

TE Lvwg Erkenntnis 2016/6/24 LVwG 443.16-1280/2016

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.06.2016

Entscheidungsdatum

24.06.2016

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §2 Z20 lit a

LVergRG Stmk 2012 §5 Abs1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch den Senatsvorsitzenden Dr. Hanel und die Richterinnen Mag. Schnabl und Mag. Schlossar-Schiretz

im Nachprüfungsverfahren gemäß § 5 ff Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz – StVergRG betreffend das Vergabeverfahren

„PPP-Projekt: Dienstleistungsauftrag Abfallentsorgung Kapfenberg“, durch die Stadtgemeinde K, vertreten durch die D S Rechtsanwalts-Partnerschaft, W Straße, W, über den Antrag der E AG O Umwelt Service GmbH, vertreten durch die C & P Rechtsanwälte GmbH, B Straße, L, Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch den Senatsvorsitzenden Dr. Hanel und die Richterinnen Mag. Schnabl und Mag. Schlossar-Schiretz, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 5, ff Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz – StVergRG betreffend das Vergabeverfahren , „PPP-Projekt: Dienstleistungsauftrag Abfallentsorgung Kapfenberg“, durch die Stadtgemeinde K, vertreten durch die D S Rechtsanwalts-Partnerschaft, W Straße, W, über den Antrag der E AG O Umwelt Service GmbH, vertreten durch die C & P Rechtsanwälte GmbH, B Straße, L,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung des Auswahlkriteriums „Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem

öffentlichen Auftraggeber“ gemäß den Punkten 4.1. und 4.1.3 der Bewerbungsunterlage des Verhandlungsverfahrens mit der Bezeichnung „PPP-Projekt: Dienstleistungsauftrag Abfallentsorgung Kapfenberg“ wird römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung des Auswahlkriteriums „Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber“ gemäß den Punkten 4.1. und 4.1.3 der Bewerbungsunterlage des Verhandlungsverfahrens mit der Bezeichnung „PPP-Projekt: Dienstleistungsauftrag Abfallentsorgung Kapfenberg“ wird

abgewiesen.

II. Der Antrag, die Bewerbungsunterlage des og. Verhandlungsverfahrens für nichtig zu erklären, wird abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag, die Bewerbungsunterlage des og. Verhandlungsverfahrens für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

III. Der Antrag, die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten, wird abgewiesen. Die zu viel entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 800,00 wird der Antragstellerin durch das Landesverwaltungsgericht Steiermark zurückerstattet. römisch drei. Der Antrag, die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten, wird abgewiesen. Die zu viel entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 800,00 wird der Antragstellerin durch das Landesverwaltungsgericht Steiermark zurückerstattet.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VG unzulässig. römisch vier. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Gemäß § 16 Abs 3 StVergRG tritt die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 19.05.2016,

GZ: LVwG 45.16-1281/2016-5, mit dieser Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark außer Kraft. Gemäß Paragraph 16, Absatz 3, StVergRG tritt die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 19.05.2016, , GZ: LVwG 45.16-1281/2016-5, mit dieser Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark außer Kraft.

Entscheidungsgründe

1. Antrag und Vorbringen der Parteien:

1.1:

Mit Eingabe vom 10.05.2016, eingelangt beim Landesverwaltungsgericht per E-Mail am selben Tag, brachte die E AG O Umwelt Service GmbH,

H, Fstraße, vertreten durch C & P, Rechtsanwälte GmbH, L, Bstraße (im Folgenden Antragstellerin) einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung ein und beantragte, die Punkte 4.1.1 und 4.1.3 der Ausschreibungsunterlage, eventualiter die gesamte Bewerbungsunterlage der Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) für nichtig zu erklären. Weiters wurden die Anträge gestellt, eine öffentlich mündliche Verhandlung durchzuführen sowie die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zu Handen der Antragstellervertreterin zu ersetzen. Gleichzeitig wurde beantragt, die Frist zur Teilnahmeantragsabgabe im gegenständlichen Verhandlungsverfahren bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag auszusetzen, in eventu das gesamte Verhandlungsverfahren auszusetzen, in eventu die Öffnung der Teilnahmeanträge zu untersagen und auch diesfalls die Stadtgemeinde K als Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren für diesen Antrag zu verpflichten. Mit Eingabe vom 10.05.2016, eingelangt beim Landesverwaltungsgericht per E-Mail am selben Tag, brachte die E AG O Umwelt Service GmbH, , H, Fstraße, vertreten durch C & P, Rechtsanwälte GmbH, L, Bstraße (im Folgenden Antragstellerin) einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung ein und beantragte, die Punkte 4.1.1 und 4.1.3 der Ausschreibungsunterlage, eventualiter die gesamte Bewerbungsunterlage der Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) für nichtig zu erklären. Weiters wurden die Anträge gestellt, eine öffentlich mündliche Verhandlung durchzuführen sowie die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zu Handen der Antragstellervertreterin zu ersetzen. Gleichzeitig wurde beantragt, die Frist zur Teilnahmeantragsabgabe im gegenständlichen Verhandlungsverfahren bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark über den

gegenständlichen Nachprüfungsantrag auszusetzen, in eventuelle das gesamte Verhandlungsverfahren auszusetzen, in eventuelle die Öffnung der Teilnahmeanträge zu untersagen und auch diesfalls die Stadtgemeinde K als Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren für diesen Antrag zu verpflichten.

Begründend führte die Antragstellerin aus, dass das bekämpfte Auswahlkriterium gegen das Benachteiligungsverbot und Gleichbehandlungsverbot verstoße. Ein Abwicklungsmodell, dass Abfalldienstleistungen über eine mit dem öffentlichen Auftraggeber errichtete gemeinsame Gesellschaft erbracht werden, sei (derzeit) unüblich. Derzeit komme, soweit bekannt, denkmöglich nur ein Marktteilnehmer in Betracht, konkret die S AG, der bzw. die den Anforderungen des bekämpften Auswahlkriteriums gerecht werde. Der in der Bewerbungsunterlage abgebildete Auswahlprozess entspreche sohin nicht dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der Neutralität. Überdies verstoße es auch gegen das Gebot des freien und lauten Wettbewerbs. Das bekämpfte Auswahlkriterium gewähre einem potenziellen Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile und benachteilige dadurch zugleich die übrigen Bieter, darunter die Antragstellerin. Das bekämpfte Auswahlkriterium sei überdies unsachlich, weil es nichts darüber aussage, ob jemand im Bereich der ausgeschriebenen Abfalldienstleistungen Erfahrung habe. Streng genommen sei das Kriterium auch nicht unternehmensbezogen, denn es würden sich nicht PPP-Gesellschaften, bestehend aus einem Dienstleister und der öffentlichen Hand bewerben, sondern nur der jeweilige Abfalldienstleister (alleine) bewerben.

Die Antragstellerin sei ein Unternehmen, zu deren Geschäftstätigkeiten insbesondere auch das Anbieten und Ausführen der hier gegenständlichen Dienstleistungen im Bereich der Abfallwirtschaft, konkret im Bereich der oben angeführten ausgeschriebenen Leistungen, gehöre. Die Antragstellerin habe ein ausgeprägtes Interesse am gegenständlichen Auftrag, was voraussetze, dass der Auswahlprozess korrekt ablaufe. Nur dann, wenn die Bedingungen der Bewerbungsunterlage den rechtlichen Anforderungen entsprechen würden, sei sie in der Lage, am Vergabeverfahren (weiterhin) teilzunehmen, ein Angebot zu legen und (nach Möglichkeit) den Zuschlag zu bekommen. Aufgrund der Festlegungen des bekämpften Auswahlkriteriums drohe der Antragstellerin ein großer Schaden, insbesondere in finanzieller und auch sonstiger Hinsicht. Dieser bestehe im Verlust der Möglichkeit der Beteiligung in einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie der Chance auf Zuschlagserteilung bezüglich der ausgeschriebenen Dienstleistungen in Zusammenhang mit der Abfallwirtschaft. Dadurch drohe der Antragstellerin ein Schaden aufgrund entgangenen Gewinns, wobei eine ziffernmäßige konkrete Bemessung und Kalkulation des drohenden entgangenen Gewinns noch nicht möglich sei, da sich das Verhandlungsverfahren in der ersten Stufe befinde und die nähere Leistungsschreibung erst mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelt werde. Letztlich drohe der Antragstellerin zudem ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes.

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat die Stadtgemeinde K, K, W-Platz, vertreten durch D S Rechtsanwalts-Partnerschaft, W, W-Straße, als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat die Stadtgemeinde K, K, W-Platz, vertreten durch D S Rechtsanwalts-Partnerschaft, W, W-Straße, als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

1.2:

Die Auftraggeberin beantragte mit Stellungnahme vom 24.05.2016 die Anträge der Antragstellerin zurück- in eventuelle abzuweisen. Es entspreche schlicht nicht den Tatsachen, dass nur ein Marktteilnehmer in Betracht käme, der dem bekämpften Auswahlkriterium gerecht werden könne. Der Auftraggeberin seien EU-weit einige Projekte bekannt, bei denen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber Dienstleistungen im Bereich Abfallwirtschaft für eine Gemeinde/Stadt oder einen Verband mit einem Einzugsbereich von mehr als 5000 Einwohnern erbracht hätten. So werde nicht nur in Österreich, sondern unter anderem auch in Ungarn, in der Tschechischen Republik, in der Slowakei und in Deutschland eine Vielzahl von Abfallentsorgungsleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft erbracht. Die Antragstellerin selbst sei offenbar nicht der Ansicht, dass es nur einen Marktteilnehmer gebe, der den Anforderungen des bekämpften Auswahlkriteriums gerecht werde, werbe die Antragstellerin auf ihrem eigenen Webauftritt doch selbst damit, dass sie über entsprechende Referenzen verfüge. Auch der von der Antragstellerin behauptete Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und der Neutralität liege nicht vor. Das bekämpfte Auswahlkriterium gelte für alle Bewerber gleichermaßen und sei auch die Antragsgegnerin an ihre Festlegungen in der Bewerbungsunterlage gebunden und dürfe von diesen Festlegungen nicht abweichen. Es sei daher unergründlich, inwiefern die Antragsgegnerin gegen einen Grundsatz der Neutralität verstoßen haben solle. Auch könne die Bevorteilung eines einzigen Bieters und die daraus resultierende Benachteiligung aller übrigen Bewerber schon denkmöglich nicht vorliegen, da es nicht der Fall sei, dass nur ein

einzigster Marktteilnehmer in Betracht komme. Weiters hätten Auswahlkriterien – schon rein definitionsmäßig – den vergaberechtlich keineswegs verpönten, sondern gerade gebotenen Zweck, jene – zahlenmäßig beschränkten – Bewerber zu ermitteln, welche zur Angebotslegung eingeladen werden sollten. Im Übrigen könne – gerade wenn man unrichtig davon ausgehen würde, dass nur ein Marktteilnehmer den Anforderungen gemäß dem festgelegten Auswahlkriterium gerecht werden könne – in dem bekämpften Auswahlkriterium von vornherein keine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme erblickt werden, weil a) dieses Auswahlkriterium nur eines von mehreren sei und b) gemäß Punkt 4.2 der Bewerbungsunterlage die auf den ersten drei Plätzen gereihten Bewerber zur Angebotslegung eingeladen würden, wobei bei gleicher Gesamtpunktzahl die betroffenen Bewerber ex aequo zu reihen wären.

Wenn sohin nur ein einziger Bewerber Punkte im bekämpften Auswahlkriterium lukrieren könnte, würde die Antragstellerin jedenfalls zur Angebotslegung eingeladen werden, wenn sie zumindest an die zweite bzw. dritte Stelle zu reihen wäre. In dem vergaberechtlich gebotenen Auswahlprozess eine verpönte, wettbewerbsbeschränkende Maßnahme zu erblicken, sei daher von vornherein verfehlt. Die Antragstellerin übersehe, dass das bekämpfte Auswahlkriterium nicht vordergründig darauf abstelle, dass bestimmte Abfallsammeldienstleistungen erbracht würden, sondern ob der Bewerber im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft Dienstleistungen im Bereich Abfallwirtschaft für eine Gemeinde/Stadt oder einen Verband erbracht habe, das heiße genau in jener Struktur, die auch im Rahmen des ausgeschriebenen Vorhabens zur Erbringung der Leistungen zu Grunde zu legen sein werde. Die Auftraggeberin schiebe die Erfahrung der Antragstellerin bei der Erbringung von Abfalldienstleistungen keineswegs beiseite, sondern unterziehe – neben herkömmlichen Abfallsammeldienstleistungen – eine gemeinsame Erbringung im Zuge einer Projektgesellschaft einer positiven Bewertung. Die im bekämpften Auswahlkriterium bewerteten Referenzen würden der Antragsgegnerin daher eine Prognose über die Fähigkeit der Bewerber erlauben, die konkret ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Die Antragsgegnerin habe konkret ein Kooperationsmodell zur Abwicklung der Abfallsammeldienstleistungen gewählt, bei dem der Auftragnehmer neben der reinen Abfallsammlung mit weiteren Herausforderungen, insbesondere betreffend die Abwicklung und Organisation des Projekts, konfrontiert sei. So unterstreiche die Abwicklung im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft die Fähigkeit zu einer kooperativen Leistungserbringung und würden einschlägige Referenzprojekte auch Erfahrungen des Bieters mit einschlägigen, gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen bestätigen.

1.3:

In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 21.06.2016 führte die Antragstellerin aus, dass das bekämpfte Auswahlkriterium zur Beurteilung der Qualität der Bewerber nicht geeignet sei. Erfahrungen im Zusammenhang mit Gesellschaften seien keine Spezialität einer institutionalisierten Public Private Partnership, sondern würden solche im Rahmen einer jeden Gesellschaft gesammelt. Jeder Bewerber, der in einer Rechtsform an einer Gesellschaft am Markt agiere, verfüge über diese Erfahrungen, wobei festzuhalten sei, dass die internen Abläufe von Gesellschaft zu Gesellschaft, selbst wenn sie dieselbe Rechtsform haben mögen, naturgemäß voneinander abweichen würden. Das rechtfertige daher die massive Einengung auf institutionalisierte PPPs im Rahmen der festgelegten Abfallsammeldienstleistungen nicht. Wenn, dann werde man gegenständlich mit Erfahrungen in der Zusammenarbeit mit der öffentlichen Hand argumentieren können, wobei sich die Frage stelle, warum man die Auswahlreferenz ganz konkret auf gesellschaftsrechtlich institutionalisierte PPPs eingeschränkt habe. Denn die Erfahrungen und das Know-How im Umgang mit der öffentlichen Hand würden ganz und gar nicht davon abhängen, auf welcher rechtlichen Basis die Zusammenarbeit begründet sei. Es sei daher festzuhalten, dass das bekämpfte Auswahlkriterium deshalb sachlich nicht gerechtfertigt sei, weil sich dieses aufgrund des konkreten Zuschnitts durch die Auftraggeberin auf eine derart eingeeengte bzw. eingeschränkte Konstellation beziehe, welche es verunmöglichen würde, die Qualität der Bewerber tatsächlich auf Basis einer tauglichen Bewertungsgrundlage zu bewerten und zu reihen. Darüber hinaus fehle dem bekämpften Auswahlkriterium die Grundlage dafür, eine „Besser-Eignung“ festzustellen. Dadurch, dass die Auftraggeberin das Eignungskriterium gestrichen habe, zeige zum eigenen bereits, dass sie es selbst nicht als gerechtfertigt ansehe. Andernfalls hätte es keinen Grund dafür gegeben, das entsprechende Eignungskriterium entfallen zu lassen, weil diesbezüglich bei Eignungs- wie auch Auswahlkriterien dieselben Maßstäbe gelten würden. Zum anderen fehle dem bekämpften Auswahlkriterium nunmehr auch die erforderliche Bezugsgrundlage. Es habe keine korrespondierende Grundlage (mehr) in den Eignungskriterien. Da Auswahlkriterien jeweils auf korrespondierenden Eignungskriterium aufbauen würden, gelte § 75 Abs 7 Z 1 BVergG für Eignungs- wie auch

Auswahlreferenzen gleichermaßen. Das bekämpfte Auswahlkriterium widerspreche daher den Anforderungen des BVergG an Referenzen. Die Auftraggeberin habe eben keine Systemwahl durchgeführt, sondern eine unzulässige Zutrittsbarriere geschaffen. Auswahlkriterien dürften nicht so festgelegt sein, dass bestimmte Bewerber von vornherein einen Wettbewerbsvorteil genießen würden. Gegen dieses Gebot habe die Auftraggeberin verstoßen, weil das bekämpfte Auswahlkriterium so beschrieben sei, dass es der derzeitigen Leistungserbringerin einen Wettbewerbsvorteil einräume. Der relevante Markt im Abfallsammelbereich sei ein regionaler und werde sich der Bewerberkreis daher aller Voraussicht nach auf Dienstleister aus Kärnten, Steiermark, Niederösterreich und Oberösterreich beschränken. Es sei daher bekannt, mit welchen Modellen diese Dienstleister auf dem Markt agieren würden. Es stehe fest, dass derjenige, der das bekämpfte Auswahlkriterium erfülle, aufgrund der gewählten Gewichtung einen Fixplatz in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens habe. In der Folge wurde dargelegt, dass nach Auffassung der Antragstellerin die S AG das gegenständliche Kriterium jedenfalls zur Gänze erfüllen würde, weil die einzelnen Merkmale des bekämpften Auswahlkriteriums 1:1 ein Spiegel des nur von S AG ausgeübten Geschäftsmodells seien. Damit sei von der Auftraggeberin sichergestellt worden, dass der aktuelle Partner und Dienstleistungserbringer die Höchstpunktzahl von 32 Punkten erreiche und sei weiters absolut ausgeschlossen, dass ein anderer Bewerber ebenso die Höchstpunktzahl erreiche. Damit sei zu 100 % gewährleistet, dass die S AG in die zweite Stufe der Ausschreibung gelange und zur Angebotsabgabe einzuladen sei. Daher sei das bekämpfte Auswahlkriterium nur bei oberflächlicher Betrachtung objektiv und unterschiedslos anwendbar. Tatsächlich räume es dem aktuellen Abfallsammeldienstleister einen gravierenden Wettbewerbsvorteil ein, weil die S AG mit dessen Hilfe einen fixen Platz in der zweiten Stufe habe. Die Auftraggeberin habe sich daher bei Festlegung des Kriteriums vordergründig nicht von sachlichen Erwägungen leiten lassen. Die Antragstellerin als langjährige und erfahrene Marktteilnehmerin habe im ausgeschriebenen Leistungsbereich naturgemäß intensive Erfahrungen in der Kooperation mit der öffentlichen Hand, insbesondere auch im Rahmen von PPP-Modellen. Umso bedenklicher sei es, dass das bekämpfte Auswahlkriterium so festgelegt worden sei, dass selbst erfahrene Marktteilnehmer dieses nicht erfüllen könnten. Als Beilage waren zahlreiche Gesellschaftsverträge, Konzernabschlüsse, Auszüge aus Wikipedia zu Einwohnerzahlen sowie Firmenbuchauszüge angefügt. In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 21.06.2016 führte die Antragstellerin aus, dass das bekämpfte Auswahlkriterium zur Beurteilung der Qualität der Bewerber nicht geeignet sei. Erfahrungen im Zusammenhang mit Gesellschaften seien keine Spezialität einer institutionalisierten Public Private Partnership, sondern würden solche im Rahmen einer jeden Gesellschaft gesammelt. Jeder Bewerber, der in einer Rechtsform an einer Gesellschaft am Markt agiere, verfüge über diese Erfahrungen, wobei festzuhalten sei, dass die internen Abläufe von Gesellschaft zu Gesellschaft, selbst wenn sie dieselbe Rechtsform haben mögen, naturgemäß voneinander abweichen würden. Das rechtfertige daher die massive Einengung auf institutionalisierte PPPs im Rahmen der festgelegten Abfallsammeldienstleistungen nicht. Wenn, dann werde man gegenständlich mit Erfahrungen in der Zusammenarbeit mit der öffentlichen Hand argumentieren können, wobei sich die Frage stelle, warum man die Auswahlreferenz ganz konkret auf gesellschaftsrechtlich institutionalisierte PPPs eingeschränkt habe. Denn die Erfahrungen und das Know-How im Umgang mit der öffentlichen Hand würden ganz und gar nicht davon abhängen, auf welcher rechtlichen Basis die Zusammenarbeit begründet sei. Es sei daher festzuhalten, dass das bekämpfte Auswahlkriterium deshalb sachlich nicht gerechtfertigt sei, weil sich dieses aufgrund des konkreten Zuschnitts durch die Auftraggeberin auf eine derart eingengegte bzw. eingeschränkte Konstellation beziehe, welche es verunmöglichen würde, die Qualität der Bewerber tatsächlich auf Basis einer tauglichen Bewertungsgrundlage zu bewerten und zu reihen. Darüber hinaus fehle dem bekämpften Auswahlkriterium die Grundlage dafür, eine „Besser-Eignung“ festzustellen. Dadurch, dass die Auftraggeberin das Eignungskriterium gestrichen habe, zeige zum eigenen bereits, dass sie es selbst nicht als gerechtfertigt ansehe. Andernfalls hätte es keinen Grund dafür gegeben, das entsprechende Eignungskriterium entfallen zu lassen, weil diesbezüglich bei Eignungs- wie auch Auswahlkriterien dieselben Maßstäbe gelten würden. Zum anderen fehle dem bekämpften Auswahlkriterium nunmehr auch die erforderliche Bezugsgrundlage. Es habe keine korrespondierende Grundlage (mehr) in den Eignungskriterien. Da Auswahlkriterien jeweils auf korrespondierenden Eignungskriterium aufbauen würden, gelte Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BVergG für Eignungs- wie auch Auswahlreferenzen gleichermaßen. Das bekämpfte Auswahlkriterium widerspreche daher den Anforderungen des BVergG an Referenzen. Die Auftraggeberin habe eben keine Systemwahl durchgeführt, sondern eine unzulässige Zutrittsbarriere geschaffen. Auswahlkriterien dürften nicht so festgelegt sein, dass bestimmte Bewerber von vornherein einen Wettbewerbsvorteil genießen würden. Gegen dieses Gebot habe die Auftraggeberin verstoßen, weil das bekämpfte Auswahlkriterium so beschrieben sei, dass es der derzeitigen

Leistungserbringerin einen Wettbewerbsvorteil einräume. Der relevante Markt im Abfallsammelbereich sei ein regionaler und werde sich der Bewerberkreis daher aller Voraussicht nach auf Dienstleister aus Kärnten, Steiermark, Niederösterreich und Oberösterreich beschränken. Es sei daher bekannt, mit welchen Modellen diese Dienstleister auf dem Markt agieren würden. Es stehe fest, dass derjenige, der das bekämpfte Auswahlkriterium erfülle, aufgrund der gewählten Gewichtung einen Fixplatz in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens habe. In der Folge wurde dargelegt, dass nach Auffassung der Antragstellerin die S AG das gegenständliche Kriterium jedenfalls zur Gänze erfüllen würde, weil die einzelnen Merkmale des bekämpften Auswahlkriteriums 1:1 ein Spiegel des nur von S AG ausgeübten Geschäftsmodells seien. Damit sei von der Auftraggeberin sichergestellt worden, dass der aktuelle Partner und Dienstleistungserbringer die Höchstpunkteanzahl von 32 Punkten erreiche und sei weiters absolut ausgeschlossen, dass ein anderer Bewerber ebenso die Höchstpunktezahl erreiche. Damit sei zu 100 % gewährleistet, dass die S AG in die zweite Stufe der Ausschreibung gelange und zur Angebotsabgabe einzuladen sei. Daher sei das bekämpfte Auswahlkriterium nur bei oberflächlicher Betrachtung objektiv und unterschiedslos anwendbar. Tatsächlich räume es dem aktuellen Abfallsammeldienstleister einen gravierenden Wettbewerbsvorteil ein, weil die S AG mit dessen Hilfe einen fixen Platz in der zweiten Stufe habe. Die Auftraggeberin habe sich daher bei Festlegung des Kriteriums vordergründig nicht von sachlichen Erwägungen leiten lassen. Die Antragstellerin als langjährige und erfahrene Marktteilnehmerin habe im ausgeschriebenen Leistungsbereich naturgemäß intensive Erfahrungen in der Kooperation mit der öffentlichen Hand, insbesondere auch im Rahmen von PPP-Modellen. Umso bedenklicher sei es, dass das bekämpfte Auswahlkriterium so festgelegt worden sei, dass selbst erfahrene Marktteilnehmer dieses nicht erfüllen könnten. Als Beilage waren zahlreiche Gesellschaftsverträge, Konzernabschlüsse, Auszüge aus Wikipedia zu Einwohnerzahlen sowie Firmenbuchauszüge angefügt.

1.4:

Am 22.06.2016 replizierte die Auftraggeberin zur ergänzenden Stellungnahme der Antragstellerin vom 21.06.2016 und führte im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang in der Festlegung von Auswahlkriterien einzig und allein dahingehend beschränkt sei, dass die Auswahlkriterien den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung tragen müssten und keine Eigenschaften der Bewerber positiv bewertet werden dürften, die für die Erfüllung des konkreten Auftrages irrelevant seien. Bezugspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit des bekämpften Auswahlkriteriums sei daher der konkret zu vergebende Auftrag. Innerhalb dieses Rahmens stehe es dem Auftraggeber frei, die Anforderungen an die Auswahlkriterien frei festzulegen. Der von der Antragstellerin an das Übermaßverbot gestellte Maßstab für die Festlegung von Auswahlkriterien würde das Auswahlsystem ad absurdum führen, weil dem Auftraggeber jeder Möglichkeit genommen würde, bestimmte Erfahrungen, die bei der zukünftigen Auftragsabwicklung von evidenter Bedeutung seien, bei der Auswahl der Bewerber entsprechend positiv zu berücksichtigen. (Potentielle) Bewerber könnten damit praktisch jedes Auswahlkriterium mit dem Argument bekämpfen, dass sie das bekämpfte Auswahlkriterium nicht erfüllen. Im Übrigen seien die von der Antragstellerin angestellten Überlegungen zu den von der Antragsgegnerin abgefragten Erfahrungskreisen viel zu kurz gegriffen. Bei der Erfahrung im Zusammenhang mit Gesellschaften gehe es selbstverständlich nicht allein darum, dass Erfahrungen gesammelt würden, die in jeder Gesellschaft gesammelt würden, sondern stehe insbesondere im Vordergrund, dass ein Projekt, bei dem eine Mehrzahl an Projektbeteiligten (Gesellschaftern) die in der Praxis oft nicht zwingend übereinstimmende (Eigen-)Interessen verfolgen würden, existiere, in einer kooperativen Vorgehensweise verwirklicht werde. Es mache selbstverständlich einen Unterschied, ob der potentielle Bewerber als bloßer Auftragnehmer im Zuge eines Dienstleistungs- bzw. Dienstleistungskonzessionsvertrages die Abfallsammeldienstleistungen für den Auftraggeber erbringe, oder ob darüber hinaus zwischen dem Auftragnehmer und der Auftraggeberin eine gemeinsame Projektgesellschaft für die Abwicklung des Projekts gegründet werde. Die Antragstellerin lasse in diesem Zusammenhang ihre Behauptung, dass es auf die Art der Zusammenarbeit gar nicht ankomme, gänzlich unbegründet. Unter Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts Mischö in der Rechtssache C-513/99 Concordia Bus Finland führte die Auftraggeberin aus, dass aus dem Umstand, der ohnehin nicht vorliege, dass ein einziger bzw. nur wenige Unternehmen das bekämpfte Auswahlkriterium erfüllen würden oder nicht, für die Antragstellerin nichts gewonnen sei, weil kein Verstoß gegen das Diskriminierungs-/Gleichbehandlungsgebot vorliege. Es sei nochmals festgehalten, dass die Antragstellerin ihre Behauptung, dass es keinen Unterschied mache, ob der Bewerber mit der öffentlichen Hand vormals im Rahmen einer institutionalisierten oder auf anderer rechtlicher Basis stehenden PPP zusammengearbeitet habe, in keiner Weise begründe. Dies sei offenbar dem Umstand geschuldet, dass die Antragstellerin gerade über keine einschlägigen

Erfahrungen in der Abwicklung eines PPP im Rahmen einer gemeinsamen Projektgesellschaft mit der öffentlichen Hand verfüge, sodass ihr offenbar nicht klar sei, welche Anforderungen bei dem ausschreibungsgegenständlichen Projekt an den zukünftigen Auftragnehmer gestellt werden. Die Ansicht, dass die Auswahlkriterien einen Bezug zu einem korrespondierend festgelegten Eignungskriterium aufweisen müssten, würde jeder vergaberechtlicher Grundlage entbehren. Anhand der festgelegten Eignungskriterien überprüfe der öffentliche Auftraggeber die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber bzw. Bieter. Die Auswahlkriterien würden eine abstufende Bewertung der Qualität der Bewerber im Sinne einer „Besser-Eignung“ ermöglichen. Weder die einschlägigen unionsrechtlichen noch innerstaatlichen Vergaberechtsbestimmungen, noch die Gesetzesmaterialien zum BVergG 2006 stützen eine solche Abhängigkeit der Auswahlkriterien von den Eignungskriterien. Darüber hinaus ändere der Umstand, dass Abfallsammeldienstleistungen ein regional geprägter Markt seien, nichts daran, dass a) in der Regel eine unionsweite Ausschreibung dieser Leistungen zu erfolgen hat, b) der potenzielle Bieterkreis nicht bloß auf regionale bzw. lokale Anbieter beschränkt sei und c) folglich die europaweit bekannten PPP-Projekte sehr wohl bei der Betrachtung der Selektivität des bekämpften Auswahlkriteriums zu berücksichtigen seien. Es sei festgehalten, dass es sich bei den von der Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag genannten PPP-Projekten um eine exemplarische Darstellung handle und europaweit eine Vielzahl weiterer Abfallsammeldienstleistungen im Rahmen von Beteiligungsmodellen abgewickelt würden. Unabhängig davon sei es nicht Aufgabe der Auftraggeberin, das bekämpfte Auswahlkriterium nach Maßgabe der EU-weiten bzw. nationalen Praxis zu rechtfertigen, sondern komme es einzig und alleine darauf an, dass das Auswahlkriterium durch den gegenständlichen Auftragsgegenstand gerechtfertigt sei. Aus dem Umstand, dass ein Bewerber allenfalls mit der Höchstpunktzahl zu bewerten wäre, könne keine Vergaberechtswidrigkeit des bekämpften Auswahlkriteriums abgeleitet werden. Die Antragstellerin behaupte ausschließlich die Unsachlichkeit eines einzigen Aspektes des festgelegten Auswahlsystems, aber nicht die Unsachlichkeit des gesamten Auswahlkriteriensystems, sodass dem Nachprüfungsantrag schon aus diesem Grund keine Berechtigung zukomme.

1.5:

Am 23.06.2016 erfolgte eine Duplik zur Replik der Auftraggeberin und führte die Antragstellerin erneut aus, dass die erforderlichen Erfahrungen, Fähigkeiten und Kenntnisse, die für den Erfolg der gegenständlichen PPP ganz wesentlich seien, unabhängig vom jeweiligen Modell derselben seien. Die gefragten Kompetenzen würden durch jede Form der Zusammenarbeit zwischen einem privaten Dienstleister und der öffentlichen Hand vermittelt werden. Wenn die Auftraggeberin angemessen und sachgerecht vorgehen hätten wollen, hätte sie nicht eine einzelne von diversen möglichen (inhaltsgleichen) Verpackungen bevorzugt herausgenommen, sondern alle möglichen PPP-Formen zulassen müssen.

1.6:

Ebenfalls am 23.06.2016 erging eine erneute Stellungnahme der Auftraggeberin zur Duplik der Antragstellerin, in der erneut auf den im Rahmen eines PPP-Modells notwendigen Interessensausgleich durch die gemeinsame Gesellschaft hingewiesen werde, im Unterschied zu den normalerweise gegensätzlichen Interessen der Auftraggebers und des Auftragnehmers. Dies sei auch in der Judikatur des EuGH, z. B. in der Entscheidung Rs C-26/03, Stadt Halle, hervorgehoben worden. Ein Ermessensmissbrauch des Auftraggebers in der Festlegung eines solchen Kriteriums liege daher nicht vor; nur ein solcher könne dazu führen, dass das Auswahlkriterium als unzulässig anzusehen wäre.

2. Sachverhalt:

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat Beweis erhoben durch Einsicht in die eingebrachten Schriftsätze und Unterlagen sowie die vorgelegten Vergabeunterlagen, insbesondere den Vergabeakt der Auftraggeberin. Die Richtigkeit der Vergabeakten wurde nicht bestritten. Weiters wurde Beweis erhoben durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 24.06.2016, zu welcher sämtliche Verfahrensparteien geladen wurden.

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark geht auf Grundlage des durchgeführten Beweisverfahrens von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Die Stadtgemeinde K, W-Platz, K, führt das Vergabeverfahren „PPP-Projekt: Dienstleistungsentsorgungsauftrag Abfallentsorgung Kapfenberg“ in Form eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung gemäß § 30 BVergG 2006 zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich durch. Die Stadtgemeinde K, W-

Platz, K, führt das Vergabeverfahren „PPP-Projekt: Dienstleistungsentsorgungsauftrag Abfallentsorgung Kapfenberg“ in Form eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, BVergG 2006 zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwabenbereich durch.

Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrags sind Dienstleistungen der Dienstleistungskategorie Nr. 16: Abfall- und Abwasserbeseitigung, sanitäre und ähnliche Dienstleistungen. Hauptort der Ausführung, Lieferung oder Dienstleistungserbringung ist das Gemeindegebiet der Auftraggeberin (NUTS-Code: AT22).

Die Auftraggeberin beabsichtigt mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren jenen Bieter zu ermitteln, der gemeinsam mit der Auftraggeberin die von dieser Ausschreibung umfassten abfallwirtschaftlichen Leistungen und Aufgaben im Gemeindegebiet der Auftraggeberin ab 01.01.2017 im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft abwickelt.

Die Bekanntmachung mit der Zahl 2016/S 075-132287 erfolgte am 16.04.2016. Am 06.05.2016 erfolgte eine Berichtigung der Bewerbungsunterlagen, im Zuge der Punkt 3.1.5.1 der Bewerbungsunterlage ersatzlos gestrichen wurde. Aufgrund der Berichtigung wurde die Teilnahmefrist bis 30.05.2016 verlängert.

Folgende Festlegungen finden sich in den Bewerbungsunterlagen:

„4.1 Auswahlkriterien:

4.1.1 Allgemeines

Die als geeignet festgestellten Bewerber werden anhand der folgenden Auswahlkriterien

?

Erfahrung mit der Erbringung von Abfallsammeldienstleistungen (Gewichtung 48 %, max. 48 Punkte)

?

Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber (Gewichtung 32 %, max. 32 Punkte)

?

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Gewichtung 20 %, max. 20 Punkte)

bewertet und gereiht. Bewertet wird dabei die Erfahrung der Bewerber in den technischen Fachbereichen „Abfallsammlung“ (Auswahlkriterium „Erfahrung mit der Erbringung von Abfallsammeldienstleistungen“) und „Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber“ (Auswahlkriterium „Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber“) anhand der jeweils vorgelegten Referenzprojekte nach dem nachfolgend beschriebenen Bewertungsschema. Die Bewertung im Auswahlkriterium „wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erfolgt anhand des bilanziell ausgewiesenen Eigenkapitals und der Umsatzerlöse des Bewerbers in den letzten drei Geschäftsjahren.

Namhaft gemachte Referenzprojekte werden im Rahmen dieser Bewerberauswahl nur dann als solche berücksichtigt, wenn der Bewerber (bzw. der allenfalls namhaft gemachte Dritte) selbst Auftragnehmer oder Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft war. Im letzteren Fall (d.h. Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft wird das Referenzprojekt im Rahmen dieser Bewerberauswahl nur dann berücksichtigt, wenn der Leistungsanteil des betreffenden Bewerbers (bzw. des allenfalls namhaft gemachten Dritten) an dem von der Arbeitsgemeinschaft durchgeführten Referenzauftrag mindestens 50% des Auftragswerts des Referenzprojektes betragen hat.

Sollte der Bewerber Referenzprojekte eines Dritten namhaft machen, hat er ferner nachzuweisen, dass er im Fall der Auftragserteilung tatsächlich über die Ausführung des Auftrags bzw. Auftragsteiles erforderlichen Mittel des Dritten verfügt. Dazu ist eine vom Dritten rechtsgültig zu unterfertigende entsprechende Erklärung vorzulegen.

Im Fachbereich „Abfallsammlung“ (Auswahlkriterium „Erfahrung mit der Erbringung von Abfallsammeldienstleistungen“) werden max. drei, im Fachbereich „Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen

Auftraggeber“ (Auswahlkriterium „Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber“) maximal vier Referenzprojekte zur Bewertung herangezogen.

Werden von Bewerber für einen Fachbereich mehr Referenzprojekte angegeben als maximal bewertet werden, wird die Auftraggeberin die drei bzw. vier im Teilnahmeantrag erstgenannten Referenzprojekte zur Bewertung heranziehen. Ist es der Auftraggeberin nicht einmal möglich, zu bestimmen welche Referenzprojekte des Bewerbers in seinem Teilnahmeantrag die drei bzw. vier erstgenannten Referenzprojekte sind, so ist die berechtigt, den Teilnahmeantrag nicht weiter zu berücksichtigen.

Ein- und derselbe Referenzauftrag kann nur hinsichtlich eines Fachbereiches (Auswahlkriteriums) namhaft gemacht werden. Bezieht sich ein Referenzauftrag sohin auf beide Fachbereiche (Auswahlkriterien), so kann dieser Referenzauftrag nur in einem der beiden Fachbereiche (Auswahlkriterien) genannt werden.

Der Bewerber hat die Referenzprojekte in den hierfür vorgesehenen Formblättern 9 bis 15 anzugeben und zu beschreiben. Die Referenzprojekte müssen den für den jeweiligen Fachbereich nachfolgend dargestellten Vorgaben entsprechen, andernfalls eine Berücksichtigung nicht erfolgt werden kann.

4.1.2 Auswahlkriterium „Erfahrung mit der Erbringung von Abfallsammeldienstleistungen“

Um zur Bewertung für dieses Auswahlkriterium im Rahmen der Bewerberauswahl herangezogen werden zu können, muss das betreffende Referenzprojekt die unter Punkt 3.1.5.3 genannten Mindestanforderungen erfüllen. Die Punktevergabe im Auswahlkriterium „Erfahrung mit der Erbringung von Abfallsammeldienstleistungen“ erfolgt dergestalt, dass der Bewerber für jedes Referenzprojekt, das nur den Mindestanforderungen entspricht, 4 Punkte erhält. Überschreitet der jährliche Nettoumsatz (d.h. in 12 aufeinanderfolgenden Monaten) des Referenzprojektes den Betrag von EUR 350.000,--, werden für dieses Referenzprojekt weitere 4 Punkte (sohin 8) vergeben. Ab Überschreiten eines jährlichen Nettoumsatzes (d.h. in 12 aufeinanderfolgenden Monaten) von EUR 500.000,-- werden für das jeweilige Referenzprojekt weitere 8 Punkte (sohin insgesamt 16) vergeben. Insgesamt kann ein Bewerber pro Referenzauftrag bei diesem Auswahlkriterium daher 16 Punkte und insgesamt mit zulässigen drei Referenzprojekten maximal 48 Punkte erreichen.

Tabellarisch lässt sich die Punktevergabe beim Auswahlkriterium „Erfahrung mit der Erbringung von Abfallsammeldienstleistungen“ wie folgt darstellen:

Referenzprojekt

Referenzprojekt

Referenzprojekt

Merkmale

Mindestanforderungen und jährlicher Nettoumsatz übersteigt EUR 200.000,-- aber übersteigt nicht EUR 350.000,--

Mindestanforderungen und jährlicher Nettoumsatz übersteigt EUR 350.000,-- aber übersteigt nicht EUR 500.000,--

Mindestanforderungen und jährlicher Nettoumsatz übersteigt EUR 500.000,--

Punkte

4

8

16

4.1.3 Auswahlkriterium „Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber“

Um zur Bewertung für dieses Auswahlkriterium im Rahmen der Bewerberauswahl herangezogen werden können, muss das betreffende Referenzprojekt die unter Punkt 3.1.5.2. genannten folgende Mindestanforderungen erfüllen:

Der Bewerber muss mindestens ein Jahr (zwölf aufeinanderfolgende Monate seit 01.01.2013) im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber Dienstleistungen im Bereich Abfallwirtschaft für eine Gemeinde/Stadt oder einen Verband mit einem Einzugsbereich von mehr als 5.000 Einwohnern erbracht haben. Die Dienstleistungen im Bereich der Abfallwirtschaft müssen dabei zumindest zwei der Abfallarten „Sammlung von Restmüll“, „biogenen Abfällen“ und „Altpapier“ umfasst haben.

Die Punktevergabe im Auswahlkriterium „Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber“ erfolgt dergestalt, dass der Bewerber für jedes Referenzprojekt, das nur den Mindestanforderungen entspricht, 2 Punkte erhält. Wenn das Referenzprojekt sich auf einen Einzugsbereich mit einer Einwohnerzahl von mehr als 7.000 Einwohnern bezieht, erhält der Bewerber weitere 3 Punkte (sohin 5 Punkte). Wenn das Referenzprojekt sich auf einen Einzugsbereich von mehr als 10.000 Einwohnern bezieht, dann enthält der Bewerber 3 weitere Punkte (sohin 8 Punkte). Insgesamt kann ein Bewerber pro Referenzauftrag bei diesem Auswahlkriterium daher 8 Punkte und insgesamt mit zulässigen vier Referenzprojekten maximal 32 Punkte erreichen.

Tabellarisch lässt sich die Punktevergabe beim Auswahlkriterium „Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber“ wie folgt darstellen:

Referenzprojekt

Referenzprojekt

Referenzprojekt

Merkmale

Mindestanforderungen und die Einwohneranzahl übersteigt 3.000, nicht aber 7.000

Mindestanforderungen und die Einwohneranzahl übersteigt 7.000, nicht aber 10.000

Mindestanforderungen und die Einwohneranzahl übersteigt 10.000

Punkte

2

5

8

4.1.4 Erforderlicher zeitlicher Nahebezug der Referenzprojekte

Um als Referenzprojekt bei den Auswahlkriterien berücksichtigt werden zu können, müssen diese darüber hinaus einen zeitlichen Nahebezug zum vorliegenden Projekt in ausreichender, nachfolgend definierter Weise aufweisen.

Referenzprojekte, die zum Auswahlkriterium „Erfahrung mit der Erbringung von Abfallsammeldienstleistungen“ namhaft gemacht wurden, müssen in den letzten drei Jahren erbracht worden sein. Sie gelten nur dann als in den letzten drei Jahren erbracht, wenn die Leistungserbringung bereits zumindest ein Jahr (d.h. zwölf aufeinanderfolgende Monate) seit 01.01.2013 umfasst hat.

Referenzprojekte, die zum Auswahlkriterium „Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber“ namhaft gemacht werden, müssen in den letzten fünf Jahren erbracht worden sein, wobei eine Leistungserbringung von zumindest drei Jahren nachzuweisen ist. Diese Referenzprojekte, gelten sohin nur dann als in den letzten fünf Jahren erbracht, wenn die Leistungserbringung bereits zumindest drei Jahre (d.h. 36 aufeinanderfolgende Monate) seit dem 01.01.2011 umfasst hat.

4.1.5 Nachweis der Referenzprojekte

Die Nachweise in Bezug auf die Referenzprojekte sind durch Beilage folgender Unterlagen zu führen:

Angabe der Referenzprojekte jeweils unter Darlegung der Einhaltung der vorgenannten für das jeweilige Auswahlkriterium festgelegten Anforderungen samt diesbezüglicher Bestätigung durch den Referenzbeauftragter (Formblätter 9-15).

4.1.6 Auswahlkriterium „Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“

Beim Auswahlkriterium „Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ wird die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anhand der Eigenkapitalquote des Bewerbers zum Bilanzstichtag seines letzten Geschäftsjahres bewertet, wobei der Bewerber diese in dem hierfür vorgesehene Formblatt (Formblatt 16) anzugeben und auch durch den Jahresabschluss des letzten Geschäftsjahres nachzuweisen hat (Beurteilungsaspekt „Eigenkapital“). Ferner wird die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anhand der Umsatzerlöse der letzten drei Geschäftsjahre des Bewerbers (Beurteilungsaspekt „Umsatzerlöse“) bewertet, die ebenfalls im Formblatt 16 anzugeben sind.

Sollte der Bewerber für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einen Dritten namhaft machen, hat er ferner nachzuweisen, dass er im Fall der Auftragserteilung tatsächlich über die zur Ausführung des Auftrags bzw. Auftragsteiles erforderlichen Mittel des Dritten verfügt. Dazu ist eine vom Dritten rechtsgültig zu unterfertigende entsprechende Erklärung vorzulegen (Formblatt 18).

Für die Bewertung im Auswahlkriterium „Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ stehen pro Bewerber maximal 20 Punkte zur Verfügung.

Die Punktevergabe im Auswahlkriterium „Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ erfolgt unter Zugrundelegung der vorgenannten Beurteilungsaspekte wie folgt:

1. Beurteilungsaspekt „Eigenkapital“ (maximal 10 Punkte)

?

Beträgt die Eigenkapitalquote des Bewerbers zum Bilanzstichtag seines letzten Geschäftsjahres zumindest 20% und weniger als 30%, so ist der Teilnahmeantrag des Bewerbers in diesem Beurteilungsaspekt mit 4 Punkten zu bewerten.

?

Beträgt die Eigenkapitalquote des Bewerbers zum Bilanzstichtag seines letzten Geschäftsjahres zumindest 30% und weniger als 35%, so ist der Teilnahmeantrag des Bewerbers in diesem Beurteilungsaspekt mit 7 Punkten zu bewerten.

?

Beträgt das bilanziell ausgewiesene Eigenkapital des Bewerbers zum Bilanzstichtag seines letzten Geschäftsjahres zumindest 35% so ist der Teilnahmeantrag des Bewerbers in diesem Auswahlkriterium mit 10 Punkten zu bewerten.

2. Beurteilungsaspekt „Umsatzerlöse“ (maximal 10 Punkte)

?

Haben die Umsatzerlöse des Bewerbers in jedem seiner letzten drei Geschäftsjahre jeweils mehr als EUR 50 Mio. aber in zumindest einem der Jahre weniger als EUR 100 Mio., aber in zumindest einem der Jahre weniger als EUR 200 Mio. betragen, so ist der Teilnahmeantrag des Bewerbers in diesem Beurteilungsaspekt mit 3 Punkten zu bewerten.

?

Haben die Umsatzerlöse des Bewerbers in jedem seiner letzten drei Geschäftsjahre jeweils zumindest EUR 100 Mio. betragen, so ist der Teilnahmeantrag des Bewerbers in diesem Beurteilungsaspekt mit 6 Punkten zu bewerten.

?

Haben die Umsatzerlöse des Bewerbers in jedem seiner letzten drei Geschäftsjahre jeweils zumindest EUR 200 Mio. betragen, so ist der Teilnahmeantrag des Bewerbers in diesem Beurteilungsaspekt mit 10 Punkten zu bewerten.“

Die Antragstellerin, die E AG O Umwelt Service GmbH ist ein Teil des Konzerns E AG und umfasst das Segment Entsorgung.

Im Rahmen der öffentlich mündlichen Verhandlung gab die informierte Vertreterin der Gemeinde Kapfenberg an, dass sie die gegenständliche Bewerbungsunterlage in Zusammenarbeit mit dem Vertreter der Auftraggeberin nach einem Entwurf der Städte Hartberg und Villach erstellt hat.

Mit Stand 01.01.2016 hatte die Stadtgemeinde K 23.059 Einwohner.

Der Antrag zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens langte am 10.05.2016 in der Geschäftsstelle des Landesverwaltungsgerichtes ein. Die Verständigung der Auftraggeberin ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich.

3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt des sorgfältig geführten Vergabeaktes sowie auf das übereinstimmende Vorbringen der am Verfahren beteiligten Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

In der öffentlich mündlichen Verhandlung führte die Vertreterin der Auftraggeberin glaubhaft aus, dass die Auftraggeberin beim PPP-Modell bleiben wolle, weil die Stadtgemeinde K durch die jährliche Ausschüttung einen Gewinn lukriert. Da die Gesellschaft auch für Dritte tätig werde, ergebe sich für die Stadtgemeinde auch daraus ein Vorteil.

Der informierte Vertreter der Antragstellerin, Herr Ing. Mag. R R, führte nachvollziehbar und glaubwürdig aus, dass die Antragstellerin derzeit die höchst erreichbare Punktezahl bei den Auswahlkriterien nicht schaffen würde, da sie der Finanzpolitik des Konzerns unterliegen würde und die Kennzahlen zum Teil nicht die reelle Bonität des Unternehmens widerspiegeln würden. Weiters gab er an, dass es durchaus möglich sei und dies auch von der Antragstellerin bereits gemacht wurde, dass mit Hilfe von Patronatserklärungen auf die Bonität eines Dritten, konkret der Konzernmutter, zurückgegriffen werde. Weiters gab der informierte Vertreter der Antragstellerin an, dass er persönlich kein Unternehmen kennen würde, welches das konkrete Auswahlkriterium in dem nach seinem Dafürhalten relevanten Markt, nämlich Österreich, erfüllen würde.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1 Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark und Zulässigkeit des Antrages:

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt den materiellen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006), BGBl. I Nr. 10/2006 idGF sowie hinsichtlich des Nachprüfungsverfahrens dem Steiermärkischen Vergaberechtsschutzgesetz 2012 (StVergRG), LGBl. Nr. 80/2012 idGF. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt den materiellen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2006, idGF sowie hinsichtlich des Nachprüfungsverfahrens dem Steiermärkischen Vergaberechtsschutzgesetz 2012 (StVergRG), Landesgesetzblatt Nr. 80 aus 2012, idGF.

Die Stadtgemeinde K ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Art. 14 Abs 2 Z 2 lit. a) BVerG. Das gegenständliche Vergabeverfahren fällt somit in den Vollzugsbereich des Landes und unterliegt gemäß § 3 StVergRG der Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht Steiermark. Die Stadtgemeinde K ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Artikel 14, Absatz 2, Ziffer 2, Litera a,) BVerG. Das gegenständliche Vergabeverfahren fällt somit in den Vollzugsbereich des Landes und unterliegt gemäß Paragraph 3, StVergRG der Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht Steiermark.

Da es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, entscheidet das Landesverwaltungsgericht gemäß § 3 Abs 2 StVergRG durch einen Senat. Da es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, entscheidet das Landesverwaltungsgericht gemäß Paragraph 3, Absatz 2, StVergRG durch einen Senat.

Die Antragstellerin bekämpft eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a) sublit. dd) BVerG – die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages). Die Antragstellerin bekämpft eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) Sub-Litera, d, d,) BVerG – die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages).

Die Teilnahmefrist endete am 30.05.2016, der am 21.05.2016 eingebrachte Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 6 Abs 4 StVergRG fristgerecht eingebracht. Die Teilnahmefrist endete am 30.05.2016, der am 21.05.2016 eingebrachte Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 6, Absatz 4, StVergRG fristgerecht eingebracht.

Im Vergabeverfahren wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde ordnungsgemäß vergebührt und entspricht den formalen Kriterien des § 7 StVergRG. Im Vergabeverfahren wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche

Nachprüfungsantrag wurde ordnungsgemäß vergebührt und entspricht den formalen Kriterien des Paragraph 7, StVergRG.

4.2 Zu Spruchpunkt I. und II. 4.2 Zu Spruchpunkt römisch eins. und römisch zwei.:

Gemäß § 5 Abs 1 StVergRG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung oder bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 5, Absatz eins, StVergRG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung oder bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde von der Antragstellerin das in der Bewerbungsunterlage des Verhandlungsverfahrens unter den Punkten 4.1.1 und 4.1.3 vorgesehene Auswahlkriterium „Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber“ und eventualiter die gesamte Bewerbungsunterlage mit dem unter Punkt 1.1 dargestellten Vorbringen bekämpft.

Zunächst ist festzuhalten, dass Ausschreibungen bzw. Ausschreibungsbestimmungen sowie Bewerbungsunterlagen, die nicht angefochten werden, Bestandskraft erlangen und infolgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote bzw. Teilnahmeanträge sind, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig, nicht erfüllbar und gar vergaberechtswidrig sein sollten (VwGH vom 07.11.2005, ZI. 2003/04/0135; dem folgend für viele BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27, LVwG Steiermark 443.8-1850/2015).

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bietenden nicht mehr möglich (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89). Bei der Erstellung eines Angebotes bzw. gegenständlich eines Teilnahmeantrages sind die Bieter an die Ausschreibung bzw. Bewerbungsunterlage gebunden und dürfen nicht abweichen. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlage bzw. Bewerbungsunterlage darf weder geändert, noch ergänzt werden (BVA 26.09.2009, N/0056-BVA/13/2009-24). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bietenden nicht mehr möglich (vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89). Bei der Erstellung eines Angebotes bzw. gegenständlich eines Teilnahmeantrages sind die Bieter an die Ausschreibung bzw. Bewerbungsunterlage gebunden und dürfen nicht abweichen. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlage bzw. Bewerbungsunterlage darf weder geändert, noch ergänzt werden (BVA 26.09.2009, N/0056-BVA/13/2009-24).

Hinsichtlich der Auslegung der Bestimmungen der Ausschreibungs- bzw. Bewerbungsunterlage ist festzuhalten, dass die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen hat (LVwG Stmk 04.09.2015, GZ: 443.16-1915/2015-31; BVwG 02.07.2014, W1232007789/1; BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1996, 1). Bewerbungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Bestimmungen in der Bewerbungsunterlage an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 19.11.2008, ZI. 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 29.03.2006, ZI.2004/04/0144,0156,0157; ebenso BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; in diesem Sinne etwa auch EUG vom 10.12.2009, Rs T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV gegen EK, Rn. 51 mwN). Die Bedeutung der Bewerbungsunterlage richtet sich weder nach den

Motiven des Auftraggebers noch danach, wie der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) sie subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Bewerbungsunterlage unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Hinsichtlich der Auslegung der Bestimmungen der Ausschreibungs- bzw. Bewerbungsunterlage ist festzuhalten, dass die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen hat (LVwG Stmk 04.09.2015, GZ: 443.16-1915/2015-31; BVwG 02.07.2014, W1232007789/1; BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1996, 1). Bewerbungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Bestimmungen in der Bewerbungsunterlage an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 19.11.2008, Zl. 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 29.03.2006, Zl. 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; in diesem Sinne etwa auch EUG vom 10.12.2009, Rs T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV gegen EK, Rn. 51 mwN). Die Bedeutung der Bewerbungsunterlage richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) sie subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Bewerbungsunterlage unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes).

Gemäß § 2 Z 20 BVergG sind Auswahlkriterien vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegte, nicht diskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmte, unternehmensbezogene Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung erfolgt. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, BVergG sind Auswahlkriterien vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegte, nicht diskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmte, unternehmensbezogene Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung erfolgt.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Im Unterschied zu den Eignungskriterien, die die Mindestanforderungen hinsichtlich der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorgeben, sollen Auswahlkriterien darüber hinausgehend dem Auftraggeber ermöglichen, die Qualität des Bewerbers vertieft zu beurteilen. Dies bedeutet, dass für die Auswahl der Bewerber Anforderungen aus Bereichen herangezogen werden können, welche bereits bei der Prüfung der Eignung von Bedeutung waren, jedenfalls aber einen Rückschluss auf die Qualität des Bewerbers in Bezug auf den konkreten Auftragsgegenstand ermöglichen (vgl. Öhler/Malin in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG § 2 Z 20 lit a Rz 5 ff). Im Unterschied zu den Eignungskriterien, die die Mindestanforderungen hinsichtlich der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorgeben, sollen Auswahlkriterien darüber hinausgehend dem Auftraggeber ermöglichen, die Qualität des Bewerbers vertieft zu beurteilen. Dies bedeutet, dass für die Auswahl der Bewerber Anforderungen aus Bereichen herangezogen werden können, welche bereits bei der Prüfung der Eignung von Bedeutung waren, jedenfalls aber

einen Rückschluss auf die Qualität des Bewerbers in Bezug auf den konkreten Auftragsgegenstand ermöglichen vergleiche Öhler/Malin in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a, Rz 5 ff).

Eine Verpflichtung zur Korrespondierung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ist weder gesetzlich noch unionsrechtlich vorgesehen.

Dem Auftraggeber steht bei der Festlegung der Auswahlkriterien grundsätzlich Ermessen zu. Er hat aber zu beachten, dass – anders als bei den auf einen zukünftigen Auftrag bezogenen Zuschlagskriterien – bei den Auswahlkriterien die Leistung und das Verhalten des Bewerbers bei den bisherigen Auftragserfüllungen in der Vergangenheit zu beurteilen sind um daraus Rückschlüsse für den zu vergebenden Auftrag zu ziehen (Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 4. Auflage (2015) Rz 1432).

Maßgeblich ist, ob von Unternehmen, die die Auswahlkriterien erfüllen, eine Bessererfüllung des Auftrages zu erwarten ist. Auswahlkriterien müssen unternehmerbezogen und auf den Auftragsgegenstand (Leistungsinhalt) abgestimmt sein (BVwG 22.05.2015, W 149 2103724-2; Mayer, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht (2002) 94). Sie müssen einer qualitativ - quantitativen Wertung zugänglich sein, sodass sie ein Unternehmer besser als ein anderer erfüllen kann. Sie sollen somit eine Reihung der Unternehmer mit dem Ziel einer Reduktion ermöglichen. Auswahlkriterien sollen jenen Unternehmer ermitteln, der die beste Erfüllung des Auftrags erwarten lässt. Sie stellen auf die Eigenschaften in der Person des Bewerbers ab und setzen sie in Bezug zum konkret abgefragten Leistungsgegenstand (Mayer, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht (2002) 96).

Maßgeblich ist, ob dadurch eine Bessererfüllung des Auftrages zu erwarten ist.

Auswahlkriterien sollen daher jene Unternehmer ermitteln, die die beste Erfüllung des Auftrags erwarten lassen, das heißt es muss ein Bezug zum konkret abgefragten Leistungsgegenstand bestehen.

Das ergibt für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren:

Gegenständlich soll durch das Ausschreibungsverfahren jener Bieter ermittelt werden, der gemeinsam mit der Auftraggeberin die von der Ausschreibung erfassten abfallwirtschaftlichen Leistungen und Aufgaben im Gemeindegebiet der Auftraggeberin abwickelt. Dabei sollen die ausgeschriebenen Leistungen in einer Projektgesellschaft erbracht werden, an der der Bieter zu 49% beteiligt sein soll. Das von der Antragstellerin bekämpfte Auswahlkriterium unter Punkt 4 der Bewerbungsunterlage bewertet neben der Erfahrung mit Abfalldienstleistungen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit mit einer Gewichtung von 32% die Erfahrung bei der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber.

Es ist daher zu prüfen, ob das in Punkt 4.1.1 bzw. 4.1.3. festgelegte Auswahlkriterium rechtswidrig ist.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass das bekämpfte Auswahlkriterium für alle Bewerber gleichermaßen gilt und auch die Auftraggeberin an ihre Festlegungen gebunden ist. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Neutralität sowie gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung kann daher nicht festgestellt werden.

Auch, weshalb das bekämpfte Auswahlkriterium gegen das Gebot des freien und lauterer Wettbewerbs verstoßen sollte, ist für das Landesverwaltungsgericht nicht nachvollziehbar. Eine Diskriminierung eines Unternehmers ist nur dann anzunehmen, wenn es für die von der Auftraggeberin aufgestellte Unterscheidung bzw. Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Den Schlussanträgen des Generalanwalts Mischo in der Rechtssache C-513/99 Concordia Bus Finland ist Folgendes zu entnehmen:

„Vergleichbare Sachverhalte dürfen nicht unterschiedlich, unterschiedliche Sachverhalte dürfen nicht gleichbehandelt werden, sofern dies nicht objektiv gerechtfertigt ist. Eine Diskriminierung würde also nur dann vorliegen, wenn festgestellt werden könnte, dass das festgelegte Kriterium im Hinblick auf die Art des Auftrags und die Bedürfnisse einer Auftraggeberin objektiv nicht gerechtfertigt war. Alles andere würde eine Auftraggeberin dazu zwingen, bei der Festlegung der Kriterien Rücksicht auf potentielle Bieter zu nehmen. Das ließe aber das Recht einer Auftraggeberin auf freie Wahl der Auftragserteilungskriterien leer laufen.“

Selbiges kann auch für die Auswahlkriterien festgehalten werden. Streicht eine Auftraggeberin ein Auswahlkriterium, weil ein oder mehrere Bieter nicht in der Lage sind, es zu erfüllen, so benachteiligt sie hierdurch jene Bieter, die in der

Lage gewesen wären, das Kriterium zu erfüllen. Dadurch nimmt er ihnen einen Wettbewerbsvorteil. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bzw. des Diskriminierungsverbotes liegt daher dann nicht vor, wenn die unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt werden kann.

Es kann der Auftraggeberin gegenständlich nicht abgesprochen werden, dass es sachlich ist und objektiv gerechtfertigt, abzufragen, ob der Bewerber im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft Dienstleistungen im Bereich Abfallwirtschaft für eine Gemeinde/Stadt oder einen Verband erbracht hat, das heißt über jene Struktur, die im Rahmen des ausgeschriebenen Vorhabens zur Erbringung der Leistung zugrundzulegen sein wird, Bescheid weiß und dies gegebenenfalls positiv (mit 32 von 100 Punkten) zu bewerten. Die gemeinsame Abwicklung der abfallwirtschaftlichen Leistungen und Aufgaben im Gemeindegebiet der Auftraggeberin und der Auftragnehmer im Rahmen einer Projektgesellschaft ist eben gerade Ausschreibungsgegenstand des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Das vorgesehene Auswahlkriterium ist daher konkret auftragsbezogen und steht in Bezug zum konkret abgefragten Leistungsgegenstand.

Ebenso kann das festgelegte Auswahlkriterium, welches mit 32% neben zwei weiteren Auswahlkriterien gewichtet ist, nicht als überschießend erachtet werden.

Nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts Steiermark liegt es in der Beschaffungskompetenz des Auftraggebers festzulegen in welcher Form er die Besorgung der Abfallentsorgung durchführen möchte und spricht nichts dagegen, dass er positive Erfahrungen aus bereits durchgeführten Aufträgen verwertet. Gegen die Festlegung, dass die ausgeschriebene Leistung in Form einer Projektgesellschaft zu erbringen sein wird, an welcher der Auftragnehmer zu 49% beteiligt sein soll, wurde von der Antragstellerin kein Einwand erhoben.

Das gegenständliche Auswahlkriterium wird daher als Fähigkeit zu einer Leistungserbringung und Erfahrung in eben jener Form der Leistungserbringung mit einer Gewichtung von 32% als eines von drei Auswahlkriterien positiv bewertet und bestätigt aus Sicht des Auftraggebers die Erfahrung mit dieser konkreten gesellschaftsrechtlichen Konstruktion, die als intensivste Form des PPP erachtet wird.

Eine unsachliche, überschießende Einengung oder Bevorzugung eines Bewerbers im Sinne einer Zugangshürde für andere Bewerber kann aber vor allem aus dem Grund nicht erkannt werden, weil in Punkt 4.1.1 „Allgemeines“ der Bewerbungsunterlage konkret auch hinsichtlich der festgelegten Auswahlkriterien die Möglichkeit vorgesehen ist, dass sich der Bewerber auch auf Referenzprojekte eines Dritten stützen kann bzw. auch Referenzprojekte angeben kann, die er im Rahmen einer ARGE erbracht hat. Damit könnte sich auch die Antragstellerin, wie auch alle anderen Bewerber, selbst wenn sie bekämpfte Auswahlkriterium nicht selbst erfüllt auf Referenzprojekte eines Dritten stützen. Der Wortlaut ist diesbezüglich eindeutig und ergibt sich daraus der objektive Erklärungswert der Festlegung. Dies gilt im Übrigen auch für die zwei weiteren Auswahlkriterien insbesondere auch für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die von der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 21.06.2016 auch als auf eine bestimmte Bewerberin zugeschnitten und als gemessen am Markt unüblich hoch angesetzt kritisiert wurde. Auch hier kann der Bewerber laut Punkt 4.1.6. einen Dritten namhaft machen und hat der informierte Vertreter der Antragstellerin in der öffentlich mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht angegeben, dass sich diese schon mittels Patronatserklärung auf die Leistungsfähigkeit der Konzernmutter gestützt habe. Betrachtet man den Markt, so zeigt sich, dass es auch regional durchaus Unternehmen im Bereich der Abfallwirtschaft gibt, die in einen europaweit agierenden Konzern eingegliedert sind und ist es somit nicht ausgeschlossen, dass auch diese sich auf Referenzen Dritter berufen können (z.B. .A.S.A AG)

Weiters ist – wie bereits eingangs dargestellt – auf die unterschiedliche Funktion der Eignungs- und Auswahl- bzw. Zuschlagskriterien hinzuweisen (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 4. Auflage (2015) Rz 811ff; Schiefer/Mensdorff-Pouilly, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 4. Auflage (2015) Rz 1431ff). Auswahlkriterien müssen eine abstufende Bewertung der Unternehmensqualität zulassen und soll es dadurch zu einer Einengung des Teilnehmerkreises für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens kommen. Im Gegensatz dazu führt die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums zum zwingenden Ausscheiden des Angebots und sollen Zuschlagskriterien die Ermittlung des – einen – Bestbieters ermöglichen. Anders ist es bei Auswahlkriterien, wo auch die Nichterfüllung eines Kriteriums nicht die Chance nimmt, in den Kreis der Bieter zu kommen.

Gegenständlich ist das bekämpfte Auswahlkriterium mit 32% gewichtet und mag es auch sein, dass – nur – ein Bewerber dieses vollinhaltlich mit der höchsten Punktezahle erfüllen kann. Dies nimmt aber nicht allen anderen

Bewerbern auf Grund der zwei weiteren Auswahlkriterien die Chance in den Kreis der Bieter zu kommen und damit noch eine uneingeschränkte, realistische Chance auf den Zuschlag zu haben. Das Auswahlkriterium stellt somit keine absolute Beschränkung dar und ist es auf Grund der Gewichtung auch nicht überwiegend. Es handelt sich dabei eben um kein Musskriterium sondern um ein Kriterium, das in einem System von drei Kriterien Punkte ermöglicht. Selbst wenn der Bewerber somit gar keine Erfahrung mit der Durchführung von PPP-Projekten zur Erbringung von abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen im Rahmen einer gemeinsamen Gesellschaft mit einem öffentlichen Auftraggeber hat – wobei auf die Möglichkeit der Substitution ausdrücklich hingewiesen wird-, führt dies nicht dazu, dass er damit von vornherein nicht mehr berücksichtigt wird, sondern bekommt er eben entsprechend weniger Punkte bei der Bewertung und Auswahl des Bewerbers.

Ein Auswahlkriterium – in einem Gesamtsystem von Auswahlkriterien - kann nicht deshalb als rechtswidrig zu erachten sein, weil es vermutlich – nur – ein Bieter zur Gänze erfüllt, wobei auf die Möglichkeit der Substitution nach Punkt 4.1.1 der Ausschreibungsunterlage ausdrücklich hingewiesen wird.

Wollte man nur Auswahlkriterien als zulässig erachten, die von vielen Bietern oder gar von allen erfüllt werden, wäre der Zweck der Auswahlkriterien, dem Auftraggeber eine Auswahl im Sinne einer Reduktion der Bewerber zu ermöglichen, ad absurdum geführt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass den Anträgen der Antragstellerin nicht gefolgt werden konnte und das Auswahlkriterium nicht als rechtswidrig erachtet wird.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Punkt III:

Gemäß § 29 StVergRG haben vor den Landesverwaltungsgerichten – wenn auch nur teilweise – obsiegende Antragstellerinnen/Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 28 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin/den Auftraggeber. Die Antragstellerin/der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn sie/er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Abs 2 leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 29, StVergRG haben vor den Landesverwaltungsgerichten – wenn auch nur teilweise – obsiegende Antragstellerinnen/Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 28, entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin/den Auftraggeber. Die Antragstellerin/der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn sie/er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Absatz 2, leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht durchgedrungen ist, hat sie gemäß § 29 StVergRG die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen, wobei die von der Antragstellerin zu viel entrichtete Gebühr in der Höhe von

€ 800,00 von Seiten des Landesverwaltungsgerichts refundiert wird. Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht durchgedrungen ist, hat sie gemäß Paragraph 29, StVergRG die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen, wobei die von der Antragstellerin zu viel entrichtete Gebühr in der Höhe von , € 800,00 von Seiten des Landesverwaltungsgerichts refundiert wird.

Zu Punkt IV.:Zu Punkt römisch vier.:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des , Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche

Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Verhandlungsverfahren, Dienstleistungsauftrag, Abfallentsorgung, Ausschreibung, PPP-Projekt, Auswahlkriterien, gemeinsame Gesellschaft, Auftraggeber, Gleichbehandlung, Sachlichkeit, Referenzprojekte, ARGE

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGST:2016:LVwG.443.16.1280.2016

Zuletzt aktualisiert am

27.10.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwg Steiermark, <http://www.lvwg-stmk.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at