Möglichkeit zur Teilnahme am Vergabeverfahren gehabt. Die Teilnahmefrist habe am 5.11.2020 um 14 Uhr geendet. Insgesamt seien fünf Teilnahmeanträge eingelangt; deren Prüfung sei im Zeitraum 6.11.2020 bis 19.11.2020 durch I und J erfolgt. Die Bewerber seien geeignet gewesen und am 19.11.2020 zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. Die Angebotsfrist habe am 22.12.2020 um 11.59 Uhr geendet, und die Angebotsöffnung sei unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgt. Die Angebotsprüfung sei im Zeitraum 5.1.2021 bis 8.1.2021 durch I und K

(beide von der vergebenden Stelle) durchgeführt worden. Die Angebote seien dabei gesichtet, geprüft und in Hinblick auf die Zuschlagskriterien einer vorläufigen Bewertung unterzogen worden; der technische Fachbereich habe die technische Prüfung der Angebote verantwortet. Schließlich seien Auskünfte aus den zentralen Verwaltungsstrafevidenzen eingeholt worden; allfällige Unklarheiten seien im Rahmen der Verhandlungsphase geklärt worden. Der Modus der Verhandlungsrunde sei für alle Bieter gleich gewesen. Zunächst seien - nach erfolgter Angebotsprüfung - jene Bieter ermittelt worden, mit denen in Verhandlungen eingetreten werden durfte. Gemäß der bestandsfesten Ausschreibungsunterlage seien das jene Bieter gewesen, die im Rahmen der vorläufigen Angebotsbewertung nicht mehr als 15% vom vorläufigen „besten“ Angebot entfernt gelegen seien, nämlich die F GmbH, die A GmbH und eine dritte Bieterin. Die Einladung zur Verhandlungsrunde sei durch die vergebende Stelle erfolgt. Die Bieter seien bereits in der Einladung zur Verhandlungsrunde darauf hingewiesen worden, dass im Rahmen der Verhandlungsrunde ihr last and ?nal offer zu legen sein werde. Im Rahmen der Verhandlungsrunde seien Fragen/Anregungen zu den technischen Festlegungen besprochen worden, und es habe eine Abstimmung über den Terminplan für die Lieferung und Montage des Biomasseheizkessels gegeben; sodann seien die kaufmännischen/vertraglichen Grundlagen besprochen worden. Schließlich habe jeder Bieter die Möglichkeit gehabt, ein last and final offer zu legen. Die vergebende Stelle habe alle Bieter darauf hingewiesen, dass im Rahmen des last and ?nal offer folgende Werte zwingend anzubieten seien: (i) Gesamtpreis, (ii) Nennleistung, (iii) Abgastemperatur und (iv) spezifischer Strombedarf. Die vergebende Stelle habe darauf geachtet, dass allen Bietern dieselben kalkulationsrelevanten Informationen bereitgestellt worden seien (z.B. Vorgaben für Baubesprechungen, Ansprechpartner, pönalisierte Termine). Der Kenntnisstand sei bei der Aufforderung zur Abgabe des last and ?nal offer für alle Bieter gleich gewesen. Der öffentliche Auftraggeber, die B GmbH, hat seinen Vergabeakt vorgelegt und mit Schriftsatz vom 4.3.2021 die Zurück- bzw. Abweisung des Nachprüfungsantrages beantragt und im Wesentlichen wie folgt dazu vorgebracht: Er sei eine zur FN *** ins Firmenbuch des Landesgerichts *** eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und stehe zu 100% im Eigentum der D AG. Gegenstand des Unternehmens seien u.a. die Erzeugung, Gewinnung, Beschaffung, Verarbeitung, Behandlung, der Transport und der Vertrieb von Energie und Energieträgern jeder Art und Wasser und insbesondere die Erzeugung, Fortleitung und der Verkauf von Wärme und Kälte, die Versorgung mit Druckluft und komprimierten Gasen sowie die Vermarktung von Nebenprodukten aus dieser Tätigkeit sowie die Planung, Errichtung und der Betrieb von Anlagen im Bereich der Erzeugung, Fortleitung und dem Verkauf von Wärme und Kälte, insbesondere der Betrieb von Wärmekraftwerken, Heizwerken und Medienversorgungszentralen. Aktuell betreibe er in Niederösterreich mehr als 80 Biomasse-Fernwärmeanlagen sowie einige Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen auf Biomassebasis. Die Beschaffungs- und Einkaufsabteilung der D AG fungiere im gegenständlichen Vergabeverfahren als vergebende Stelle. Die D AG sei eine zur FN *** ins Firmenbuch des Landesgerichts *** eingetragene Aktiengesellschaft. 51% des Kapitals der D AG würden mittelbar vom Land Niederösterreich gehalten, und 28,4% des Kapitals von der H GmbH; die übrigen Anteile befänden sich in Streubesitz. Ausschreibungsgegenständlich sei die Lieferung und Montage eines Biomasseheizkessels mit einer Leistung von zumindest fünf Megawatt (entspricht 5.000 Kilowatt) und eines Elektro?lters für das Fernheizwerk in ***. Die gewährleistete bzw. garantierte Mindestnennleistung müsse sich - den Ausschreibungsunterlagen entsprechend - auf zumindest fünf Megawatt belaufen. Der Biomasseheizkessel solle der umweltschonenden Wärmeerzeugung dienen; die Wärmeerzeugung erfolge über eine vollautomatische Hackgut-Feuerungsanlage. Mit der Herstellung und Lieferung solle unmittelbar nach Zuschlagserteilung begonnen werden. Die Auftragsbekanntmachung sei am *** an das Supplement zum Amtsblatt der EU vergleiche ***) und an das nationale Publikationsmedium (***) gesendet worden; national sei sie erstmals am *** verfügbar gewesen. Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen seien im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Sektorenoberschwellenbereich ausgeschrieben worden. Alle interessierten Unternehmer, welche die Eignungskriterien erfüllten, hätten die Möglichkeit zur Teilnahme am Vergabeverfahren gehabt. Die Teilnahmefrist habe am 5.11.2020 um 14 Uhr geendet. Insgesamt seien fünf Teilnahmeanträge eingelangt; deren Prüfung sei im Zeitraum 6.11.2020 bis 19.11.2020 durch römisch eins und J erfolgt. Die Bewerber seien geeignet gewesen und am 19.11.2020 zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. Die Angebotsfrist habe am 22.12.2020 um 11.59 Uhr geendet, und die Angebotsöffnung sei unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgt. Die Angebotsprüfung sei im Zeitraum

5.1.2021 bis 8.1.2021 durch römisch eins und K (beide von der vergebenden Stelle) durchgeführt worden. Die Angebote seien dabei gesichtet, geprüft und in Hinblick auf die Zuschlagskriterien einer vorläufigen Bewertung unterzogen worden; der technische Fachbereich habe die technische Prüfung der Angebote verantwortet. Schließlich seien Auskünfte aus den zentralen Verwaltungsstrafevidenzen eingeholt worden; allfällige Unklarheiten seien im Rahmen der Verhandlungsphase geklärt worden. Der Modus der Verhandlungsrunde sei für alle Bieter gleich gewesen. Zunächst seien - nach erfolgter Angebotsprüfung - jene Bieter ermittelt worden, mit denen in Verhandlungen eingetreten werden durfte. Gemäß der bestandsfesten Ausschreibungsunterlage seien das jene Bieter gewesen, die im Rahmen der vorläufigen Angebotsbewertung nicht mehr als 15% vom vorläufigen „besten“ Angebot entfernt gelegen seien, nämlich die F GmbH, die A GmbH und eine dritte Bieterin. Die Einladung zur Verhandlungsrunde sei durch die vergebende Stelle erfolgt. Die Bieter seien bereits in der Einladung zur Verhandlungsrunde darauf hingewiesen worden, dass im Rahmen der Verhandlungsrunde ihr last and ?nal offer zu legen sein werde. Im Rahmen der Verhandlungsrunde seien Fragen/Anregungen zu den technischen Festlegungen besprochen worden, und es habe eine Abstimmung über den Terminplan für die Lieferung und Montage des Biomasseheizkessels gegeben; sodann seien die kaufmännischen/vertraglichen Grundlagen besprochen worden. Schließlich habe jeder Bieter die Möglichkeit gehabt, ein last and final offer zu legen. Die vergebende Stelle habe alle Bieter darauf hingewiesen, dass im Rahmen des last and ?nal offer folgende Werte zwingend anzubieten seien: (i) Gesamtpreis, (ii) Nennleistung, (iii) Abgastemperatur und (iv) spezifischer Strombedarf. Die vergebende Stelle habe darauf geachtet, dass allen Bietern dieselben kalkulationsrelevanten Informationen bereitgestellt worden seien (z.B. Vorgaben für Baubesprechungen, Ansprechpartner, pönalisierte Termine). Der Kenntnisstand sei bei der Aufforderung zur Abgabe des last and ?nal offer für alle Bieter gleich gewesen.

Die Bewertung der letztgültigen Angebote sei nach dem Bestbieterprinzip erfolgt; das Preiskriterium sei mit 85% und das Qualitätskriterium mit 15% gewichtet worden. Die Bestbieterermittlung sei anhand der nachstehenden Zuschlagskriterien erfolgt:

a . Preis: Bewertungsrelevant sei der „spezifische Preis pro kW Nennleistung“, der aus den Parametern „Gesamtpreis“ und „Nennleistung“ berechnet werde. Dieses Zuschlagskriterium sei mit 85% gewichtet. Der günstigste „spezifische Preis pro kW Nennleistung“ erhalte 85 Punkte. Alle anderen Angebote erhielten verhältnismäßig weniger Punkte.

b . Qualität: Bewertungsrelevant seien die Abgastemperatur und der spezifische Strombedarf. Beide Zuschlagskriterien seien mit insgesamt 15% gewichtet. Die niedrigste Abgastemperatur sei mit 10 Punkten (= 10%) und der niedrigste spezifische Strombedarf mit 5 Punkten (= 5%) bewertet worden. Eine höhere Abgastemperatur bzw. ein höherer spezifischer Strombedarf erhielten verhältnismäßig weniger Punkte. Das letztgültige Angebot der Bestbieterin sei mit 100 Punkten bewertet worden und das Angebot der Antragstellerin mit 96,10 Punkten (und mithin an zweiter Stelle zu reihen). Mit Schreiben vom 10.2.2021 sei allen Bietern die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben worden. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin erschöpfe sich in der Darstellung einer einzigen - vermeintlichen – Rechtswidrigkeit; die Antragstellerin behaupte, dass es der Ausschreibungsunterlage widerspreche, wenn ein Biomasseheizkessel mit 6.000 kW angeboten werde; vielmehr hätte ausschließlich ein Biomasseheizkessel mit 5.000 kW angeboten werden dürfen. Die Ausführungen der Antragstellerin seien aber aus den nachfolgenden Gründen nicht nachvollziehbar:

In den Ausschreibungsunterlagen seien bestandsfest alle (Mindest-)Anforderungen an den Biomasseheizkessel definiert; so sei z.B. die gewährleistete Nennleistung mit 5.000 kW definiert. Dass es sich hierbei um eine Mindestnennleistung handle, ergebe sich aus folgenden Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage: Im Leistungsverzeichnis sei festgehalten, dass ein Biomasseheizkessel mit einer gewährleisteten Nennleistung von 5.000 kW ausschreibungsgegenständlich sei. Im Leistungsverzeichnis sei bei den „Technischen Datenblättern“ eine grau hinterlegte Bieterlücke für die Anforderung „Garantierte Nenn-Wärmeleistung des Kessels mit Referenzbrennstoff“ vorgesehen; diese sei überdies mit dem Hinweis „Grau gekennzeichnete Felder sind unbedingt auszufüllen!“ versehen. Diese Bieterlücke sei mithin von allen Bietern auszufüllen gewesen. Bei objektiver Betrachtung der Ausschreibungsunterlage zeige alleine der Umstand, wonach es für diese Festlegung eine eigene Bieterlücke gebe, dass die Nennleistung von 5.000 kW

als Mindestnennleistung - und nicht etwa als zwingende Vorgabe „nach oben“ - zu verstehen sei. Dieses Verständnis werde auch dadurch bestätigt, dass im Rahmen der Bestbieterermittlung der „spezifische Preis pro kW Nennleistung“ relevant gewesen sei; dieser Wert sei wiederum aus den Parametern „Gesamtpreis“ und „Nennleistung“ berechnet worden. Diese Parameter seien auch in der Angebotsmaske des ***-Vergabeportals ausgewiesen und vom Bieter zwingend zu befüllen, also anzubieten, gewesen. Dem Dokument „Bestbieterermittlung“ sei überdies die Formel, wie der spezifische Preis pro kW Nennleistung berechnet werde, zu entnehmen. Daraus ergebe sich einmal mehr, dass die Nennleistung einen garantierten bzw. gewährleisteten „Wert“ darstelle, der vom Bieter anzubieten sei (arg „Garantiewert lt. Angebot“). Da Zuschlagkriterien überdies nur solche Kriterien sein dürften, die eine „abgestufte vergleichende Bewertung der Angebote“ zuließen, müsse jedes Zuschlagskriterium besser oder schlechter erfüllt werden können. Das Preiskriterium sei unter Berücksichtigung der genannten Parameter „Gesamtpreis“ und „Nennleistung“ ein solches taugliches Zuschlagskriterium; es könne besser bzw. schlechter erfüllt werden. Schließlich habe die vergebende Stelle sogar im Rahmen der Verhandlungsrunde auf den Umstand hingewiesen, dass die Nennleistung angeboten werden müsse und mithin auch höher als 5.000 kW sein dürfe. Der durchschnittlich fachkundige Bieter dürfe unter Berücksichtigung all dieser Umstände nur davon ausgehen, dass die geforderte Nennleistung von 5.000 kW als Mindestnennleistung zu verstehen sei. Dass hier in concreto die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlage missverstanden habe, gehe alleine zu ihren Lasten und könne gerade nicht zur Begründung einer Rechtswidrigkeit der Zuschlagsent-scheidung herangezogen werden. Ganz im Gegenteil sei die Antragstellerin bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlage bzw. der Angebotslegung nicht mit der notwendigen Sorgfalt vorgegangen. Sie habe die Zuschlagskriterien nicht hinterfragt. Zu den technischen Unterlagen habe es lediglich eine einzige Bieteranfrage am 23.11.2020 gegeben, die die Zuschlagskriterien nicht zum Gegenstand gehabt habe. Diese sei gegenüber allen Bietern zeitgleich am 26.11.2020 beantwortet worden. Der Auftraggeber habe daher mithin davon ausgehen können, dass der Antragstellerin und auch allen anderen Bietern alle Festlegungen, insb. jene zu den Zuschlagskriterien, klar seien. Darüber hinaus sei die Ausschreibungsunterlage bestandsfest geworden; die Tauglichkeit des Zuschlagskriteriums „Preis“ könne mithin von der Antragstellerin nicht mehr aufgegriffen werden. Die Zuschlagskriterien seien auch so ausgestaltet, dass zumindest im Nachhinein eine „objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens“ möglich sei. Dass die Nennleistung von 5.000 kW eine Mindestnennleistung darstelle und mithin auch eine höhere Nennleistung angeboten werden durfte, sei von allen (übrigen) Bietern wohlverstanden worden. Die monierte Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung liege mithin nicht vor.

Mit ebenfalls am 4.3.2021 eingelangten Schriftsatz hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die F GmbH, fristgerecht binnen 10 Tagen ab der Verständigung durch das Landesverwaltungs-gericht begründete Einwendungen erhoben und die Abweisung des Nachprüfungs-antrages im Wesentlichen mit folgender Begründung beantragt: Sie habe in ihrem Erstangebot vom 22.12.2020 ein Angebot über einen Biomasseheizkessel mit einer Leistung von 5.000 kW unterbreitet. In weiterer Folge sei sie vom Auftraggeber zur Verhandlung am 14.1.2021 eingeladen worden. In dieser Verhandlung sei über den Leistungsinhalt und den Preis verhandelt worden. Verhandlungsgegenstand seien insbesondere die Möglichkeiten der Preisanpassung gewesen, auch unter Berücksichtigung der Lieferung und Montage eines Biomasseheizkessels mit einer höheren Leistung als 5.000 kW. Sie habe ihr Erstangebot überarbeitet und im Rahmen des Verhandlungsgespräches am 14.1.2021 ein Letztangebot über einen Biomasseheizkessel mit einer Leistung von 6.000 kW unterbreitet. Auf Basis der Verhandlungsergebnisse habe sie das wirtschaftlich und technisch beste Letztangebot abgegeben. Sie sei in ihren rechtlichen Interessen unmittelbar beeinträchtigt, da die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung, die zu Gunsten der Einschreiterin ergangen sei, anfechte. Für den Fall, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt werden sollte, könnte der Zuschlag allenfalls nicht der Einschreiterin, sondern der Antragstellerin erteilt werden. Die Einschreiterin würde dadurch in ihrem subjektiv-öffentlichen Recht auf Erteilung des Zuschlages zu Gunsten ihres Angebotes sowie auf Nichterteilung des Zuschlages zu Gunsten des aufgrund der Zuschlagskriterien gegenüber ihrem Angebot schlechter gereihten Angebotes der Antragstellerin verletzt.

Das ausschreibungskonforme Erstangebot der Einschreiterin mit einer Kesselleistung von 5.000 kW habe die

Grundlage für die spätere Verhandlung dargestellt. Im Zuge des Verhandlungsgespräches habe sie ein Letztangebot mit einer Kesselleistung von 6.000 kW unterbreitet, welches Grundlage der Zuschlagsentscheidung gewesen sei. Ein Biomasseheizkessel mit einer Leistung von exakt 5.000 kW sei nicht zwingend vorgesehen gewesen. Vielmehr seien bereits im Erstangebot Bieterangaben hinsichtlich der angebotenen Leistung „Garantierte Nennwärmeleistung des Kessels mit Referenzbrennstoff" zu tätigen gewesen. Bereits aus den Ausschreibungs-unterlagen sei ersichtlich gewesen, dass auch eine höhere Leistung angeboten werden konnte; andernfalls seien nämlich keine diesbezüglichen Bieterangaben erforderlich gewesen. Vielmehr stelle die Anforderung „5.000 kW“ lediglich die erforderliche Mindestleistung dar. Bei der Anwendung des Zuschlagskriteriums „Preis“ („spezifischer Preis pro kW Nennleistung“) sei der angebotene Preis in Relation zur angebotenen Leistung zu setzen. Das Angebot der Einschreiterin sei daher günstiger als jenes der Antragstellerin. Die Einschreiterin habe daher ausschreibungskonform mehr Punkte beim Zuschlagskriterium „Preis“ erlangt. Das Zuschlagskriterium „Preis“ sei entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht in Relation zur Mindest-Nennleistung von 5.000 kW zu setzen, sondern in Relation zur angebotenen, garantierten Nennleistung. Das Zuschlagskriterium „Preis“ als „spezifischer Preis pro kW Nennleistung“ hätte andernfalls keinen Sinn, da bei beiden Preisen sonst derselbe Teiler mit „5.000 kW“ anzusetzen wäre und im Ergebnis lediglich der (absolute) Angebotspreis relevant wäre; dies sei allerdings den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen. Vielmehr habe die Beurteilung anhand des spezifischen Preises und nicht des absoluten Preises zu erfolgen. Lediglich für den Fall, dass der spezifische Preis pro kW Nennleistung ident sei, also das Ergebnis der Division des Angebotspreises durch die angebotene Nennleistung gleich sei, sei der (absolute) Angebotspreis gemäß der Ausschreibungsunterlage „Bestbieterermittlung“ maßgeblich. Daraus gehe eindeutig hervor, dass abweichende Leistungen angeboten werden konnten, andernfalls wäre eine derartige Regelung nicht erforderlich gewesen, da bei Abstellen auf einer Leistung von 5.000 kW bei allen Angeboten der absolute Preis zwischen den Angeboten im selben Verhältnis wie die Preis/kW Leistung (5.000 kW) stehen würde; eine derartige Regelung wäre überflüssig.

Mit Schriftsatz vom 15.3.2021 hat die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes repliziert: Die Ausschreibung sei bestandsfest. Die gegenständliche Leistung werde im Wege eines Gesamtauftrages vergeben. Alternativangebote bzw. Abänderungs-angebote seien nicht zulässig. In den Ausschreibungsunterlagen sei enthalten, „je“ ein Biomassekessel mit einer Nennwärmeleistung von 5.000 kW, also müsse man von 2 Kesseln ausgehen. Die Raumaustragung für den neuen Biomassekessel (5.000 kW) erfolge über einen Hydraulikeinschub, welcher über eine Querförderanlage und eine vollautomatische Schubbodenanlage mit Brennstoff beschickt werde. In den technischen Datenblättern des Leistungsverzeichnisses stehe: Kesseldaten für Kesselanlagen 5.000 kW, Siloaustragung für Kesselanlage 5.000 kW, Brennstofftransportsystem für 5.000 kW, Feuerung/Kesseleinheit 5.000 kW, Abgasreinigung 5.000 kW, Entaschung/Reinigung 5.000 kW, Kamin Biomassekessel 5.000 kW, Hauptfördereinheit — Schubbodenaustragung für 5.000 kW, Technische Daten Hydraulikaggregat Querförderer 5.000 kW, Technische Daten Hydraulikaggregat 5.000 kW, Technische Daten Hydraulikaggregat Entaschung 5.000 kW, Röhrenkessel 5.000 kW, wobei sämtliche dieser Daten vorgegeben gewesen seien. Es sei ein Elektrofilter mit allem Zubehör (elektrische Anlage, Isolierung, Beheizung der Aschenzone usw.) für die Biomassekesselanlage 5.000 kW) anzubieten. Der Saugzugventilator, die automatische Kesselrohrabreinigungsanlage, die Pflichtenhefte, die Unterdruckregelung, die Rauchgasrückführung, die Montage, die Emissionsmessung und das Reinigungspodest seien jeweils mit 5.000 kW angegeben. Jedenfalls bei einer vernünftigen und objektiven Betrachtung sei davon auszugehen, dass alle Betroffenen bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleiche Chance verfügten. Es wäre der vergebenden Stelle leicht möglich gewesen, eine Mindestnennleistung als solche zu bezeichnen, wenn sie gewollt hätte, dass auch Anlagen mit einer höheren Nennleistung angeboten werden, etwa durch die Beschreibung „Zur Aufstellung gelangt ein Biomassekessel mit einer gewährleisteten Nennwärmeleistung von mindestens 5.000 kW“ oder einer ähnlichen Formulierung. Eine solche Formulierung sei so naheliegend, dass aus dem Verzicht auf ein Wort wie „mindestens“ o.ä. geradezu zwingend zu schließen sei, dass eben genau eine Nennwärmeleistung ausschreibungskonform anzubieten sei. Der Auftraggeber lege durch das Leistungsverzeichnis einen technischen Standard fest, von dem er während der Angebotsprüfung nicht mehr abgehen dürfe. Von jedem objektiven Betrachter sei davon auszugehen, dass 2 Biomassekessel mit je 5.000 kW Nennwärmeleistung zur Ausschreibung gelangt seien.

Aus den oben wiedergegebenen Passagen der Ausschreibung könne man nicht entnehmen, dass jemand einen leistungsfähigeren Kessel mit einer höheren Kilowattleistung anbieten könne, weil auch das Zubehör, wie oben angeführt, denselben Leistungsinhalt betreffe, d.h. für einen Kessel mit einer Leistung von 5.000 kW ausgelegt sei. Es könne daher schon alleine aus objektiven Gründen nicht technisch nachvollziehbar sein, dass ein Abgasfilter, der für 5.000 kW ausgelegt sei, nun plötzlich 6.000 kW Leistung verkraften könne. Es scheine in keiner der Ausschreibungsunterlagen ein Hinweis darüber auf, dass auch eine Mehrleistung angeboten werden könne. Würde man auf die Berechnung zur Ausschreibung zurückgreifen und einseitig den spezifischen Preis pro kW Nennleistung variieren, könne man auch einen Kessel mit 20.000 kW anbieten und würde so den niedrigsten spezifischen Preis pro kW Nennleistung erzielen, was absurd sei. Je höher man die Leistung ansetze, desto geringer sei der spezifische Preis. Üblich wäre, dass die gewünschte Mehrleistung definiert sei, weil durch die Angaben in der Ausschreibung jeder davon ausgehe, dass ein 5.000 kW-Kessel angeboten werde und kein höherer, weil auch die technischen Einrichtungen auf diesen 5.000 kW-Kessel ausgerichtet seien. Bei objektiver Betrachtung sei durch die angebotene Mehrleistung ein höherer Preis durchsetzbar, was nicht den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Hier sei Tür und Tor für eine missbräuchliche Ausschreibung geöffnet, zumal nicht die nötige Transparenz für die übrigen Bieter durch Definition einer maximalen Mehrleistung gegeben sei. Sämtliche Zusatzteile müssten ebenfalls für 6.000 kW ausgelegt sein, in der Ausschreibung seien alle Zusatzteile und wesentlichen Bestandteile für die Funktion des Kessels nur für eine Leistung von 5.000 kW definiert. Das Anbieten eines 6.000 kW-Kessels mit Zusatzteilen, die nur für 5.000 kW ausgelegt seien, sei zwar technisch möglich, entspreche aber nicht den Ausschreibungsunterlagen und verursache auch eine erhöhte Belastung der Zusatzteile und spezifischen Anlagenteile, die nur für eine Belastung von 5.000 kW garantiert seien. Von einer Mindestnennwärmeleistung sei in den Ausschreibungsunterlagen und im Verhandlungsprotokoll vom 14.1.2021 keine Rede. Im Protokoll sei nicht enthalten, dass auch eine höhere Leistung angeboten werden könne, weil dies unter Anmerkungen/Änderung zur Ausschreibung unter dem Titel „Technik“ enthalten sein müsste. Der ausschlaggebende Parameter Ki sei durch eine Verzerrung der geforderten Nennleistung von 5.000 kW auf 6.000 kW minimiert worden, sodass eine transparente Ermittlung auf Basis der Ausschreibung nicht möglich sei. Dementsprechend hätte die Ausschreibung eine geforderte Überlast definieren müssen. Hätte die Ausschreibung eine Überlast gefordert, hätte auch die Antragstellerin einen entsprechend größeren Kessel anbieten können und dennoch den Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterboten. Hätte die ausschreibende Stelle diesen Preis mit der ausgeschriebenen Leistung von 5.000 kW ermittelt und nicht mit einer willkürlich, um offensichtlich den Preis zu unterbieten, angebotenen Nennleistung von 6.000 kW, wären der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei ZSK1 nur 72,6 Pkt. und der Antragstellerin 85 Pkt. zuzuschreiben gewesen. Somit hätte die Antragstellerin den Zuschlag erhalten müssen. Es sei technisch völlig unzulässig, eine Austragung und alle wesentlichen Bestandteile des Kessels nur mit 5.000 kW zu dimensionieren, aber die Leistung des Kessels mit 6.000 kW auszulegen, zumal dann gewisse Teile überbeansprucht würden und die Lebensdauer dieser Teile entweder sinke oder die geforderten Werte nicht eingehalten würden. Nach dem in der Ausschreibungsunterlage beschriebenen Ablauf des Vergabeverfahrens habe der Auftraggeber spätestens bei der Einladung zur Vergabeverhandlung festzulegen gehabt, ob die Bieter im Zuge der Verhandlung oder im Anschluss an diese ihr last and ?nal offer abzugeben haben. Die Ausschreibungsunterlage lege vergaberechtlich richtig fest, dass der Auftraggeber nach Abschluss der Verhandlungen die infolge der Verhandlungen von ihm akzeptierten Änderungen der Ausschreibungsunterlagen den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern bekannt gebe, und erst danach fordere er alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter unter Setzung einer einheitlichen Frist auf, auf Basis der neugefassten Ausschreibungsunterlagen „ein letztgültiges Angebot“ zu legen. Die vergebende Stelle wäre also verpflichtet gewesen, in der Einladung zu den Verhandlungen die oben dargestellten Ankündigungen für ein last and final offer zu machen; dies sei nicht geschehen. Die vergebende Stelle hätte nach ihren eigenen Verfahrensregeln (und nach dem Gesetz) die sich aus den Verhandlungen ergebenden Änderungen der Ausschreibungsunterlagen den verbliebenen Bietern bekannt geben müssen, und diese wären aufzufordern gewesen, nach Setzung einer einheitlichen Frist auf Basis der neugefassten Ausschreibungsunterlagen ein letztgültiges Angebot zu legen; auch dies sei nicht geschehen. Die Ausschreibungsbedingungen seien im gegenständlichen Fall niemals geändert worden. Die Argumente der

Antragstellerin würden auch dadurch gestützt, dass auch die prospektive Bestbieterin in ihrem ersten Angebot eine Anlage mit einer Nennleistung von 5.000 kW angeboten habe und erst in der Verhandlung nach der rechtswidrigen Aufforderung, ein last and final offer zu legen, von sich aus eine Anlage mit einer Nennleistung von 6.000 kW angeboten habe. Unter Berücksichtigung der nicht geänderten Ausschreibung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin damit aber die Bieterlücke falsch ausgefüllt, weshalb ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Die Antragstellerin habe aus genau diesen Gründen in der Verhandlung am 14.1.2021 ihr Angebot nicht abgeändert, um zu verhindern, dass sie die Bieterlücke falsch ausfülle und ihr Angebot ausgeschieden werde. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe daher spätestens am 14.1.2021 kein ordnungsgemäßes Angebot mehr gehabt, weil ihr „verbessertes“ Angebot aus den oben dargestellten Gründen auszuscheiden gewesen wäre. Daher sei die Antragstellerin Bestbieterin, weshalb ihr der Zuschlag zu erteilen wäre.

Am 19.3.2021 hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in der eine Beweisaufnahme durch Einsicht in den Nachprüfungsakt und die vorgelegten Vergabeunterlagen, durch Vorbringen der Vertreter der Antragstellerin, des Auftraggebers und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und durch Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin L bzw. der von dieser stellig gemachten Zeugen M und N, des Geschäftsführers der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, O, und – seitens des Auftraggebers bzw. der vergebenden Stelle – des I bzw. des Zeugen J erfolgte.Am 19.3.2021 hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in der eine Beweisaufnahme durch Einsicht in den Nachprüfungsakt und die vorgelegten Vergabeunterlagen, durch Vorbringen der Vertreter der Antragstellerin, des Auftraggebers und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und durch Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin L bzw. der von dieser stellig gemachten Zeugen M und N, des Geschäftsführers der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, O, und – seitens des Auftraggebers bzw. der vergebenden Stelle – des römisch eins bzw. des Zeugen J erfolgte.

Die Vertreterin des Auftraggebers brachte noch vor, dass bereits in der Bekanntmachung der Ausschreibung mit der Formulierung „etwa 5.000 kW“ gearbeitet worden und daher auch dieser Umstand zur Interpretation der Ausschreibung heranzuziehen sei. Darüber hinaus gebe es eine komplexe Berechnungsmethode für den Preis pro Kilowatt und auch eine ex aequo-Regelung. In der Ausschreibung sei von einer „garantierten“ Nennwertleistung die Rede und auch von einer diesbezüglichen Bieterlücke. All das könne sinnvoll nur dahingehend interpretiert werden, dass 5.000 kW eine Mindestleistung seien. In der Verhandlung vom 14.1.2021 sei auch darauf hingewiesen worden, dass eine der vier Stellschrauben, an denen gedreht werden könne, die Nennwertleistung sei.

Der Vertreter der Antragstellerin erwiderte, dass im Rahmen der Verhandlung am 14.1.2021 keine Rede davon gewesen sei, dass an vier Stellschrauben (darunter auch die Nennwärmeleistung) gedreht werden könne.

Der Geschäftsführer der Antragstellerin L gab an, bei der Verhandlung am 14.1.2021 anwesend gewesen zu sein, aber eine Äußerung, wonach die Nennwärmeleistung verändert werden könne, definitiv auszuschließen; er könne als Betriebswirt eine neue Anlage mit einer 20% höheren Leistung nicht innerhalb von 10 bis 15 Minuten neu kalkulieren.

Der Zeuge M konnte sich nicht erinnern, dass von Auftraggeberseite darauf hingewiesen worden sei, dass bei der Nennleistung noch Veränderungen möglich seien; diese sei kein Thema in dieser Verhandlung gewesen. Man sei gefragt worden, ob eine Preisänderung möglich wäre. Die Kalkulation einer Anlage mit einer höheren Leistung im Rahmen der Verhandlung wäre schwierig gewesen, da man teilweise zukaufen müsse, z.B. den Elektrofilter und einzelne Komponenten, und diesbezüglich Anfragen an die Lieferanten stellen hätte müssen. Die einzelnen Produkte hätten eine Bandbreite, in der sie ihre Leistung entfalteten bzw. erbrächten.

Der Zeuge N sagte, bei der Verhandlung am 14.1.2021 die ganze Zeit anwesend gewesen zu sein und ausschließen zu können, dass von Auftraggeberseite darauf hingewiesen worden sein soll, dass an vier Schrauben noch gedreht werden könne, darunter an der Nennwärmeleistung.

Der Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, O, gab u.a. an, dass im Rahmen des

Verhandlungsgespräches auch die Frage an ihn gerichtet worden sei, ob die technischen Angaben auch die finalen Angaben im „Lafo“ seien. In einer ermöglichten Verhandlungspause habe man das Angebot überarbeitet und telefonisch mit den Technikern im Werk Rücksprache gehalten, wie weit man „gehen könne“. Man sei für die Verhandlung dahingehend vorbereitet gewesen, dass man nicht Zugeständnisse beim Preis, sondern durch höhere Nennleistung (und alle damit zusammenhängenden Komponenten angepasst) machen könne. Wie er die Ausschreibung gelesen habe, sei für ihn klar gewesen, dass es sich bei den 5.000 kW um eine Mindestnennwärmeleistung von 5.000 kW handle, aber auch, dass diese Nennwärmeleistung nach oben hin begrenzt sei.

J sagte als Zeuge u.a., dass es sich bei dem Ausschreibungstitel „Lieferung und Montage von 1 Biomasseheizkessel mit einer Leistung von je 5 MW“ um eine unglückliche Formulierung handle, gemeint sei mit einer garantierten Leistung von 5 MW. Das könne man auch als „höchstens“ interpretieren, gemeint gewesen sei aber eine Mindestleistung von 5 MW. Man habe einen 5 MW Heizkessel ausschreiben wollen, und diese Leistung hätten die Bieter mit einem Referenzbrennstoff erbringen bzw. nachweisen müssen. Er sei bei sämtlichen Verhandlungen anwesend gewesen und könne sich erinnern, dass I gegenüber den Bietern erklärt habe, dass bei sämtlichen vier Parametern noch Veränderungen möglich seien und damit auch bei der Nennwärmeleistung. Damit habe die Möglichkeit bestanden, dass ein Bieter seine Position verbessere. Ein Kessel mit 10 MW wäre aufgrund der baulichen Situation nicht möglich gewesen, und man habe die bauliche Situation nicht verändern wollen. Der bestehende Kessel weise eine Leistung von 5 MW und vielleicht noch eine Lebensdauer 5 bis 7 Jahren auf. Aufgrund von verschiedenen technischen Überlegungen sei es sinnvoll erschienen, einen baugleichen zweiten Kessel zu errichten. Wenn aber ein Bieter es schaffe, einen Heizkessel mit einer etwas größeren Leistung anzubieten, ohne größere bauliche Veränderungen vornehmen zu müssen, dann solle es recht sein. Wenn ein Bieter eine Anlage mit einer höheren Leistung als 5 MW anbiete, müsse diesem bewusst sein, dass auch sämtliche Zusatzkomponenten für diese höhere Leistung dimensioniert sein und angeboten werden müssten.J sagte als Zeuge u.a., dass es sich bei dem Ausschreibungstitel „Lieferung und Montage von 1 Biomasseheizkessel mit einer Leistung von je 5 MW“ um eine unglückliche Formulierung handle, gemeint sei mit einer garantierten Leistung von 5 MW. Das könne man auch als „höchstens“ interpretieren, gemeint gewesen sei aber eine Mindestleistung von 5 MW. Man habe einen 5 MW Heizkessel ausschreiben wollen, und diese Leistung hätten die Bieter mit einem Referenzbrennstoff erbringen bzw. nachweisen müssen. Er sei bei sämtlichen Verhandlungen anwesend gewesen und könne sich erinnern, dass römisch eins gegenüber den Bietern erklärt habe, dass bei sämtlichen vier Parametern noch Veränderungen möglich seien und damit auch bei der Nennwärmeleistung. Damit habe die Möglichkeit bestanden, dass ein Bieter seine Position verbessere. Ein Kessel mit 10 MW wäre aufgrund der baulichen Situation nicht möglich gewesen, und man habe die bauliche Situation nicht verändern wollen. Der bestehende Kessel weise eine Leistung von 5 MW und vielleicht noch eine Lebensdauer 5 bis 7 Jahren auf. Aufgrund von verschiedenen technischen Überlegungen sei es sinnvoll erschienen, einen baugleichen zweiten Kessel zu errichten. Wenn aber ein Bieter es schaffe, einen Heizkessel mit einer etwas größeren Leistung anzubieten, ohne größere bauliche Veränderungen vornehmen zu müssen, dann solle es recht sein. Wenn ein Bieter eine Anlage mit einer höheren Leistung als 5 MW anbiete, müsse diesem bewusst sein, dass auch sämtliche Zusatzkomponenten für diese höhere Leistung dimensioniert sein und angeboten werden müssten.

I gab u.a. an, Leiter sämtlicher Verhandlungsgespräche gewesen zu sein. Die Antragstellerin habe im Rahmen dieses Verhandlungsgespräches einen Preisnachlass gewährt, woraufhin er darauf hingewiesen habe, dass eine Veränderung auch bei den anderen Parametern möglich sei, und gefragt habe, ob eine solche Änderung durchgeführt werde. Die Antragstellerin habe geantwortet, dass sie nur den Preis ändere; dies sei ihr LAFO. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe hingegen auch von der Änderungsmöglichkeit der übrigen Parameter Gebrauch gemacht. Ihm sei versichert worden, dass auch die Zusatzkomponenten für die höhere Leistung ausgelegt seien und auf Basis dieses veränderten Angebotes der Vertrag abgeschlossen werden könne. Es handle sich um ein Bestbieterverfahren und sei gelebte Praxis, dass in einem Verhandlungsverfahren mit der D über alle Punkte gesprochen werden könne. Die Verwendung des Wortes „je“ im Ausschreibungstitel sei irrtümlich erfolgt, nämlich ein „copy+paste“-Fehler unterlaufen, weil man den Text von einer vorjährigen Ausschreibung für zwei Heizkessel in *** übernommen habe. Auch die Berechnungsformel für die Bestbieterermittlung sei bereits bei dieser vorjährigen Ausschreibung in ***

verwendet worden; der Wunsch nach dieser Art der Berechnung komme von der technischen Abteilung. Die Verwendung des Wortes „etwa“ 5 MW in der Auftragsbekanntmachung sei darauf zurückzuführen, dass dies im Hinblick auf die Brennstoffqualität lediglich ein Richtwert sei. römisch eins gab u.a. an, Leiter sämtlicher Verhandlungsgespräche gewesen zu sein. Die Antragstellerin habe im Rahmen dieses Verhandlungsgespräches einen Preisnachlass gewährt, woraufhin er darauf hingewiesen habe, dass eine Veränderung auch bei den anderen Parametern möglich sei, und gefragt habe, ob eine solche Änderung durchgeführt werde. Die Antragstellerin habe geantwortet, dass sie nur den Preis ändere; dies sei ihr LAFO. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe hingegen auch von der Änderungsmöglichkeit der übrigen Parameter Gebrauch gemacht. Ihm sei versichert worden, dass auch die Zusatzkomponenten für die höhere Leistung ausgelegt seien und auf Basis dieses veränderten Angebotes der Vertrag abgeschlossen werden könne. Es handle sich um ein Bestbieterverfahren und sei gelebte Praxis, dass in einem Verhandlungsverfahren mit der D über alle Punkte gesprochen werden könne. Die Verwendung des Wortes „je“ im Ausschreibungstitel sei irrtümlich erfolgt, nämlich ein „copy+paste“-Fehler unterlaufen, weil man den Text von einer vorjährigen Ausschreibung für zwei Heizkessel in *** übernommen habe. Auch die Berechnungsformel für die Bestbieterermittlung sei bereits bei dieser vorjährigen Ausschreibung in *** verwendet worden; der Wunsch nach dieser Art der Berechnung komme von der technischen Abteilung. Die Verwendung des Wortes „etwa“ 5 MW in der Auftragsbekanntmachung sei darauf zurückzuführen, dass dies im Hinblick auf die Brennstoffqualität lediglich ein Richtwert sei.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat über den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie folgt erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die B GmbH, deren Unternehmensgegenstand u.a. der Betrieb von Wärmekraftwerken ist und die zu 100% im Eigentum der D AG (deren Kapital mehrheitlich mittelbar vom *** gehalten wird) steht, ist öffentlicher Sektorenauftraggeber.

In der verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlage, die von keiner Seite angefochten worden ist, wird der Auftrag als „Lieferung und Montage von 1 Biomasseheizkessel mit einer Leistung von je 5 MW und eines Elektrofilters für das Fernheizwerk in ***“ tituliert, die Verfahrensart als „Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich“ und die Auftragsart als Lieferauftrag beschrieben.

Weiters heißt es einleitend in der Ausschreibung, dass der Zuschlag dem wirtschaftlich und technisch besten Angebot erteilt wird, dass die Leistungen im Wege eines Gesamtauftrags vergeben werden und dass Alternativangebote und Abänderungsangebote nicht zugelassen werden.

Die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen wurde mit 5.11.2020, 14 Uhr, festgelegt.

Der Verhandlungsmodus ist wie folgt festgelegt: „Vergabeverhandlungen werden mit allen Bietern – die ein geeignetes Angebot gelegt haben – geführt, sofern der Unterschied der betreffenden Angebote zum erstgereihten Angebot nicht mehr als 15% beträgt.“

Unter „3. Ablauf des Vergabeverfahrens“ heißt es u.a.:

„Nach der nicht öffentlichen Öffnung der Erstangebote werden diese einer formellen und inhaltlichen Überprüfung unterzogen. (…)

Anschließend werden jene Bieter, die ein Angebot gelegt haben, das den formalen und inhaltlichen Vorgaben entspricht und die gemäß Punkt 1 Verhandlungsmodus in Frage kommen, zu Verhandlungen mit dem AG eingeladen. Ausgangspunkt der Verhandlungen werden die in den Ausschreibungsunterlagen vorgelegten Vertragsbestimmungen sowie die von den einzelnen Bietern ausschreibungskonform gemachten Änderungsvorschläge sein. Es kann über den gesamten Vertragsinhalt verhandelt werden.

Der AG legt spätestens bei der Einladung zur Vergabeverhandlung fest, ob die Bieter im Zuge der Vergabeverhandlung ihren Letztpreis abgeben müssen, oder im Anschluss an die Vergabeverhandlung ein LAFO abgeben müssen. In diesem Fall gibt der AG nach Abschluss der Verhandlungen die infolge der Verhandlungen von ihm akzeptierten Änderungen der Ausschreibungsunterlagen den im Vergabeverfahren

verbliebenen Bietern bekannt. Danach fordert der AG alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter unter Setzung einer einheitlichen Frist auf, auf Basis der neu gefassten Ausschreibungsunterlagen ein „letztgültiges Angebot" („last and final offer" oder „LAFO") zu legen.

Nach Abschluss der Bewertung der Letztangebote wird das Ergebnis der Angebotsbewertung den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mittels Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. (…)"

Unter „6. Alternativ- und Abänderungsangebote" heißt es u.a.:

„Im Angebot können Verhandlungsvorschläge unterbreitet werden bzw. sind jene Bereiche zu bezeichnen, über die die Bieter verhandeln möchten. Der präzise Wortlaut der gewünschten Änderung ist in dem dafür vorgesehenen Formular (Verhandlungsvorschläge) einzutragen. Der mit den Ausschreibungsunterlagen übermittelte Vertrag (siehe Punkt 1 Vertragsart) legt die Vorstellungen des AG über den Inhalt des abzuschließenden Vertrages dar und wird dem weiteren Verhandlungsverfahren zugrunde gelegt. Änderungsvorschläge sind ausschließlich im Wege von Verhandlungsvorschlägen auf Basis der übermittelten Unterlagen zulässig. Änderungsvorschläge sind nur hinsichtlich des Vertrags und seiner Anhänge zulässig. Die Verfahrensbestimmungen sind nicht Gegenstand von Verhandlungen."

Schlussendlich heißt es unter „13. Zuschlagskriterien" wörtlich (auszugsweise) wie folgt:

„b. (…) Die Bewertung der Angebote erfolgt nach dem Bestbieterprinzip.

Der Bieter hat bereits in seinem Erstangebot die nachstehend beschriebenen Angaben zu machen bzw. Unterlagen vorzulegen. Er ist jedoch berechtigt, bei weiteren Angeboten, sofern er zu solchen aufgefordert wird, diese Angaben zu ändern bzw. Unterlagen nachzubessern und auszutauschen. Im Letztpreisangebot in der Vergabeverhandlung hat der Bieter alle für die Angebotsbewertung notwendigen Angaben zu machen und die für die Angebotsbewertung erforderlichen Unterlagen beizulegen, sofern diese noch nicht vorgelegt wurden. Ausschließlich diese werden für die Bewertung des Letztpreisangebots in der Vergabeverhandlung herangezogen und bilden somit die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung.

Zum Nachweis der Erfüllung der Zuschlagskriterien sind ausschließlich die den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Formblätter zu verwenden. Ein Bieter erhält im jeweiligen Zuschlagskriterium nur dann Punkte, wenn das entsprechende Formblatt vollständig ausgefüllt ist. Der AG behält sich vor, weitere Nachweise, die die Angaben in den Formblättern belegen, nachzufordern.

Der Bestbieter wird entsprechend den nachstehenden Zuschlagskriterien ermittelt. (…)

Die Gesamtpunkteanzahl wird durch Addition der Preispunkte im Kriterium Gesamtpreis und der Qualitätspunkte in den Qualitätskriterien ermittelt.

Das Kriterium „Gesamtpreis" fließt zu 85%, das Kriterium der „Qualität" zu 15% in die Bewertung ein.

Preispunkte + Qualitätspunkte = Gesamtpunkte

Das Angebot mit der höchsten Gesamtpunkteanzahl ist das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot.

c. Preisbewertung

Die Bewertung der Preise erfolgt erstmalig aufgrund der Angebotspreise und nach dem LAFO / nach der Vergabeverhandlung aufgrund der Letztpreise aus den LAFOs / den Vergabeverhandlungen; der bewertungsrelevante Gesamtpreis setzt sich aus der Summe der einzelnen Positionspreise zusammen und wird auf zwei Kommastellen gerundet.

Von den für den Zuschlag in Betracht kommenden Angeboten erhält jeweils das Angebot mit dem niedrigsten Angebotspreis 85.000 Punkte. Die übrigen Angebote werden im Preiskriterium nach folgender Formel bewertet:

niedrigster bewertungsrelevanter Gesamtpreis

---------- x 85.000 = erreichte Punkte

zu bewertender Gesamtpreis

d. Qualitätsbewertung

Details sind aus der Beilage „FHW *** Beilage Kessel LV Bestbieterermittlung“ zu entnehmen. (…)“

Der Text auf der soeben genannten, den Bietern übermittelten Beilage „Bestbieterermittlung“ lautet (auszugsweise) wörtlich wie folgt (Hervorhebungen im Original):

„Für die Ermittlung des Bestbieters sind folgende Zuschlagskriterien maßgeblich:

85% spezifischer Preis pro kW Nennleistung

10% geringste Abgastemperatur

5% spezifischer elektrischer Energiebedarf

Die in jedem Kriterium erzielten Prozentpunkte werden addiert. Das Angebot mit dem höchsten Punktewert erhält den Zuschlag. Bei Gleichstand der von zwei oder mehreren Bestbietern erreichten Gesamtpunkte, erhält derjenige Bieter den Zuschlag, der im Zuschlagskriterium 1 - spezifischer Preis mehr Einzelpunkte erreicht hat. Sollte auch im Zuschlagskriterium 1 Gleichstand zwischen zwei oder mehreren Bestbietern erzielt worden sein, erhält derjenige Bieter den Zuschlag, der die geringste (absolute) Angebotssumme abgegeben hat.

(…)

Zuschlagkriterien für die Kesselanlage

Zuschlagskriterium 1 - Jenes Angebot mit dem geringsten spezifischen Preis pro kW Nennleistung [EUR/kW], das nach dem Ausscheiden von Angeboten für den Zuschlag in Betracht kommt, erhält 85 Punkte. Alle weiteren Angebote erhalten jene Punktezahlen, die dem prozentuellen Preisabstand zum Angebot mit dem geringsten spezifischen Preis pro kW Nennleistung entsprechen.

Der spezifische Preis pro kW Nennleistung wird errechnet durch:

$$Ki = \frac{Ai}{PNenn}$$

Ki spezifischer Preis [EUR/kW]

Ai Angebotspreis [EUR]

PNenn Nennleistung [kW] mit Referenzbrennstoff: P45 M40 A5.0; Kesseltemperatur: 100° C - Garantiewert lt. Angebot

Die Bestimmung der Punktezahl für das Zuschlagkriterium 1 erfolgt folgendermaßen:

$$ZSK1 = \frac{Kmin * 85}{Ki}$$

ZSK1 erreichte Punkteanzahl für Zuschlagkriterium 1

Kmin niedrigster spezifischer Preis aller zu bewertenden Angebote [EUR/kW]

Ki: spezifischer Preis bewertetes Angebot [EUR/kW]

Die Punkte werden auf zwei Nachkommastellen kaufmännisch gerundet. (…)

Zuschlagskriterium 2 – Das Angebot mit der niedrigsten Abgastemperatur bei Nennlast, gemessen nach der Kesselanlage vor dem Elektrofilter, das nach dem Ausscheiden von Angeboten für den Zuschlag in Betracht kommt, erhält 10 Punkte, das Anbot mit der höchsten Abgastemperatur erhält 0 Punkte, wobei die Punkte auf zwei Nachkommastellen kaufmännisch gerundet werden.

Die Bestimmung der Punktezahl für das Zuschlagkriterium 2 erfolgt folgendermaßen:

$$ZSK2 = 10 * \left(1 - \frac{tAi - tAmin}{} \right)$$

tAmax - tAmin

ZSK2 erreichte Punkteanzahl für Zuschlagkriterium 2

tAi Abgastemperatur nach letztem WT des angebotenen Kessels [°C] - Garantiewert laut Angebot

tAmin niedrigste Abgastemperatur nach letztem WT des angebotenen Kessels [°C] -

Garantiewert laut Angebot

tAmax höchste Abgastemperatur nach letztem WT des angebotenen Kessels [°C] -

Garantiewert laut Angebot

(…)

Zuschlagskriterium 3 — Das Angebot mit dem geringsten spezifischen Strombedarf der Kesselanlage pro erzeugter thermischer Wärmeenergie in MWhth, das nach dem Ausscheiden von Angeboten für den Zuschlag in Betracht kommt, erhält 5 Punkte, das Anbot mit dem höchsten spezifischen Strombedarf erhält 0 Punkte wobei die Punkte auf zwei Nachkommastellen kaufmännisch gerundet werden.

Die Berechnung der Punkteanzahl für das Zuschlagskriterium 3 erfolgt folgendermaßen:

Ei – Emin

ZSK3 = 5 * (1 – ----------)

Emax - Emin

ZSK3 erreichte Punkteanzahl für Zuschlagkriterium 3

Ei spezifischer Strombedarf der gesamten Kesselanlage inkl. Hydraulik, Pneumatik, alle Ventilatoren, AKA, Rost- und Zonenpumpe, Kesselprimärpumpe, Zyklon, Rauchgasventilator, Brennstofftransport und Schubboden, Aschentransportsystem, mit E-Filter [kWhel/MWhth] - Garantiewert laut Angebot

Emin niedrigster spezifischer Strombedarf der zu bewertenden Angebote [kWhel/MWhth]

Emax höchster spezifischer Strombedarf der zu bewertenden Angebote [kWhel/MWhth]“

In der „Auftragsbekanntmachung“, ***, wie sie am *** im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bzw. auf der TED-Website veröffentlicht wurde, heißt es unter „Beschreibung der Beschaffung“ wörtlich: „Zur Aufstellung gelangen 1 Biomassekessel mit einer gewährleisteten Nennwärmeleistung von etwa 5000 kW. Die Wärmetauscher sollen stehend ausgeführt werden. Alternativ können auch liegende Wärmetauscher mit Druckluftabreinigung geliefert werden. Es soll eine vollautomatische Hackschnitzel-Feuerungsanlage unter Berücksichtigung aller umweltschonenden Auflagen und Sicherheitseinrichtungen ausgeführt werden. Die Bunkeraustragung für die Biomassekessel erfolgt über einen Hydraulikeinschub sowie über einen Schubboden. Die Schütthöhe in den Hackgutlagern beträgt größer 5 Meter. Die Biomassekesselanlagen sind in einer Heizzentrale aufzustellen, welche Bestand ist. Des Weiteren ist ein Elektrofilter und eine Kaminanlage zu errichten.“

Eine weitere, den Ausschreibungsunterlagen angefügte Unterlage ist betitelt: „Lieferung und Montage eines Biomasseheizkessels mit 5,0 MW – FHW *** – Leistungspönalen“. Darin heißt es u.a.: „Der AG ist berechtigt, bei Nichterreichen der in den Vertragsunterlagen genannten Leistungsdaten eine Vertragsstrafe in der jeweils angegebenen Höhe einzubehalten. (…) Die Kesselnennleistung, die Abgastemperatur nach dem letzten Wärmetauscher und der spezifische elektrische Eigenbedarf werden an einem zu vereinbarenden Termin nach Übernahme der Anlage gemeinsam geprüft. (…) Eine Unterschreitung der garantierten Nennwärmeleistung des Kessels um mehr als 500kW stellt einen Rückweisungsgrund dar. Ein nicht Erreichen der garantierten Nennwärmeleistung des Kessels wird mit 2.500 Euro pro angefangener 10kW pönalisiert.“

Fünf Bieter haben Teilnahmeanträge abgegeben und wurden – zumal sie als geeignet befunden worden waren – am 19.11.2020 zur Angebotsabgabe eingeladen. Im übermittelten Angebotsformular „LV-Version: 11.11.2020“ heißt es u.a. wörtlich (auszugsweise):

„Technische Vorbemerkungen

Zur Aufstellung gelangt ein Biomassekessel mit einer gewährleisteten Nennwärmeleistung von 5.000 kW.

(…)

Kesselanlage:

Zur Wärmeerzeugung soll eine vollautomatische Hackgut-Feuerungsanlage unter Berücksichtigung aller umweltschonenden Auflagen und Sicherheitseinrichtungen ausgeführt werden.

Die Raumaustragung für den neuen Biomassekessel (5.000 kW) erfolgt über einen Hydraulikeinschub, welcher über eine Querförderanlage und einer vollautomatischen Schubbodenanlage mit Brennstoff beschickt wird.

Die Gebäudegeometrie ist bestehend und kann daher nicht verändert werden.

(…)

Eingesetzter Brennstoff:

Die Holzfeuerungsanlage samt Beschickungseinrichtungen muss für die Verfeuerung bzw. Förderung von naturbelassenen Holzbrennstoffen gemäß ÖNORM EN 14961-1 geeignet sein:

(…)

Stromverbrauch der Anlage pro erzeugter MW/h

Wärmeleistung ab Heizhaus

kWh elektrisch / MWh thermisch

bei 100 % Kesselleistung ……..

bei 25 % Kesselleistung ……

(…)

Luftemissionen:

Die Grenzwerte laut Feuerungsanlagenverordnung 04.10.2019 (BGBl. II Nr. 293/2019), bzw. Kommunalkredit Public Consulting müssen eingehalten werden, aber auch die internen folgenden Werte müssen unterschritten werden:Die Grenzwerte laut Feuerungsanlagenverordnung 04.10.2019 Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 293 aus 2019,), bzw. Kommunalkredit Public Consulting müssen eingehalten werden, aber auch die internen folgenden Werte müssen unterschritten werden:

a.) Bis 10 MW Nennwärmeleistung

staubförmige Emissionen 14,5 mg/m3

b.) Bis 10 MW Brennstoffwärmeleistung

Kohlenmonoxid (CO)-Emissionen 149,5 mg/m3

c.) Bis 10 MW Nennwärmeleistung

Stickstoffoxid (NOx) 299,5 mg/m3

d.) Bis 10 MW Brennstoffwärmeleistung

Kohlenstoffwasserstoffe (HC) 29,5 mg/m3

Leistungsverzeichnis

Technische Datenblätter

Kesseldaten für Kesselanlagen 5.000 kW Grau gekennzeichnete

Felder sind unbedingt auszufüllen!

Garantierte Nennwärmeleistung des Kessels kW ……

mit Referenzbrennstoff

entsprechende Feuerungsleistung (Brennstoffwärmeleistung) kW .....

(…)

Max. Abgasaustrittstemperatur Vorgabe: °C <150

maximale Abgasaustrittstemperatur bei Kesselnennleistung °C .....

(…)

Hilfsenergie

Energiebedarf für den Betrieb der elektrischen Antriebe der Feu-

erungsanlage pro MWh Wärmeproduktion bei Betrieb mit Kes- kWh/MWh .....

selnennleistung (inkl. wasserseitiger Einbindung, inkl. Hydraulik,

Pneumatik, alle Ventilatoren, AKA, Rost- und Zonenpumpe, Kes-

selprimärpumpe, Elektrofilter)

(…)

In der Position „3.1.5 Röhrenkessel 5.000 kW – Wärmetauscher – 11 bar“ sind folgende „Technische Daten“ verzeichnet:

Fabrikat: .....

Type: .....

Reisezeit Wärmetauscher (Garantie): 2500 Stunden

max. Betriebstemperatur: 110° C

max. Betriebsdruck: 11 bar

Nennleistung: 5.000 KW

bei einer Rauchgastemperatur

nach dem Saugzugventilator von: max. 147 ° C

Rauchrohranschluss: ..... mm“

Weiters finden sich im Leistungsverzeichnis u.a. die wie folgt betitelten Positionen: Siloaustragung für Kesselanlage 5.000 kW, Brennstofftransportsystem für 5.000 kW, Feuerung / Kesseleinheit 5.000 kW, Abgasreinigung 5.000 kW, Abgasventilator / Abgaskanal Kesselanlage 5.000 kW, Entaschung / Reinigung 5.000 kW, Kamin Biomassekessel 5.000 kW, Hauptfördereinheit – Schubbodenaustragung für 5.000 kW, Querfördereinheit 5.000 kW, Hydraulikaggregat 5.000 kW, Feuerbox 5.000 kW, Verbrennungsluftventilator primär und sekundär 5.000 kW, Automatisches Entaschungssystem 5.000 kW, Rauchgasentstaubung – Multizyklon 5.000 kW, Rauchgasreinigung – E-Filter 5.000 kW, Saugzugventilator 5.000 kW, Automatische Kesselrohrabreinigungsanlage 5.000 kW, Pflichtenheft für elektrische Regeleinheit inkl. Fernabfrage 5.000 kW, Pflichtenheft über gleitende Lambdaregelung 5.000 kW, Unterdruckregelung 5.000 kW, Rauchgasrückführung 5.000 kW, Montage 5.000 kW und Emissionsmessung 5.000 kW.

Die Angebotsfrist endete am 22.12.2020 um 11:59 Uhr, danach wurden die Angebote geöffnet und geprüft. Alle fünf Bieter haben in ihren Angeboten jeweils die „garantierte Nennwärmeleistung des Kessels mit Referenzbrennstoff“ mit exakt 5.000 kW angegeben. Die „entsprechende Feuerungsleistung (Brennstoffwärmeleistung)“ wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit 5.681 kW, von der Antragstellerin mit 5.643 kW angegeben. Die maximale Abgasaustrittstemperatur bei Kesselnennleistung wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit 147 und von der Antragstellerin mit 145 angegeben. Der Energiebedarf wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit 12,6 und von der Antragstellerin mit 12,2 angegeben. In der Position 3.1.5 des Leistungsverzeichnisses hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Kessel mit „5000“ in der Typenbezeichnung angeboten.

Am 8.1.2021 erging an drei Bieter, darunter die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin,

die Einladung zur Vergabeverhandlung am 14.1.2021. Darin heißt es u.a., dass entweder eine Video-Telefonkonferenz via Skype (Variante A) oder eine persönliche Verhandlung bei der D AG (Variante B) stattfinde. Als „Besprechungsinhalt“ ist wörtlich angeführt:

?
Klärung offener technischer Fragen
?
Klärung offener vertragsrechtlicher Fragen
?
verbindliche Abgabe der endgültigen Preise

In der am 14.1.2021 von 11:00 bis 12:30 Uhr durchgeführten Verhandlungsrunde zwischen P, Herrn J und Q als Vertreter des Auftraggebers bzw. Herrn I, Herrn R und K von der vergebenden Stelle einerseits und L, M und Herrn N als Vertreter der Antragstellerin andererseits wurde unter „Anmerkungen & Änderungen zur Ausschreibung: Technik“ besprochen, dass zusätzlich zur Ausschreibung die Wirkungsgrade gemäß dem Angebot in Betrieb garantiert sein müssen und die einzelnen Zonen des Kessels getrennt voneinander mit Frischluft und Rauchgas gemischt werden können, weiters der Einbau von Entlagenschalter am Rost, die Temperaturerfassung pro Rostzone direkt an einer stehenden Rostreihe. Zudem waren das Einschreiten der S GmbH als Subunternehmerin, der Termin- bzw. Bauzeitplan und die Zahlungsbedingungen Themen. Als Ausgangswerte für die Bestbieterbewertung wurden eine kW-Nennleistung von 5.000 kW, eine Abgastemperatur von 145°C und ein spezifischer elektrischer Bedarf von 12,2 festgehalten. Der Angebotspreis wurde am Ende dieser Verhandlung – ohne Pause – von der Antragstellerin auf einen niedrigeren Endpreis von *** Euro excl. USt. verringert.In der am 14.1.2021 von 11:00 bis 12:30 Uhr durchgeführten Verhandlungsrunde zwischen P, Herrn J und Q als Vertreter des Auftraggebers bzw. Herrn römisch eins, Herrn R und K von der vergebenden Stelle einerseits und L, M und Herrn N als Vertreter der Antragstellerin andererseits wurde unter „Anmerkungen & Änderungen zur Ausschreibung: Technik“ besprochen, dass zusätzlich zur Ausschreibung die Wirkungsgrade gemäß dem Angebot in Betrieb garantiert sein müssen und die einzelnen Zonen des Kessels getrennt voneinander mit Frischluft und Rauchgas gemischt werden können, weiters der Einbau von Entlagenschalter am Rost, die Temperaturerfassung pro Rostzone direkt an einer stehenden Rostreihe. Zudem waren das Einschreiten der S GmbH als Subunternehmerin, der Termin- bzw. Bauzeitplan und die Zahlungsbedingungen Themen. Als Ausgangswerte für die Bestbieterbewertung wurden eine kW-Nennleistung von 5.000 kW, eine Abgastemperatur von 145°C und ein spezifischer elektrischer Bedarf von 12,2 festgehalten. Der Angebotspreis wurde am Ende dieser Verhandlung – ohne Pause – von der Antragstellerin auf einen niedrigeren Endpreis von *** Euro excl. USt. verringert.

In der danach durchgeführten Verhandlung mit der dritten Bieterin hat diese nur deren Angebotspreis verringert, nicht jedoch die kW-Nennleistung, die Abgastemperatur oder den spezifischen elektrischen Bedarf der von ihr angebotenen Anlage abgeändert.

In der dann von 14:30 bis 16:30 Uhr durchgeführten Verhandlungsrunde zwischen P und Herrn J als Vertreter des Auftraggebers bzw. Herrn I, Herrn R und K von der vergebenden Stelle einerseits und den Vertretern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin O und T andererseits wurde unter „Anmerkungen & Änderungen zur Ausschreibung: Technik“ besprochen, dass zusätzlich zur Ausschreibung die Temperaturerfassung pro Rostzone direkt an einer stehenden Rostreihe entfallen könne und welches Fabrikat der E-Filter sei. Zudem waren der Termin- bzw. Bauzeitplan und die Zahlungsbedingungen Themen. Als Ausgangswerte für die Bestbieterbewertung wurden eine kW-Nennleistung von 5.000 kW, eine Abgastemperatur von 146°C und ein spezifischer elektrischer Bedarf von 12,6 festgehalten. Nach Besprechung, dass der Angebotspreis, die Nennwärmeleistung, die Abgastemperatur und der spezifische elektrische Bedarf noch geändert werden können, und Gewährung einer Pause wurde seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erklärt, den Angebotspreis auf einen Endpreis excl. USt. von *** Euro, die Nennwärmeleistung von 5.000 kW auf 6.000 kW, die Abgastemperatur von 146°C auf 143°C und den spezifischen elektrischen Bedarf von 12,6 auf 12,0 zu korrigieren.In der dann von 14:30 bis 16:30 Uhr durchgeführten Verhandlungsrunde zwischen P und Herrn J als Vertreter des Auftraggebers bzw. Herrn römisch eins, Herrn R und K von der vergebenden Stelle

einerseits und den Vertretern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin O und T andererseits wurde unter „Anmerkungen & Änderungen zur Ausschreibung: Technik“ besprochen, dass zusätzlich zur Ausschreibung die Temperaturerfassung pro Rostzone direkt an einer stehenden Rostreihe entfallen könne und welches Fabrikat der E-Filter sei. Zudem waren der Termin- bzw. Bauzeitplan und die Zahlungsbedingungen Themen. Als Ausgangswerte für die Bestbieterbewertung wurden eine kW-Nennleistung von 5.000 kW, eine Abgastemperatur von 146°C und ein spezifischer elektrischer Bedarf von 12,6 festgehalten. Nach Besprechung, dass der Angebotspreis, die Nennwärmeleistung, die Abgastemperatur und der spezifische elektrische Bedarf noch geändert werden können, und Gewährung einer Pause wurde seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erklärt, den Angebotspreis auf einen Endpreis excl. USt. von *** Euro, die Nennwärmeleistung von 5.000 kW auf 6.000 kW, die Abgastemperatur von 146°C auf 143°C und den spezifischen elektrischen Bedarf von 12,6 auf 12,0 zu korrigieren.

Am 10.2.2021 wurde den verbleibenden Bietern vom Auftraggeber mitgeteilt, dass der Zuschlag der F GmbH erteilt werden soll und dass sich deren Angebot mit einer Gesamtsumme inklusive Optionen = bewertungsrelevanter Gesamtpreis iHv EUR *** exkl. USt. plus einer Nennleistung mit 6.000 als das effizienteste Angebot erwiesen habe, wodurch der Anbieter für den Preis 85 Punkte erzielt habe. Die Abgastemperatur sei mit 143°C angeboten worden, wodurch 10 Punkte erzielt worden seien, und der spezifische Strombedarf sei mit 12 angegeben worden, wodurch 5 Punkte erzielt worden seien. In Summe habe F also 100 Punkte erzielt und sei somit Bestbieter.

Der Antragstellerin ist damit noch mitgeteilt worden, dass sich ihr Angebot nicht als das wirtschaftlich und technisch beste erwiesen habe:

„Gesamtsumme inklusive Optionen = bewertungsrelevanter Gesamtpreis plus einer Nennleistung mit 5.000

EUR *** = 82,91 Punkte

Abgastemperatur: 145 = 9,86 Punkte

Spez. Strombedarf: 12,2 = 3,33 Punkte

In Summe hat Ihr Unternehmen also 96,10 Punkte erzielt und ist somit nicht der Bestbieter.“

Die anderen drei Bieter haben noch weniger Punkte erzielt, d.h. die F GmbH wurde erstgereiht und die Antragstellerin zweitgereiht.

Diese Feststellungen gründen sich auf das Vorbringen der Verfahrensparteien, den Vergabeakt (insb. die Ausschreibungsunterlagen inkl. Leistungsverzeichnis und Dokument „Bestbieterermittlung“, die abgegebenen Angebote, die Protokolle vom 14.1.2021 und die Mitteilung Zuschlagsentscheidung vom 10.2.2021) und die Ergebnisse der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht am 19.3.2021. Über die mit drei Bietern geführten Verhandlungen am 14.1.2021 wurden jeweils von der vergebenden Stelle Verhandlungsprotokolle – wie sich aus diesen ergibt – elektronisch verfasst und am Verhandlungsende ausgedruckt und von den Bietervertretern unterschrieben. In allen drei Verhandlungsprotokollen findet sich – im Gegensatz zu den über 1 ½ Monate später, erst nach Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, angefertigten Aktenvermerken vom 1.3.2021 (die von niemandem unterfertigt sind und aus denen auch nicht eindeutig hervorgeht, wer sie verfasst hat) über ein „Gedächtnisprotokoll“ – nichts darüber, dass die jeweilige Bieterin darüber informiert worden wäre, dass sie noch „an 4 Schrauben drehen“ und in ihrem Angebot nicht nur den Gesamtpreis, sondern auch die Nennleistung, die Abgastemperatur und den spezifischen elektrischen Bedarf abändern könne. Darauf, ob die genannte Information über die „4 Schrauben“ nicht nur bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (die dies einräumt), sondern auch bei der Antragstellerin (die dies bestreitet) und der dritten zur Verhandlungsrunde eingeladenen Bieterin stattfand oder ob es zu diesem Thema Missverständnisse gab, kommt es aber, wie sich weiter unten in diesem Erkenntnis bei der rechtlichen Beurteilung zeigen wird, gegenständlich nicht an, sodass diesbezüglich keine Feststellungen zu treffen bzw. keine Beweise zu würdigen waren.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Gemäß § 4 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz obliegt die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich. Gemäß § 4 Abs. 2 Z 2 leg. cit. ist bis zur Zuschlagserteilung

bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens das Landesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des Öffentlichen Auftragswesens
(Artikel 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (§ 15) zuständig.Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz obliegt die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich. Gemäß Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2, leg. cit. ist bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens das Landesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des Öffentlichen Auftragswesens , (Artikel 14b Absatz eins und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (Paragraph 15,) zuständig.

Gemäß § 6 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Artikel 14 b, Absatz eins und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 12 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

Gemäß § 16 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wennGemäß Paragraph 16, Absatz eins, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1.
sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und
2.
die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die B GmbH ist öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 4 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2018, und das gegenständliche Vergabeverfahren fällt gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes Niederösterreich.Die B GmbH ist öffentlicher Auftraggeber i.S.d. Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018, und das gegenständliche Vergabeverfahren fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes Niederösterreich.

Die Antragstellung erfolgte rechtzeitig innerhalb der zehntägigen Frist gemäß § 12 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz ab Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Als gemäß § 21 leg. cit. zu entrichtende Pauschalgebühren für das Nachprüfungsverfahren wurden 2.400 Euro ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag

erfüllt die Inhaltserfordernisse gemäß § 10 Abs. 1 leg. cit., und der Antragstellerin fehlen auch die Antragsvoraussetzungen nach § 6 leg. cit. nicht offensichtlich: Dass sie im Geschäftsbereich der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen tätig ist, ist nachvollziehbar, und ihr Interesse am Vertragsabschluss hat sie ausreichend glaubhaft gemacht.Die Antragstellung erfolgte rechtzeitig innerhalb der zehntägigen Frist gemäß Paragraph 12, Absatz eins, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz ab Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Als gemäß Paragraph 21, leg. cit. zu entrichtende Pauschalgebühren für das Nachprüfungsverfahren wurden 2.400 Euro ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag erfüllt die Inhaltserfordernisse gemäß Paragraph 10, Absatz eins, leg. cit., und der Antragstellerin fehlen auch die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 6, leg. cit. nicht offensichtlich: Dass sie im Geschäftsbereich der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen tätig ist, ist nachvollziehbar, und ihr Interesse am Vertragsabschluss hat sie ausreichend glaubhaft gemacht.

Bei der angefochtenen Entscheidung handelt es sich um die Zuschlagsentscheidung, diese ist bei Durchführung eines Verhandlungsverfahrens eine gesondert anfechtbare Entscheidung (siehe dazu § 2 Z. 15 lit. a sublit. dd BVergG 2018). Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens ist somit die Frage, ob die Zuschlagsentscheidung zu Recht zugunsten der mitbeteiligten Partei ergangen ist, und die Beantwortung dieser Frage ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da bei ihrer Verneinung die Antragstellerin als Zweitgereihte nach der Bestbieterermittlung für den Zuschlag in Frage käme.Bei der angefochtenen Entscheidung handelt es sich um die Zuschlagsentscheidung, diese ist bei Durchführung eines Verhandlungsverfahrens eine gesondert anfechtbare Entscheidung (siehe dazu Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2018). Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens ist somit die Frage, ob die Zuschlagsentscheidung zu Recht zugunsten der mitbeteiligten Partei ergangen ist, und die Beantwortung dieser Frage ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da bei ihrer Verneinung die Antragstellerin als Zweitgereihte nach der Bestbieterermittlung für den Zuschlag in Frage käme.

Der von der Antragstellerin behauptete drohende Schaden ist ebenfalls plausibel; ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten, wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 14.4.2011, 2008/04/0065, ausgesprochen hat. Darin heißt es auch weiters, dass vom Schadensbegriff all jene Nachteile umfasst sind, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen. Die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung, der entgangene Gewinn und der Verlust eines bedeutenden Referenzprojekts stellen nach dieser Judikatur einen drohenden Schaden im Sinne des § 6 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz dar. Der von der Antragstellerin behauptete drohende Schaden ist ebenfalls plausibel; ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten, wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 14.4.2011, 2008/04/0065, ausgesprochen hat. Darin heißt es auch weiters, dass vom Schadensbegriff all jene Nachteile umfasst sind, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen. Die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung, der entgangene Gewinn und der Verlust eines bedeutenden Referenzprojekts stellen nach dieser Judikatur einen drohenden Schaden im Sinne des Paragraph 6, Absatz eins, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz dar.

Die verfahrensgegenständlich entscheidungsrelevanten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 – BvergG 2018 lauten wie folgt:

Gemäß § 281 Abs. 1 BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber im Verhandlungsverfahren in den Ausschreibungsunterlagen den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der Sektorenauftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt. Gemäß Paragraph 281, Absatz eins, BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber im Verhandlungsverfahren in den Ausschreibungsunterlagen den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der Sektorenauftraggeber hat anzugeben, welche

Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.

Gemäß § 281 Abs. 2 BVergG 2018 kann jeder Unternehmer, der vom Sektorenauftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, ein Erstangebot abgeben, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt. Der Sektorenauftraggeber hat mit dem betreffenden Bieter über das von ihm abgegebene Erstangebot und alle Folgeangebote, mit Ausnahme des endgültigen Angebotes gemäß Abs. 8, zu verhandeln. Die in den Ausschreibungsunterlagen vom Sektorenauftraggeber festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen nicht Gegenstand von Verhandlungen sein.Gemäß Paragraph 281, Absatz 2, BVergG 2018 kann jeder Unternehmer, der vom Sektorenauftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, ein Erstangebot abgeben, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt. Der Sektorenauftraggeber hat mit dem betreffenden Bieter über das von ihm abgegebene Erstangebot und alle Folgeangebote, mit Ausnahme des endgültigen Angebotes gemäß Absatz 8,, zu verhandeln. Die in den Ausschreibungsunterlagen vom Sektorenauftraggeber festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen nicht Gegenstand von Verhandlungen sein.

Gemäß § 281 Abs. 4 BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleich behandelt werden. Er darf Informationen nicht in diskriminierender Weise weitergeben, sodass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können. Der Sektorenauftraggeber darf vertrauliche Informationen eines Bewerbers oder Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmer weitergeben. Diese Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt werden.Gemäß Paragraph 281, Absatz 4, BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleich behandelt werden. Er darf Informationen nicht in diskriminierender Weise weitergeben, sodass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können. Der Sektorenauftraggeber darf vertrauliche Informationen eines Bewerbers oder Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmer weitergeben. Diese Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt werden.

Gemäß § 281 Abs. 5 BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber alle verbliebenen Bieter über etwaige Änderungen der Ausschreibungsunterlagen zu informieren. Er hat den Bietern im Anschluss an solche Änderungen ausreichend Zeit zu gewähren, ihre Angebote gegebenenfalls zu ändern. Die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden.Gemäß Paragraph 281, Absatz 5, BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber alle verbliebenen Bieter über etwaige Änderungen der Ausschreibungsunterlagen zu informieren. Er hat den Bietern im Anschluss an solche Änderungen ausreichend Zeit zu gewähren, ihre Angebote gegebenenfalls zu ändern. Die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden.

Gemäß § 281 Abs. 8 BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber den verbliebenen Bietern den beabsichtigten Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und eine einheitliche Frist für die Abgabe eines endgültigen Angebotes festzulegen. Von den endgültigen Angeboten, die den Mindestanforderungen entsprechen und nicht auszuscheiden sind, hat der Sektorenauftraggeber das erfolgreiche Angebot gemäß den Zuschlagskriterien auszuwählen.Gemäß Paragraph 281, Absatz 8, BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber den verbliebenen Bietern den beabsichtigten Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und eine einheitliche Frist für die Abgabe eines endgültigen Angebotes festzulegen. Von den endgültigen Angeboten, die den Mindestanforderungen entsprechen und nicht auszuscheiden sind, hat der Sektorenauftraggeber das erfolgreiche Angebot gemäß den Zuschlagskriterien auszuwählen.

Die gegenständliche Ausschreibung wurde nicht angefochten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. VwGH 18.1.2021, Ra 2019/04/0083 mwN) kann eine unanfechtbar gewordene (bestandfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers nicht mehr überprüft werden; ist eine Ausschreibungsbestimmung mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden, ist

sie – unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre – der Auftragsvergabe zugrunde zu legen. Die Ausschreibungsbestimmungen sind daher unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote.Die gegenständliche Ausschreibung wurde nicht angefochten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche z.B. VwGH 18.1.2021, Ra 2019/04/0083 mwN) kann eine unanfechtbar gewordene (bestandfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers nicht mehr überprüft werden; ist eine Ausschreibungsbestimmung mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden, ist sie – unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre – der Auftragsvergabe zugrunde zu legen. Die Ausschreibungsbestimmungen sind daher unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote.

Kernfrage der zu vom erkennenden Senat zu treffenden Entscheidung ist, ob – wie der Auftraggeber und die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorbringen – auf Basis der bestandfesten Ausschreibung die angebotene „garantierte“ bzw. „gewährleistete“ Nennwärmeleistung des anzubietenden Biomasseheizkessels 5.000 kW (= 5 MW) überschreiten darf (d.h. dies keine Fixgröße, sondern eine Mindestleistung ist) bzw. ob bejahendenfalls im Rahmen der Bestbieterermittlung diese höhere Nennleistung zu einem geringeren spezifischen Preis Ki pro kW Nennleistung (EUR/kW) führen darf; es geht also in der Sache um die Auslegung der Ausschreibung (bzw. darum, was bestandfest geworden ist; vgl. VwGH 12.9.2016, Ra 2016/04/0063).Kernfrage der zu vom erkennenden Senat zu treffenden Entscheidung ist, ob – wie der Auftraggeber und die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorbringen – auf Basis der bestandfesten Ausschreibung die angebotene „garantierte“ bzw. „gewährleistete“ Nennwärmeleistung des anzubietenden Biomasseheizkessels 5.000 kW (= 5 MW) überschreiten darf (d.h. dies keine Fixgröße, sondern eine Mindestleistung ist) bzw. ob bejahendenfalls im Rahmen der Bestbieterermittlung diese höhere Nennleistung zu einem geringeren spezifischen Preis Ki pro kW Nennleistung (EUR/kW) führen darf; es geht also in der Sache um die Auslegung der Ausschreibung (bzw. darum, was bestandfest geworden ist; vergleiche VwGH 12.9.2016, Ra 2016/04/0063).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. abermals VwGH 18.1.2021, Ra 2019/04/0083 mwN) sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Bereits aus Gründen der Bietergleichbehandlung und der Transparenz darf den Ausschreibungsunterlagen nur ein Bedeutungsinhalt beigemessen werden, der zumindest innerhalb des Wortlautes liegt; dies schon allein deshalb, weil ein redlicher Erklärungsempfänger einer Ausschreibungsbestimmung keine Bedeutung beimessen wird, die nicht zumindest innerhalb eben dieses Wortlautes liegt. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist der Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen zu ermitteln; auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an, sondern maßgeblich ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (vgl. VwGH 22.3.2019, Ra 2018/04/0176). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche abermals VwGH 18.1.2021, Ra 2019/04/0083 mwN) sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Bereits aus Gründen der Bietergleichbehandlung und der Transparenz darf den Ausschreibungsunterlagen nur ein Bedeutungsinhalt beigemessen werden, der zumindest innerhalb des Wortlautes liegt; dies schon allein deshalb, weil ein redlicher Erklärungsempfänger einer Ausschreibungsbestimmung keine Bedeutung beimessen wird, die nicht zumindest innerhalb eben dieses Wortlautes liegt. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist der Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen zu ermitteln; auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an, sondern maßgeblich ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen vergleiche VwGH 22.3.2019, Ra 2018/04/0176).

Aus der Bezeichnung des Vergabeverfahrens bzw. des Auftrages („Lieferung und Montage von 1

Biomasseheizkessel mit einer Leistung von je 5 MW und eines Elektrofilters für das Fernheizwerk in ***“) ergibt sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, dass ein Heizkessel mit einer Leistung von exakt 5 MW, d.h. nicht mehr und nicht weniger, anzubieten ist, zumal weder „mindestens“ bzw. „jedenfalls“ noch „höchstens“ o.ä. vor „5 MW“ gestellt ist. Das Wort „je“ erscheint an dieser Stelle völlig deplatziert, zumal Leistungsgegenstand, wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt, ja eindeutig nur 1 Kessel ist; dieses „je“ kann keinesfalls als „mindestens“ oder „jedenfalls“ gedeutet werden, weil es so etwas schlichtweg nicht bedeutet. Herr I von der vergebenden Stelle hat dazu lebensnahe und schlüssig klargestellt, dass dieses Wörtchen „je“ durch einen „copy+paste“-Fehler, weil Textbausteine von einer vorherigen Ausschreibung, die zwei Kessel betroffen hatte, übernommen worden sind, in die gegenständliche Auftragsbezeichnung „hineingerutscht“ ist, d.h. übersehen wurde, es hier zu löschen.Aus der Bezeichnung des Vergabeverfahrens bzw. des Auftrages („Lieferung und Montage von 1 Biomasseheizkessel mit einer Leistung von je 5 MW und eines Elektrofilters für das Fernheizwerk in ***“) ergibt sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, dass ein Heizkessel mit einer Leistung von exakt 5 MW, d.h. nicht mehr und nicht weniger, anzubieten ist, zumal weder „mindestens“ bzw. „jedenfalls“ noch „höchstens“ o.ä. vor „5 MW“ gestellt ist. Das Wort „je“ erscheint an dieser Stelle völlig deplatziert, zumal Leistungsgegenstand, wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt, ja eindeutig nur 1 Kessel ist; dieses „je“ kann keinesfalls als „mindestens“ oder „jedenfalls“ gedeutet werden, weil es so etwas schlichtweg nicht bedeutet. Herr römisch eins von der vergebenden Stelle hat dazu lebensnahe und schlüssig klargestellt, dass dieses Wörtchen „je“ durch einen „copy+paste“-Fehler, weil Textbausteine von einer vorherigen Ausschreibung, die zwei Kessel betroffen hatte, übernommen worden sind, in die gegenständliche Auftragsbezeichnung „hineingerutscht“ ist, d.h. übersehen wurde, es hier zu löschen.

Nur an einer Stelle, nämlich in der „Auftragsbekanntmachung“, ***, wie sie am *** im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bzw. auf der TED-Website veröffentlicht wurde, heißt es – nach der üblichen Auftragsbezeichnung („Lieferung und Montage von 1 Biomasseheizkessel mit einer Leistung von je 5 MW und eines Elektrofilters für das Fernheizwerk in ***“) unter „Beschreibung der Beschaffung“ in einem Absatz u.a.: „Zur Aufstellung gelangen 1 Biomassekessel mit einer gewährleisteten Nennwärmeleistung von etwa 5000 kW. (…) Es soll eine vollautomatische Hackschnitzel-Feuerungsanlage unter Berücksichtigung aller umweltschonenden Auflagen und Sicherheitseinrichtungen ausgeführt werden. Die Bunkeraustragung für die Biomassekessel (…) Die Biomassekesselanlagen sind in einer Heizzentrale aufzustellen (…)“

Abgesehen davon, dass diese Formulierung „etwa 5000 kW“ (bzw. die Beifügung des Wortes „etwa“) nur an dieser einzigen Stelle der Auftragsbekanntmachung vorkommt, aber nicht im Dokument „Ausschreibungsunterlage“ selbst und auch nicht im Leistungsverzeichnis, würde das Wort „etwa“ nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch zulassen, dass ein Kessel mit einer Leistung von „etwas“ weniger als 5.000 kW angeboten werden könnte; dies widerspricht aber eindeutig den Festlegungen der Ausschreibung, wonach Bieter bei Nichterreichen der garantierten Nennwärmeleistung eine Vertragsstrafe (Pönale) von 2.500 Euro pro angefangener 10 kW zu leisten haben (also bereits 2.500 Euro bei 4.990 kW bzw. 5.000 Euro bei 4.980 kW). Auch dieser Absatz dürfte aus der vorherigen Ausschreibung des Auftraggebers (durch „copy+paste“) herrühren, wie sich aus dem Verb „gelangen“ im Plural bzw. der (zweifachen) Anführung von (mehreren) „Biomassekesseln“ und der Anführung einer „Hackschnitzel-Feuerungsanlage“ ergibt, denn Leistungsgegenstand sind hier – wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt – eindeutig nicht zwei Hackschnitzel-Feuerungsanlagen (wie anscheinend in der Vorausschreibung), sondern nur eine Hackgut-Feuerungsanlage. Schlussendlich ist „etwa“ nicht synonym mit „mindestens“. Aus diesen Gründen kann aus der Beifügung des Wortes „etwa“ an konkret dieser einen Stelle nicht abgeleitet werden, dass es sich im hier verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren bei der Nennwärmeleistung von 5.000 kW um eine Mindestleistung gehandelt hätte. Gleiches gilt auch für die stellenweise im Leistungsverzeichnis vor dem Wort „Nennwärmeleistung“ verwendeten Adjektive „gewährleistet“ bzw. „garantiert“: Unter Zugrundelegung der oben zitierten Pönale und der Aussage des Zeugen J haben diese die Bedeutung, dass eine Nennwärmeleistung von 5.000 kW nicht unterschritten werden darf, weil ansonsten eine Pönale fällig wird, aber sie können nicht zwingend das – nicht vorhandene – Wort „mindestens“ vor der Nennwärmeleistung von 5.000 kW substituieren, weil sie damit nicht gleichbedeutend sind.

Zieht man die Texte der gesamten Ausschreibungsunterlagen heran, finden sich ebenfalls keine in diese Richtung (dass der Kessel eine Nennwärmeleistung von „mindestens 5.000 kW“ aufzuweisen habe) gehenden Formulierungen; so heißt es in den technischen Vorbemerkungen im Leistungsverzeichnis (Punkt 7.) eindeutig: „Zur Aufstellung gelangt ein Biomassekessel mit einer gewährleisteten Nennwärmeleistung von 5.000 kW“, ohne dass „mindestens“ oder „jedenfalls“ vorangestellt wäre, und gibt es nachfolgend im Leistungsverzeichnis noch zahlreiche (oben wiedergegebene) Leistungsbeschreibungen, in denen allesamt auf eine „Kesselanlage 5.000 kW“ bzw. auf weitere Komponenten, die alle mit dem Zusatz „5.000 kW“ versehen sind und die alle auf diese Leistung ausgerichtet sind, abgestellt wird.

Der Auftraggeber und die präsumtive Zuschlagsempfängerin argumentieren einerseits, dass der Umstand, wonach im Leistungsverzeichnis (auf Seite 7 unter „Kesseldaten für Kesselanlagen 5.000 kW“) eine grau hinterlegte Bieterlücke für die Anforderung „Garantierte Nennwärmeleistung des Kessels mit Referenzbrennstoff“ von den Bietern auszufüllen gewesen sei, zeige, dass die Nennleistung von 5.000 kW als Mindestnennleistung (und nicht als zwingende Vorgabe „nach oben“) zu verstehen sei. – Dieses Argument vermag aber nicht zu überzeugen, zumal sich im selben Leistungsverzeichnis auf Seite 25, und zwar bei der Position „3.1.5 Röhrenkessel 5.000 kW – Wärmetauscher – 11 bar“, die den Röhrenkessel selbst und damit ein zentrales Element der Anlage beschreibt, zwar Bieterlücken für das Fabrikat bzw. die Type des Kessels und für die Dimension des Rauchrohranschlusses, nicht jedoch für die Nennleistung finden, denn diese ist dort eindeutig mit 5.000 kW fix vorgegeben und nicht (grau hinterlegt) abänderbar. Abgesehen davon, dass sich aus dem Vorhandensein einer Bieterlücke nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar auf den Erklärungswert eines Ausschreibungstexts schließen lässt (vgl. in diesem Zusammenhang VwGH 20.5.2020, Ra 2020/06/0107, wonach – bei Auslegungsfragen im Baurecht – beim Vorliegen einer Diskrepanz zwischen einer verbalen Beschreibung und einer zeichnerischen Darstellung im Zweifel von der Maßgeblichkeit der verbalen Beschreibung auszugehen ist), kann im Rahmen der Auslegung der gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen aus dem Umstand, dass es für die Nennleistung des Kessels einerseits (auf Seite 7 des Leistungsverzeichnisses) eine ausfüllbare Bieterlücke gibt und andererseits (auf Seite 25 des Leistungsverzeichnisses) wieder nicht, nicht der zweifelsfreie Schluss gezogen werden, dass die 5.000 kW eine Mindestnennleistung und keine fixe Vorgabe darstellen sollten. Der Auftraggeber und die präsumtive Zuschlagsempfängerin argumentieren einerseits, dass der Umstand, wonach im Leistungsverzeichnis (auf Seite 7 unter „Kesseldaten für Kesselanlagen 5.000 kW“) eine grau hinterlegte Bieterlücke für die Anforderung „Garantierte Nennwärmeleistung des Kessels mit Referenzbrennstoff“ von den Bietern auszufüllen gewesen sei, zeige, dass die Nennleistung von 5.000 kW als Mindestnennleistung (und nicht als zwingende Vorgabe „nach oben“) zu verstehen sei. – Dieses Argument vermag aber nicht zu überzeugen, zumal sich im selben Leistungsverzeichnis auf Seite 25, und zwar bei der Position „3.1.5 Röhrenkessel 5.000 kW – Wärmetauscher – 11 bar“, die den Röhrenkessel selbst und damit ein zentrales Element der Anlage beschreibt, zwar Bieterlücken für das Fabrikat bzw. die Type des Kessels und für die Dimension des Rauchrohranschlusses, nicht jedoch für die Nennleistung finden, denn diese ist dort eindeutig mit 5.000 kW fix vorgegeben und nicht (grau hinterlegt) abänderbar. Abgesehen davon, dass sich aus dem Vorhandensein einer Bieterlücke nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar auf den Erklärungswert eines Ausschreibungstexts schließen lässt vergleiche in diesem Zusammenhang VwGH 20.5.2020, Ra 2020/06/0107, wonach – bei Auslegungsfragen im Baurecht – beim Vorliegen einer Diskrepanz zwischen einer verbalen Beschreibung und einer zeichnerischen Darstellung im Zweifel von der Maßgeblichkeit der verbalen Beschreibung auszugehen ist), kann im Rahmen der Auslegung der gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen aus dem Umstand, dass es für die Nennleistung des Kessels einerseits (auf Seite 7 des Leistungsverzeichnisses) eine ausfüllbare Bieterlücke gibt und andererseits (auf Seite 25 des Leistungsverzeichnisses) wieder nicht, nicht der zweifelsfreie Schluss gezogen werden, dass die 5.000 kW eine Mindestnennleistung und keine fixe Vorgabe darstellen sollten.

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 12.9.2016, Ra 2016/04/0063) für die Ermittlung des objektiven Erklärungswertes von Ausschreibungsbestimmungen das Verständnis der an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter über diese Bestimmungen von Bedeutung ist und die gegenständliche Ausschreibung augenfällig von allen fünf Bietern im gegenständlichen Verfahren so verstanden wurde, dass die

Nennwärmeleistung des angebotenen Kessels 5.000 kW (und nicht mehr und nicht weniger) betragen musste, denn in allen (!) fünf Angeboten, auch in jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, wurde die Bieterlücke „garantierte Nennwärmeleistung des Kessels mit Referenzbrennstoff“ mit exakt 5.000 kW ausgefüllt (und die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem – in ihren Einwendungen übrigens als „ausschreibungskonform“ bezeichneten – Erstangebot auch einen Röhrenkessel mit der Typenbezeichnung „5000“ angeboten), während in der unmittelbar folgenden Bieterlücke „entsprechende Feuerungsleistung (Brennstoffwärmeleistung)“ von allen fünf Bietern selbstverständlich völlig unterschiedliche Werte (zwischen 5.621 und 5.815 kW) eingetragen worden sind. Es gab im Übrigen auch keine Bieteranfrage zu dieser Thematik. Hätte eine Bieterin, insb. die präsumtive Zuschlagsempfängerin, der Ausschreibung den Erklärungswert beigemessen, dass auch eine höhere „garantierte Nennwärmeleistung des Kessels mit Referenzbrennstoff“ angeboten werden könnte, wäre es naheliegend gewesen, dass sie dies bereits im Erstanbot getan (und nicht bis zur Verhandlungsrunde bzw. bis zum last and final offer damit gewartet) hätte, weil ja von vornherein nicht gewährleistet war, dass sie unter die Bestgereihten kommen (weil der Unterschied ihres Angebotes zum erstgereihten nicht mehr als 15% beträgt) und überhaupt zu Verhandlungen eingeladen werde.In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH 12.9.2016, Ra 2016/04/0063) für die Ermittlung des objektiven Erklärungswertes von Ausschreibungsbestimmungen das Verständnis der an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter über diese Bestimmungen von Bedeutung ist und die gegenständliche Ausschreibung augenfällig von allen fünf Bietern im gegenständlichen Verfahren so verstanden wurde, dass die Nennwärmeleistung des angebotenen Kessels 5.000 kW (und nicht mehr und nicht weniger) betragen musste, denn in allen (!) fünf Angeboten, auch in jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, wurde die Bieterlücke „garantierte Nennwärmeleistung des Kessels mit Referenzbrennstoff“ mit exakt 5.000 kW ausgefüllt (und die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem – in ihren Einwendungen übrigens als „ausschreibungskonform“ bezeichneten – Erstangebot auch einen Röhrenkessel mit der Typenbezeichnung „5000“ angeboten), während in der unmittelbar folgenden Bieterlücke „entsprechende Feuerungsleistung (Brennstoffwärmeleistung)“ von allen fünf Bietern selbstverständlich völlig unterschiedliche Werte (zwischen 5.621 und 5.815 kW) eingetragen worden sind. Es gab im Übrigen auch keine Bieteranfrage zu dieser Thematik. Hätte eine Bieterin, insb. die präsumtive Zuschlagsempfängerin, der Ausschreibung den Erklärungswert beigemessen, dass auch eine höhere „garantierte Nennwärmeleistung des Kessels mit Referenzbrennstoff“ angeboten werden könnte, wäre es naheliegend gewesen, dass sie dies bereits im Erstanbot getan (und nicht bis zur Verhandlungsrunde bzw. bis zum last and final offer damit gewartet) hätte, weil ja von vornherein nicht gewährleistet war, dass sie unter die Bestgereihten kommen (weil der Unterschied ihres Angebotes zum erstgereihten nicht mehr als 15% beträgt) und überhaupt zu Verhandlungen eingeladen werde.

Weiters verweisen der Auftraggeber und die präsumtive Zuschlagsempfängerin darauf, dass im Rahmen der Bestbieterermittlung nach der im Dokument „Bestbieterermittlung“ dargelegten Formel (Ki = Ai : PNenn) der „spezifische Preis pro kW Nennleistung“ [EUR/kW] relevant gewesen sei, was keinen Sinn ergäbe, wenn die Nennleistung vom Bieter nicht anzubieten wäre und daher bei allen Preisen derselbe Teiler mit 5.000 kW anzusetzen wäre, sodass im Ergebnis lediglich der absolute Angebotspreis relevant (und die Ex-aequo-Regel zu Beginn des Dokuments „Bestbieterermittlung“ überflüssig) wäre. Dieses Argument hat zwar auf den ersten Blick etwas für sich, aber bei der Erörterung dieser Formel (Ki = Ai : PNenn) und ihrer Konsequenzen in der Verhandlung vom 19.3.2021 ist hervorgekommen, dass es sich auch dabei um eine übernommene Berechnungsmethode aus einer vorherigen Ausschreibung handelt, für einerseits im gegenständlichen Verfahren keine sachliche Rechtfertigung vorgebracht wurde und andererseits – dadurch, dass die Nennleistung im Nenner angesetzt wird – auch keinen Sinn ergibt, weil sie zur absurden Konsequenz führt, dass ein Angebot zwangsläufig einen umso niedrigeren (und damit für die Bewertung günstigeren) spezifischen Preis Ki aufweist, je höher die Nennleistung PNenn des angebotenen Kessels ist; z.B. würde ein Kessel mit einer Nennleistung von 10 MW (der – wie in der Verhandlung erörtert wurde – nicht doppelt so teuer wäre wie einer mit einer Nennleistung von 5 MW) mit ziemlicher Sicherheit als günstigster hervorgehen, sodass der Auftraggeber Gefahr liefe, nach dieser bestandfesten Methode den Zuschlag für einen überdimensionierten Kessel zu einem höheren Gesamtpreis erteilen zu müssen, weil er keine Obergrenze bei

der Nennleistung angesetzt und die Begrenzung durch das bestehende Gebäude, in dem die Anlage Platz finden muss, nicht ausreichend verbalisiert (siehe dazu wiederum die zuvor zuletzt zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes) hätte (in diesem Zusammenhang geht auch das Argument, dass auf Seite 4 des Leistungsverzeichnisses nicht zu überschreitende Emissionswerte für „bis 10 MW Nennwärmeleistung“ vorgegeben wurden, ins Leere). Die Frage nach dem Sinn dieser Heranziehung des „spezifischen Preises pro kW Nennleistung“ stellt sich also in beide Richtungen und vermag daher eine Interpretation des gegenständlichen Ausschreibungstextes dahingehend, dass ein Kessel mit „mindestens 5.000 kW“ gefordert werde, nicht zu tragen‘5.

Abgesehen davon ist dieses Dokument „Bestbieterermittlung“, wenn man Punkt 13. („Zuschlagskriterien“) der Ausschreibungsunterlage (Version Mai 2020) heranzieht, gar nicht für die – zu 85% einfließende – Preisbewertung (Punkt 13.c.), sondern nur für die – zu 15% einfließende – Qualitätsbewertung (Punkt 13.d., wo es nämlich wörtlich heißt: „Qualitätsbewertung: Details sind aus der Beilage „FHW *** Beilage Kessel LV Bestbieterermittlung“ zu entnehmen“) maßgeblich: So heißt es in Punkt 13.b. der Ausschreibungsunterlage u.a. „Die Gesamtpunkteanzahl wird durch Addition der Preispunkte im Kriterium Gesamtpreis und der Qualitätspunkte in den Qualitätskriterien ermittelt. Das Kriterium „Gesamtpreis“ fließt zu 85%, das Kriterium der „Qualität“ zu 15% in die Bewertung ein.“, und in Punkt 13.c. („Preisbewertung“) wird überhaupt nicht auf die Beilage „Bestbieterermittlung“ verwiesen, sondern heißt es u.a. „Die Bewertung der Preise erfolgt erstmalig aufgrund der Angebotspreise und nach dem LAFO / nach der Vergabeverhandlung aufgrund der Letztpreise aus den LAFOs / den Vergabeverhandlungen; der bewertungsrelevante Gesamtpreis setzt sich aus der Summe der einzelnen Positionspreise zusammen und wird auf zwei Kommastellen gerundet.

Von den für den Zuschlag in Betracht kommenden Angeboten erhält jeweils das Angebot mit dem niedrigsten Angebotspreis 85.000 Punkte. Die übrigen Angebote werden im Preiskriterium nach folgender Formel bewertet:

niedrigster bewertungsrelevanter Gesamtpreis

---------- x 85.000 = erreichte Punkte“

zu bewertender Gesamtpreis

Demnach ist der „spezifische Preis pro kW Nennleistung“ bei der Preisbewertung laut Ausschreibungsunterlage nicht einmal erwähnt, sondern wird eindeutig auf den Angebotspreis bzw. den Letztpreis nach dem LAFO bzw. der Vergabeverhandlung abgestellt, der sich aus der Summe der Positionspreise zusammensetzt, aber keineswegs durch die Nennleistung zu dividieren ist. – Dieser Widerspruch zwischen Punkt 13.c der Ausschreibungsunterlage, der auf den Angebotspreis als Zuschlagskriterium abstellt, und dem Dokument „Bestbieterermittlung“, das auf den „spezifischen Preis pro kW Nennleistung“ als Zuschlagskriterium abstellt, ist – auf Basis der ständigen Rechtsprechung, dass Festlegungen in der Ausschreibung im Zweifel gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen sind und im Zweifel davon auszugehen ist, dass der Auftraggeber keine vergaberechtswidrige Festlegung treffen wollte – im Rahmen gesetzeskonformer Auslegung dahingehend aufzulösen, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und des freien und lauteren Wettbewerbs gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 es gebieten, dass nur vergleichbare Angebote (hier: Kessel mit einer vergleichbaren Leistung, und nicht – wie hier – Kessel mit 20% Leistungsunterschied) miteinander verglichen werden. Außerdem sind, da eine undeutliche Äußerung gemäß § 915 ABGB nur zum Nachteil desjenigen gereichen kann, der sich derselben bedient hat (vgl. in Bezug auf den öffentlichen Auftraggeber: VwGH 20.5.2010, 2009/04/0083), unklare bzw. widersprüchliche Ausschreibungsbestimmungen nicht zu Lasten der Bieter, sondern zu Lasten des Auftraggebers, der sich ihrer bedient hat, auszulegen (vgl. dazu z.B. BVA 11.11.2011, N/0084-BVA/10/2011-62, und die Erläuterungen zu § 91 BVergG 2018 (69 BlgNR XXVI. GP, S. 115), wonach Ausschreibungsbestimmungen nach ihrem objektiven Erklärungswert auszulegen sind und Auslassungen bzw. Unklarheiten zu Lasten des Auftraggebers gehen).Demnach ist der „spezifische Preis pro kW Nennleistung“ bei der Preisbewertung laut Ausschreibungsunterlage nicht einmal erwähnt, sondern wird eindeutig auf den Angebotspreis bzw. den Letztpreis nach dem LAFO bzw. der Vergabeverhandlung abgestellt, der sich aus der Summe der Positionspreise zusammensetzt, aber keineswegs durch die

Nennleistung zu dividieren ist. – Dieser Widerspruch zwischen Punkt 13.c der Ausschreibungsunterlage, der auf den Angebotspreis als Zuschlagskriterium abstellt, und dem Dokument „Bestbieterermittlung“, das auf den „spezifischen Preis pro kW Nennleistung“ als Zuschlagskriterium abstellt, ist – auf Basis der ständigen Rechtsprechung, dass Festlegungen in der Ausschreibung im Zweifel gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen sind und im Zweifel davon auszugehen ist, dass der Auftraggeber keine vergaberechtswidrige Festlegung treffen wollte – im Rahmen gesetzeskonformer Auslegung dahingehend aufzulösen, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und des freien und lauteren Wettbewerbs gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 es gebieten, dass nur vergleichbare Angebote (hier: Kessel mit einer vergleichbaren Leistung, und nicht – wie hier – Kessel mit 20% Leistungsunterschied) miteinander verglichen werden. Außerdem sind, da eine undeutliche Äußerung gemäß Paragraph 915, ABGB nur zum Nachteil desjenigen gereichen kann, der sich derselben bedient hat vergleiche in Bezug auf den öffentlichen Auftraggeber: VwGH 20.5.2010, 2009/04/0083), unklare bzw. widersprüchliche Ausschreibungsbestimmungen nicht zu Lasten der Bieter, sondern zu Lasten des Auftraggebers, der sich ihrer bedient hat, auszulegen vergleiche dazu z.B. BVA 11.11.2011, N/0084-BVA/10/2011-62, und die Erläuterungen zu Paragraph 91, BVergG 2018 (69 BlgNR römisch 26 . GP, S. 115), wonach Ausschreibungsbestimmungen nach ihrem objektiven Erklärungswert auszulegen sind und Auslassungen bzw. Unklarheiten zu Lasten des Auftraggebers gehen).

Aus all diesen Gründen legt der erkennende Senat die vorliegenden Ausschreibungsbestimmungen nach ihrem objektiven Erklärungswert dahingehend aus, dass ein Biomasseheizkessel mit einer Leistung von exakt 5 MW anzubieten war und diese Leistung keine Mindestleistung, die auch überboten werden konnte, darstellte.

Was die sodann am 14.1.2021 geführten Verhandlungsrunden betrifft, ist grundsätzlich auf § 281 Abs. 2 BVergG 2018 zu verweisen, wonach nicht über die Ausschreibung, sondern nur über das Angebot – gegenständlich über das Erstangebot – zu verhandeln ist; eine Abänderung der Festlegung in der Ausschreibung, dass die Nennwärmeleistung des Heizkessels exakt 5.000 kW betragen muss, in den Verhandlungen erscheint von daher unzulässig. Wenn man jedoch eine derartige Abänderung in der Verhandlungsrunde für zulässig erachtete, hätte der Auftraggeber gemäß § 281 Abs. 4 BVergG 2018 sicherzustellen, dass alle Bieter gleichbehandelt werden und diese Änderung der Ausschreibungsbedingung (auf eine Nennwärmeleistung von „mindestens 5.000 kW“) gemäß § 281 Abs. 5 BVergG 2018 allen im Verfahren verbliebenen Bietern, also allen fünf Bietern und nicht nur den drei zu Verhandlungsrunden geladenen (vgl. dazu § 305 Abs. 1 BVergG 2018), mitteilen müssen, und zwar unter Gewährung von ausreichend Zeit, die Angebote gegebenenfalls zu ändern (dies ist im gegenständlichen Fall auch nachvollziehbar, weil eine Erhöhung der Kesselleistung um 20%, wie in der Verhandlung von mehreren Seiten bestätigt wurde, durchaus auch Anpassungen bei den zugehörigen Anlagenkomponenten erforderte); dies war gegenständlich aber nicht der Fall. In der Einladung vom 8.1.2021 zu den Verhandlungen, die nur an drei Bieter erging, hieß es bloß, dass es um die Klärung offener technischer Fragen, die Klärung offener vertragsrechtlicher Fragen bzw. die verbindliche Abgabe der endgültigen Preise gehen werde; von einer Abänderung der Ausschreibungsbedingungen bzw. einer „Abgabe der endgültigen Nennleistung“ war keine Rede. Auf Basis der bestandfesten Ausschreibung (vgl. Punkt 3. der Ausschreibungsunterlage Version Mai 2020 „Ablauf des Verhandlungsverfahrens“) hätte der Auftraggeber hier nach Abschluss (!) der Verhandlungen die Änderung der Ausschreibungsunterlagen allen im Vergabeverfahren verbliebenen (!) Bietern bekannt geben und diese unter Setzung einer einheitlichen (!) Frist auffordern müssen, auf Basis der neu gefassten Ausschreibungsunterlagen ein last and final offer zu legen. Selbst wenn gegenständlich festgestellt worden wäre, dass mit allen drei Bietern im Rahmen deren Verhandlungen tatsächlich besprochen worden wäre, dass nunmehr die Möglichkeit bestünde, von einer Nennwärmeleistung von 5 MW abzugehen und einen Kessel mit einer höheren Leistung anzubieten, entspräche die Gewährung einer Pause in der jeweiligen Verhandlungsrunde zur Legung eines Letztangebotes auf Basis dieser geänderten Ausschreibungsbestimmung der zitierten bestandfesten Vorgangsweise nicht, weil dies keine einheitliche Fristsetzung (und auch nicht an alle fünf verbliebenen Bieter) darstellte (vgl. hiezu auch § 281 Abs. 8 BVergG 2018), und widerspräche zudem den Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes (vgl. § 20 Abs. 1 BVergG

2018).Was die sodann am 14.1.2021 geführten Verhandlungsrunden betrifft, ist grundsätzlich auf Paragraph 281, Absatz 2, BVergG 2018 zu verweisen, wonach nicht über die Ausschreibung, sondern nur über das Angebot – gegenständlich über das Erstangebot – zu verhandeln ist; eine Abänderung der Festlegung in der Ausschreibung, dass die Nennwärmeleistung des Heizkessels exakt 5.000 kW betragen muss, in den Verhandlungen erscheint von daher unzulässig. Wenn man jedoch eine derartige Abänderung in der Verhandlungsrunde für zulässig erachtete, hätte der Auftraggeber gemäß Paragraph 281, Absatz 4, BVergG 2018 sicherzustellen, dass alle Bieter gleichbehandelt werden und diese Änderung der Ausschreibungsbedingung (auf eine Nennwärmeleistung von „mindestens 5.000 kW“) gemäß Paragraph 281, Absatz 5, BVergG 2018 allen im Verfahren verbliebenen Bietern, also allen fünf Bietern und nicht nur den drei zu Verhandlungsrunden geladenen vergleiche dazu Paragraph 305, Absatz eins, BVergG 2018), mitteilen müssen, und zwar unter Gewährung von ausreichend Zeit, die Angebote gegebenenfalls zu ändern (dies ist im gegenständlichen Fall auch nachvollziehbar, weil eine Erhöhung der Kesselleistung um 20%, wie in der Verhandlung von mehreren Seiten bestätigt wurde, durchaus auch Anpassungen bei den zugehörigen Anlagenkomponenten erforderte); dies war gegenständlich aber nicht der Fall. In der Einladung vom 8.1.2021 zu den Verhandlungen, die nur an drei Bieter erging, hieß es bloß, dass es um die Klärung offener technischer Fragen, die Klärung offener vertragsrechtlicher Fragen bzw. die verbindliche Abgabe der endgültigen Preise gehen werde; von einer Abänderung der Ausschreibungsbedingungen bzw. einer „Abgabe der endgültigen Nennleistung“ war keine Rede. Auf Basis der bestandfesten Ausschreibung vergleiche Punkt 3. der Ausschreibungsunterlage Version Mai 2020 „Ablauf des Verhandlungsverfahrens“) hätte der Auftraggeber hier nach Abschluss (!) der Verhandlungen die Änderung der Ausschreibungsunterlagen allen im Vergabeverfahren verbliebenen (!) Bietern bekannt geben und diese unter Setzung einer einheitlichen (!) Frist auffordern müssen, auf Basis der neu gefassten Ausschreibungsunterlagen ein last and final offer zu legen. Selbst wenn gegenständlich festgestellt worden wäre, dass mit allen drei Bietern im Rahmen deren Verhandlungen tatsächlich besprochen worden wäre, dass nunmehr die Möglichkeit bestünde, von einer Nennwärmeleistung von 5 MW abzugehen und einen Kessel mit einer höheren Leistung anzubieten, entspräche die Gewährung einer Pause in der jeweiligen Verhandlungsrunde zur Legung eines Letztangebotes auf Basis dieser geänderten Ausschreibungsbestimmung der zitierten bestandfesten Vorgangsweise nicht, weil dies keine einheitliche Fristsetzung (und auch nicht an alle fünf verbliebenen Bieter) darstellte vergleiche hiezu auch Paragraph 281, Absatz 8, BVergG 2018), und widerspräche zudem den Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes vergleiche Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018).

Aus all dem folgt: Wenn man schon nicht die Ansicht vertritt, dass das zuletzt auf eine Nennleistung von 6.000 kW abgeänderte Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen widerspricht und daher gemäß § 301 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen wäre, dann ist aus den soeben angeführten Verfahrensmängeln im Verhandlungsverfahren die Zuschlagsentscheidung vom 10.2.2021 zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rechtswidrig zustande gekommen und mit einer für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Rechtswidrigkeit behaftet, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin oder einer der anderen drei Bieter in Kenntnis der geänderten Ausschreibungsunterlagen bei Gewährung von ausreichend Zeit bzw. einer einheitlichen Frist nach Abschluss der Verhandlungen ein last and final offer gelegt hätte, das dann als das wirtschaftlich und technisch beste Angebot zu beurteilen gewesen wäre.Aus all dem folgt: Wenn man schon nicht die Ansicht vertritt, dass das zuletzt auf eine Nennleistung von 6.000 kW abgeänderte Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen widerspricht und daher gemäß Paragraph 301, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018 auszuscheiden gewesen wäre, dann ist aus den soeben angeführten Verfahrensmängeln im Verhandlungsverfahren die Zuschlagsentscheidung vom 10.2.2021 zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rechtswidrig zustande gekommen und mit einer für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Rechtswidrigkeit behaftet, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin oder einer der anderen drei Bieter in Kenntnis der geänderten Ausschreibungsunterlagen bei Gewährung von ausreichend Zeit bzw. einer einheitlichen Frist nach Abschluss der Verhandlungen ein last and final offer gelegt hätte, das dann als das wirtschaftlich und technisch beste Angebot zu beurteilen gewesen wäre.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden und diese Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Die Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird separat durch den Einzelrichter (vgl. § 4 Abs. 8 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz) ergehen.Die Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird separat durch den Einzelrichter vergleiche Paragraph 4, Absatz 8, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz) ergehen.

Die Revision ist unzulässig, da sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, und die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Zudem stellen die – hier im Einzelfall beurteilten – Fragen keine „Rechtsfragen von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung“ (vgl. VwGH 23.9.2014, Ro 2014/01/0033) dar, da einer in vertretbarer Weise vorgenommenen einzelfallbezogenen Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt, diese also nicht revisibel ist (vgl. z.B. VwGH 22.12.2020, Ra 2020/04/0097 mwN).Die Revision ist unzulässig, da sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, und die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Zudem stellen die – hier im Einzelfall beurteilten – Fragen keine „Rechtsfragen von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung“ vergleiche VwGH 23.9.2014, Ro 2014/01/0033) dar, da einer in vertretbarer Weise vorgenommenen einzelfallbezogenen Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt, diese also nicht revisibel ist vergleiche z.B. VwGH 22.12.2020, Ra 2020/04/0097 mwN).

Schlagworte

Vergabe; Nachprüfung; Nichtigerklärung; Zuschlagsentscheidung; Ausschreibungsbestimmungen; objektiver Erklärungswert;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGNI:2021:LVwG.VG.1.002.2021

Zuletzt aktualisiert am

16.04.2021

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreic, http://www.lvwg.noe.gv.at

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at