

TE Vwgh Erkenntnis 2004/6/30 2000/04/0046

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.06.2004

Index

E6A;
L72002 Beschaffung Vergabe Kärnten;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;

Norm

62001TJ0040 Scan Office Design;
LVergG Krnt 1997 §11 Z10;
LVergG Krnt 1997 §12 Abs1;
LVergG Krnt 1997 §77 Abs2;
LVergG Krnt 1997 §83 Abs1 Z2;
LVergG Krnt 1997 §83 Abs4;
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer sowie Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler und Dr. Bayjones als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Siegl, über die Beschwerde der K Entsorgungs-Vermittlungs GmbH in Klagenfurt, vertreten durch Dr. Gerhard Fink, Dr. Peter Bernhart und Dr. Bernhard Fink, Rechtsanwälte in 9020 Klagenfurt, Bahnhofstraße 5, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten vom 19. Jänner 1999, Zl. KUVS-K2- 1411/15/98, betreffend Nachprüfungsverfahren nach dem Kärntner Auftragsvergabegesetz (mitbeteiligte Partei: Bietergemeinschaft T Abfallplanungs-GmbH in K, F GmbH Entsorgungsmanagement in E, F Technologie-Import von Kabelverlegungsmaschinen GmbH in E), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird im Umfang seiner Spruchpunkte II. und III. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Das Land Kärnten hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid wurde spruchgemäß wie folgt abgesprochen:

"Der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten, Kammer 2, hat

durch ... über die von der Bietergemeinschaft T

Abfallplanungs GesmbH, ..., F GmbH Entsorgungsmanagement, ...,

F Technologie-Import von Kabelverlegemaschinen GmbH, ..., vertreten durch Dr. ..., eingebrachten Anträge, die im Vergabeverfahren der Auftraggeberin K Entsorgungsvermittlungs GmbH, ..., vertreten durch Dr. ..., betreffend die am 17.11.1997 ausgeschriebene Dienstleistung thermische Abfallbehandlung des Landes Kärnten, Planung, Errichtung, Finanzierung, Betrieb einer thermischen Abfallbehandlungsanlage ergangenen Entscheidungen der Auftraggeberin, enthalten in dem von der E AG gezeichneten Schreiben vom 11.9.1998, nämlich

1. die Änderung der in der Ausschreibung sowie in der Vergabeempfehlung vom 25.5.1998 bekannt gegebenen Vergabekriterien einschließlich der hierfür maßgeblichen Punktezahlen und Gewichtung;
 2. die Einräumung der Möglichkeit zur Änderung von Emissionswerten an die Bieter;
 3. die Einräumung der Möglichkeit Ergänzungen zu den Bewertungskriterien Technik mit nachprüfbaren Referenzen nachreichen zu können;
 4. die Einräumung der Möglichkeit zur Änderung des Behandlungsentgelts an die Bieter
- für nichtig zu erklären,

gemäß §§ 80, 81 und 83 Kärntner Auftragsvergabegesetz 1997 - K-VergG 1997 idF der Wiederverlautbarung LGBl. 65/1997, zu Recht erkannt:

I. Der oben unter 1. bezeichnete Antrag wird als unbegründet abgewiesen.

II. Dem oben unter 2. bezeichneten Antrag wird stattgegeben

und gemäß § 83 Abs. 4 K-VergG 1997 festgestellt:

Die Auftraggeberin hat die Bestimmungen des K-VergG 1997 dadurch verletzt, indem sie nach Veröffentlichung sämtlicher auf Grund der Angebotslegung erstellten Wertungsergebnisse (Vergabeempfehlung vom 25.5.1998), nach denen die Antragsteller als Bestgereichte hervorgingen, den Bietern die Möglichkeit zur Verbesserung der bisher angebotenen Emissionswerte eingeräumt hat, welche Vorgangsweise den Mitbietern entgegen dem Grundsatz des lauterer Wettbewerbes (§ 12 Abs. 1 leg cit) ein Unterbieten des von den Antragstellern gelegten Angebotes ermöglichte und somit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein konnte.

III. Dem oben unter 3. bezeichneten Antrag wird stattgegeben

und gemäß § 83 Abs. 4 K-VergG 1997 festgestellt:

Die Auftraggeberin hat die Bestimmungen des K-VergG 1997 dadurch verletzt, indem sie nach Veröffentlichung sämtlicher auf Grund der Angebotslegung erstellten Wertungsergebnisse (Vergabeempfehlung vom 25.5.1998), nach denen die Antragsteller als Bestgereichte hervorgingen, den Bietern die Möglichkeit eingeräumt hat, Ergänzungen zu dem Bewertungskriterium Technik mit entsprechenden Referenzen nachreichen zu können, welche Vorgangsweise den Mitbietern entgegen dem Grundsatz des lauterer Wettbewerbes (§ 12 Abs. 1 leg cit) ein Unterbieten ermöglichte und somit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein konnte.

IV. Der oben unter 4. bezeichnete Antrag wird als unbegründet abgewiesen."

Zur Begründung heißt es auszugsweise:

"...

Die Antragsteller beteiligten sich als Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren der Auftraggeberin K Entsorgungsvermittlungs GmbH für die Dienstleistung der thermischen Abfallbehandlung des Landes Kärnten auf Grund der Ausschreibung vom 17.11.1997 und der vorangegangenen Bekanntmachung dieses Verhandlungsverfahrens vom 1.10.1997 bzw. 20.10.1997 (Beilagen .1 bis .3 zum Antrag vom 16.10.1998). Gegenstand der Ausschreibung war die Planung, Errichtung, Finanzierung und der Betrieb einer Anlage zur thermischen Behandlung von Restabfällen auf einem durch den Bieter bereitzustellenden, genehmigungsfähigen Anlagenstandort, wobei sich die Auftraggeberin eine angemessene Beteiligung an der Errichtungs- und Betreibergesellschaft vorbehalten hat (Punkt 3.1 der Ausschreibung). Die Auftraggeberin ist eine im Firmenbuch des Landesgerichtes Klagenfurt eingetragene inländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Gesellschafter sind die

Abfallwirtschaftsverbände von Klagenfurt, Villach, Völkermarkt, Spittal/Drau, Westkärnten und Wolfsberg (Firmenbuchauszug). Die Antragsteller wurden als Bietergemeinschaft nach abgeschlossener Prüfung der Eignungskriterien von der Auftraggeberin eingeladen, die betreffende Dienstleistung anhand der angeschlossenen Ausschreibung anzubieten. Eine solche Einladung erging auch an drei weitere Bewerber (A, H, K). Die Angebotsfrist endete mit 14.3.1998 (Postaufgabestempel). Die abgegebenen Angebote wurden im Auftrag der Auftraggeberin durch die E AG, Z, geprüft. Mit Schreiben vom 25.5.1998 übergab die E AG der Auftraggeberin die Wertung der eingelangten Offerte und unterbreitete eine Vergabeempfehlung (Beilage ./5 zum Antrag vom 16.10.1998). Am 26.5.1998 wurde diese Vergabeempfehlung von der Geschäftsführung der Auftraggeberin der Kärntner Landesregierung und der Öffentlichkeit in einer Pressekonferenz präsentiert. In dieser Vergabeempfehlung sind die Antragsteller als Bestbieter für die Auftragserteilung empfohlen worden. Die Vergabeempfehlung enthält Angaben über die Wertungsergebnisse hinsichtlich der Vergabekriterien 'Umwelt und Energie', 'Betrieb und Technik' sowie 'Kosten' für alle Bieter. Eine gesonderte Bewertung der jeweils angebotenen Standorte wurde dabei nicht vorgenommen (Zeuge ...). Weiters enthält die Vergabeempfehlung das von den Antragstellern und der Mietbieterin K angebotene Behandlungsentgelt (Vergabeempfehlung vom 25.5.1998). In dieser veröffentlichten Vergabeempfehlung ist weiters festgehalten, dass bei der Bewertung und Gewichtung der Angebote von den vom Fachbeirat anlässlich einer Sitzung vom 4.12.1996 beschlossenen Kriterien ausgegangen wurde, wie folgt:

1.1. Umwelt und Energie

Höchstwert

Punkte

Gewichtung

22

40 %

-

Abgase

-

Abwasser/Abluft

-

Produkte

-

Verwertbare Reststoffe

-

Reststoffe zur Entsorgung

-

Energie

1.2. Betrieb und Technik

Höchstwert

Punkte

Gewichtung

23

30 %

-

Entwicklungsstand/Sicherheit/Referenzen

-

Betrieb/Verfügbarkeit

-

Entsorgungssicherheit/Verfahrensqualität

1.3. Kosten

Höchstwert

Punkte

Gewichtung

35

30 %

-

Behandlungsentgelt

-

Personal

-

Betriebsmittel

-

Entsorgungskosten'

Laut Ausschreibung hatte die Prüfung der Angebote in zwei Stufen zu erfolgen. Bei einer Vorprüfung waren Angebote auszuschneiden, die nicht den im Leistungsverzeichnis aufgeführten Anforderungen entsprechen. Die bei der Vorprüfung ausgewählten Angebote waren danach der Hauptprüfung zu unterziehen, wobei eine Gegenüberstellung und Beurteilung nach nachstehenden Kriterien vorgesehen war:

'3.3.1. Umweltrelevante Kriterien

* Qualität der Reststoffe und Rückstände

* Einfluss auf Luft und Wasser

* Energierückgewinnung und Verwertung

* Standort und Verkehrsanbindung

3.3.2. Wirtschaftliche Kriterien

* Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Anlage * Behandlungsentgelt

3.3.3. Eignungskriterien des Bieters

* Erfahrung

* Fachtechnische und organisatorische Fähigkeiten

* Bonität

* Referenzen

* Angebotene Garantien

Mit Schreiben vom 11.9.1998 hat die E AG im Auftrag der Auftraggeberin den Antragstellern bekannt gegeben, dass sie in ihrer Gesellschafterversammlung vom 12.8.1998 beschlossen habe, das Vergabeverfahren zu einem Abschluss zu führen. Dieses Schreiben hat nachstehenden Inhalt:

'Der vom Land Kärnten in der Regierungssitzung am 16.06.1998 gewünschte Standort Arnoldstein ist leider in eine politische Diskussion gekommen. Somit sind für eine abschließende Bewertung entsprechende Bewertungskriterien der angebotenen Standorte mit einzubeziehen. Ferner sind die in der Zwischenzeit geäußerten Einwendungen zu der Bewertung, Präsentation vom 26.05.1998, zu berücksichtigen.

Um weitere Diskussionen und allfällige Missverständnisse zu vermeiden, haben wir alle Bewertungskriterien auf einer Liste zusammengestellt. Die jeweilige Gewichtung ist darauf aufgeführt,

* Bewertungskriterien Umwelt (Total 32 Punkte) -> Gewichtung 40

inkl. Bewertungskriterien Standort

* Bewertungskriterien Technik (Total 23 Punkte)

-> Gewichtung 30 %

* Bewertungskriterien Kosten (Total 35 Punkte) -> Gewichtung 30 %

Wir bitten Sie, die beiliegenden Listen mit den eingesetzten Werten entsprechend Ihrer Angebote zu prüfen, wo nötig zu korrigieren und mit Datum und Unterzeichnung zu bestätigen.

Für die Bewertungskriterien Umwelt sind die Garantiewerte (Werte) gemäß Angebot vom 14.03.1998 eingesetzt. Allfällige Korrekturen dieser Werte sind mit klaren, nachvollziehbaren technischen Begründungen schriftlich abzugeben. Änderungen der Emissionswerte sind mit Messwerten vergleichbarer Anlagen zu belegen.

Die Bewertungskriterien Standort wurden auf Grund der vorliegenden Untersuchungen der A Restabfallbehandlung Kärnten (Bericht Juni 96) sowie einer gemeinsamen Begehung (E/K) der jeweiligen Standorte vorgenommen.

Ergänzungen zu den Bewertungskriterien Technik sind schriftlich mit nachprüfbaren Referenzen einzureichen.

Das jeweilige Behandlungsentgelt mit den verlangten Angaben über die Entsorgungskosten und die Vergütungskosten wird als abschließendes Verhandlungsergebnis betrachtet. Bei den Entsorgungskosten sind sämtliche, derzeit geltenden Abgaben, Steuern und Taxen einzurechnen.

Die vollständigen Listen sind unterzeichnet mit Datum bis spätestens

- Freitag, 18.09.1998, 18:00 Uhr -

an E AG, Fstraße 47; Z, einzureichen.

Wir danken Ihnen für Ihr Verständnis und Ihre Bemühungen und erwarten Ihre abschließenden Angaben zum festgelegten Termin.'

Ein inhaltsgleiches Schreiben wurde mit gleichem Datum an die übrigen Bieter mit ihren jeweiligen Angebotsdaten zugemittelt (Zeugenaussage P).

Die Antragsteller haben mit Schreiben vom 25.9.1998 die Auftraggeberin davon verständigt, dass für den Fall, dass die zu erstellende Vergabeempfehlung auf Grundlage unzulässig geänderter Bewertungskriterien oder einer Ungleichbehandlung der Bieter bzw. Verletzung des Transparenzgebotes erfolgen sollte, beabsichtigt sei, ein Nachprüfungsverfahren nach dem Kärntner Auftragsvergabegesetz einzuleiten. Dieses Schreiben hat nachstehenden Inhalt:

'Mit Schreiben vom 11.9.1998, eingegangen am 14.9.1998, hat die E AG meiner Mandantin 'Bietergemeinschaft T' bekannt gegeben, dass bei der abschließenden Bewertung der Angebote beim Bewertungskriterium Umwelt insgesamt 32 Punkte erreicht werden können. Bisher waren (laut Vergabeempfehlung vom 26.5.1998) hierfür 22 Punkte erreichbar.

Weiters ist es laut dem Schreiben vom 11.9.1998 möglich, die Garantiewerte der Angebote für Emissionen, Reststoffe, Energie ect. zu verändern und Ergänzungen zum Bewertungskriterium Technik einzureichen. Ob auch das jeweilige Behandlungsentgelt noch geändert werden konnte, geht aus dem Schreiben nicht deutlich hervor.

Ich weise darauf hin, dass K die Kriterien für die Auswahlentscheidung sowohl in der Ausschreibung als auch in der Vergabeempfehlung vom 26.5.1998 ausdrücklich bekannt gegeben hat. Es wäre unzulässig, nunmehr andere (zusätzliche) Kriterien heranzuziehen. Auch darf die Gewichtung der 'Kriteriengruppen' nicht während des laufenden Vergabeverfahrens verändert werden. Es muss der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter sowie der Grundsatz der Transparenz im Vergabeverfahren stets gewahrt bleiben.

Weiters weise ich darauf hin, dass bei der Auswahl der entscheidenden Bewertungskriterien in der Phase der Bewertung der Zuschlagskriterien nicht mehr auf solche Kriterien zurückgegriffen werden darf, die in der Phase der Prüfung der Leistungsfähigkeit herangezogen wurden.

Namens meiner Mandantin muss ich höflich darauf hinweisen, dass für den Fall, dass die nunmehr erstellte Vergabeempfehlung auf Grundlage unzulässig geänderter Bewertungskriterien oder einer Ungleichbehandlung der Bieter bzw. Verletzung des Transparenzgebotes erfolgen sollte, beabsichtigt ist, ein Nachprüfungsverfahren nach dem Kärntner Auftragsvergabegesetz 1997 einzuleiten.

Wir bitten Sie höflich um Bestätigung, dass eine derartige, den rechtlichen Grundlagen des Vergabeverfahrens nicht entsprechende Vorgangsweise bei der Erstellung der Vergabeempfehlung bzw. bei der Vergabe nicht beabsichtigt ist.'

Dieses Schreiben ist der Auftraggeberin am 25.9.1998 per Telefax zugegangen (Äußerung der Auftraggeberin vom 21.10.1998, Punkt 5. auf Seite 5). Eine Beantwortung dieses Schreibens ist nicht erfolgt. Der vorliegende Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens wurde am 16.10.1998 zur Post gegeben und ist am 19.10.1998 beim erkennenden Senat eingelangt.

Im Oktober 1998 hat die E AG der Auftraggeberin den endgültigen Offertprüfungs- und Beurteilungsbericht vorgelegt und in diesem empfohlen, den Dienstleistungsvertrag mit der K Restmüll-VerwertungsgmbH abzuschließen. Der Zuschlag an die K wurde am 27.10.1998 erteilt. Die Bewertung der Angebote erfolgte durch die E AG unter Zugrundelegung der im Schreiben vom 11.9.1998 bekannt gegebenen Bewertungskriterien und deren Gewichtung. Die Bewertung erfolgte unter Zugrundelegung der bereits bei der Vergabeempfehlung vom 25.5.1998 berücksichtigten Angebotsdaten. Eine Änderung ist dabei insofern erfolgt, als zusätzlich eine Bewertung der angebotenen Standorte vorgenommen und das Bewertungskriterium Behandlungsentgelt durch das Differenzentgelt ersetzt wurde (Offertprüfungs- und Beurteilungsbericht Oktober 1998, Zeugenaussage P).

Durch die Heranziehung des Differenzentgeltes als Beurteilungskriterium kam es zu einer Verschiebung der Bieterreihung, enthalten in der Vergabeempfehlung vom 25.5.1998. Ohne Heranziehung des Differenzentgeltes wäre es beim Ergebnis der Vergabeempfehlung vom 25.5.1998 geblieben. Auch unter Berücksichtigung und Bewertung des Standortes wären die Antragsteller noch immer mit 0,6 Punkten vor der Mitbieterin K gelegen (Zeuge P).

...

Zu Spruchpunkt I.:

Unter Hinweis auf die obigen Feststellungen ist davon auszugehen, dass eine Bewertung der Standorte bereits in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen war (Punkt 3.3.1 der Ausschreibung - umweltrelevante Kriterien). Bei der Erstellung der Vergabeempfehlung vom 25.5.1998 wurde jedoch davon abweichend eine gesonderte Bewertung der jeweils angebotenen Standorte nicht vorgenommen. Die Ausschreibung selbst enthält keine Angabe hinsichtlich der Gewichtung der Bewertungskriterien nach Prozentsätzen und auch keine näheren Angaben betreffend die vorzunehmende Bewertung der einzelnen Positionen. So gesehen kann nun aber in der im Schreiben vom 11.9.1998 erfolgten Mitteilung der Gewichtung der einzelnen Bewertungskriterien unter Angabe der jeweils zu erzielenden Punkte und dem weiteren Hinweis darauf, dass im Rahmen des Bewertungskriteriums Umwelt auch der Standort berücksichtigt wird, eine unzulässige Änderung der Vergabekriterien nicht erblickt werden. Da das der Auftraggeberin zuzurechnende Schreiben der E AG vom 11.9.1998 somit die von den Antragstellern behauptete Entscheidung (Änderung der in der Ausschreibung sowie in der Vergabeempfehlung vom 25.5.1998 bekannt gegebenen Vergabekriterien einschließlich der hierfür maßgeblichen Punktezahlen und Gewichtung) nicht enthält, war das Begehren als unbegründet abzuweisen.

Zu den Spruchpunkten II. und III.:

Für die Auswahl des Bestbieters wurde gegenständlich das Verhandlungsverfahren nach vorheriger öffentlicher Bekanntmachung gewählt. Im Unterschied zum offenen und nicht offenen Verfahren hat der Auftraggeber im

Verhandlungsverfahren zwar die Möglichkeit, nach Ende der Angebotsfrist Verhandlungen über die Auftragsbedingungen, dh. über die technischen und finanziellen Konditionen des Auftrages, zu führen. Mangels eines strengen Korsetts für den Ablauf des Verhandlungsverfahrens kommt jedoch den Grundsätzen des Vergabeverfahrens eine besondere Bedeutung zu. Dabei sind nicht nur die in § 12 K-VergG 1997 aufgezählten Allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens, sondern darüber hinaus auch die aus dem Gemeinschaftsrecht erfließenden Vergabegrundsätze zu berücksichtigen.

In der Vergabeempfehlung vom 25.5.1998 waren Angaben über die Wertungsergebnisse hinsichtlich sämtlicher Vergabekriterien enthalten. Aus diesen veröffentlichten Angaben war daher für jeden Bieter ersichtlich, an welcher Stelle sein Angebot bei der Bewertung bisher gereiht ist und wie er sich daher durch Änderungen bei den jeweiligen Kriterien in der Reihung verbessern kann. Die Antragsteller gingen aus dieser Vergabeempfehlung als Bestgereichte hervor. Indem nach der erfolgten Veröffentlichung sämtlicher auf Grund der Angebotslegung erstellten Wertungsergebnisse den Bietern die Möglichkeit eingeräumt wurde, ihre bisher bekannt gegebenen Emissionswerte zu verbessern und Ergänzungen zum Bewertungskriterium Technik mit entsprechenden Referenzen nachreichen zu können, hat die Auftraggeberin den Mitbietern gleichsam entgegen dem Grundsatz des lautereren Wettbewerbes ein Unterbieten des von den Antragstellern gelegten Angebotes ermöglicht, welche Entscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein konnte.

Da die Zuschlagserteilung bereits am 27.10.1998 erfolgte, kam die beantragte Nichtigerklärung dieser Entscheidungen nicht mehr in Betracht und oblag dem erkennenden Senat lediglich eine Feststellung darüber, ob die behaupteten Rechtsverletzungen gemäß § 83 Abs. 1 K-VergG 1997 vorliegen (§ 83 Abs. 4 leg cit).

Zu Spruchpunkt IV.:

Die Antragsteller gehen davon aus, dass die Auftraggeberin den Bietern mit Schreiben vom 11.9.1998 die Möglichkeit zur Änderung des Behandlungsentgelts eingeräumt hat. Sie beziehen sich dabei auf den Inhalt des genannten Schreibens. Einer solche Auslegung kann jedoch durch den erkennenden Senat nicht beigetreten werden, wird darin nämlich ausdrücklich ausgeführt, dass das jeweilige Behandlungsentgelt mit den verlangten Angaben über die Entsorgungskosten und die Vergütungskosten als abschließendes Verhandlungsergebnis betrachtet wird. Die Antragsteller räumen zudem selbst ein, dass diese Möglichkeit aus dem Schreiben nicht eindeutig hervorgeht. Dass den Bietern eine solche Möglichkeit eingeräumt wurde, ist im Verfahren nicht hervorgekommen. Bei diesem Ergebnis kann es dahingestellt bleiben, dass seitens der Mitbieter - folgt man dem Vorbringen der Antragsteller - in weiterer Folge niedrigere Behandlungsentgelte angeboten wurden.

Erläuternd ist noch festzuhalten, dass in diesem Zusammenhang die Rechtmäßigkeit der nachträglichen Auswechslung des Bewertungskriteriums Behandlungsentgelt durch das Bewertungskriterium Differenzentgelt vom erkennenden Senat unter Bedachtnahme auf die durch die Antragstellung eingeschränkte Entscheidungsbefugnis nicht zu prüfen war.

Da somit eine Entscheidung mit dem von den Antragstellern behaupteten Inhalt nicht ergangen ist bzw. eine diesbezügliche Feststellung auf Grund der Ergebnisse des durchgeführten Beweisverfahrens nicht getroffen werden konnte, war das Begehren als unbegründet abzuweisen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde. Die beschwerdeführende Partei erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht auf "Unterlassen einer Feststellung gemäß § 83 (4) Kärntner Auftragsvergabegesetz verletzt und machen als Aufhebungsgrund die teilweise Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, nämlich in Punkt II. und III. seines Spruches, geltend. Die Punkte I. und IV. des Spruches bleiben ausdrücklich unbekämpft".

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor; von der Erstattung einer Gegenschrift wurde Abstand genommen. Die mitbeteiligte Partei brachte eine Gegenschrift ein.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 11 Z. 10 des im Beschwerdefall noch anzuwendenden Kärntner Auftragsvergabegesetzes 1997 - K-VergG 1997, LGBL. Nr. 65, in der Fassung vor der Novelle LGBL. Nr. 23/1999, ist ein Verhandlungsverfahren ein Verfahren, in dem mit einem oder mehreren vom Auftraggeber ausgewählten Unternehmen über den Auftragsinhalt verhandelt wird.

Nach § 12 Abs. 1 K-VergG 1997 sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Gesetz vorgesehenen Verfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

Nach § 41 Abs. 1 K-VergG 1997 sind Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und den Bietern über eine Änderung der Angebote, insbesondere über Änderungen des Leistungsinhaltes sowie über Preise und Preisnachlässe, während des offenen oder des nicht offenen Verfahrens unzulässig.

§ 77 Abs. 2 K-VergG lautet auszugsweise:

"2) Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren unter der Voraussetzung, dass der Auftraggeber die beabsichtigte Vergabe öffentlich bekannt macht, vergeben werden, wenn

1. ein durchgeführtes offenes oder nicht offenes Verfahren keine für den Auftraggeber nach diesem Gesetz geeigneten Angebote erbracht hat und die ursprünglichen Bedingungen für den Dienstleistungsauftrag nicht grundlegend geändert werden, oder

2. es sich um Dienstleistungsaufträge handelt, deren Eigenheiten eine globale Preisgestaltung nicht ermöglichen oder wenn die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine solche verhindern, oder

3. wenn die zu erbringenden Dienstleistungen, insbesondere geistig-schöpferische Dienstleistungen und Dienstleistungen der Kategorie 6 der Anlage 2, dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes in Übereinstimmung mit den Vorschriften über offene und nicht offene Verfahren vergeben zu können.

..."

Gemäß § 80 Abs. 1 K-VergG 1997 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines Vertrages im Sinne des § 1 Abs. 5 mit einem Auftraggeber behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Über einen solchen Antrag entscheidet der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten.

§ 81 Abs. 1 K-VergG 1997 bestimmt, dass die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nur vor erfolgter Zuschlagserteilung und nur dann zulässig ist, wenn der betreffende Unternehmer den Auftraggeber von der behaupteten Rechtswidrigkeit und von der beabsichtigten Nachprüfung binnen zwei Wochen nach Kenntnis der behaupteten Rechtswidrigkeit nachweislich verständigt hat und der Auftraggeber nicht innerhalb einer Woche nach Erhalt der Mitteilung die behauptete Rechtswidrigkeit beseitigt hat. Der Auftraggeber darf innerhalb von vier Wochen ab der Verständigung bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen, es sei denn, dass vor Ablauf dieser Frist eine gütliche Einigung zustande kommt.

Nach § 81 Abs. 2 K-VergG 1997 ist ein Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens binnen zwei Wochen nach Ablauf der dem Auftraggeber nach Abs. 1 zur Verfügung stehenden Frist zur Behebung der Rechtswidrigkeit beim Unabhängigen Verwaltungssenat einzubringen.

§ 83 Abs. 1 K-VergG 1997 bestimmt, dass eine im Zug eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären ist, wenn

1. diese im Widerspruch zu den Bestimmungen dieses Gesetzes oder einer auf Grundlage dieses Gesetzes ergangenen Verordnung steht und

2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Nach Abs. 4 dieser Gesetzesstelle kommt nach erfolgter Zuschlagserteilung eine Nichtigklärung nicht mehr in Betracht. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat jedoch festzustellen, ob eine behauptete Rechtsverletzung gemäß Abs. 1 vorliegt.

Nach § 84 Abs. 5 erster Satz K-VergG 1997 sind Schadenersatzansprüche nach diesem Gesetz durch Klage bei Gericht geltend zu machen.

Vorweg ist festzuhalten, dass das K-VergG 1997 - abweichend von den anderen Vergabenachprüfungsgesetzen - einen Nachprüfungsantrag auf Feststellung nach Zuschlagserteilung nicht kennt, sondern die Nachprüfungsbehörde zu einer Feststellung (nach Zuschlagserteilung) nur nach § 83 Abs. 4 zuständig ist, wenn der Antrag bereits vor erfolgter Zuschlagserteilung eingebracht wurde. Bestimmt doch § 81 Abs. 1 erster Satz (u.a.), dass die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nur vor erfolgter Zuschlagserteilung zulässig ist; damit korrespondiert auch die systematische Stellung der Feststellungskompetenz der Nachprüfungsbehörde (nach Zuschlagserteilung) im mit "Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers" überschriebenen § 83 K-VergG 1997. Diese Voraussetzung ist im Beschwerdefall auch erfüllt, weil der verfahrensgegenständliche Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens am 16. Oktober 1998 zur Post gegeben wurde (und am 19. Oktober 1998 bei der belangten Behörde eingelangt ist), der Zuschlag aber (erst) am 27. Oktober 1998 erteilt wurde.

In der Sache wird von der beschwerdeführenden Partei gar nicht bestritten, dass auch in einem Verhandlungsverfahren wie dem vorliegenden die Grundsätze des § 12 Abs. 1 K-VergG 1997 gelten. Diese Verfahrensart räumt dem Auftraggeber einen Spielraum für Verhandlungen ein (vgl. das Urteil des Gerichtes erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 28. November 2002, Rs T-40/01, Scan Office Design SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften), ändert aber (zunächst) nichts daran, dass der Auftraggeber, wie es im vorgenannten Urteil des Gerichtes erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften heißt, "dafür Sorge (zu) tragen (hat), dass die Bedingungen der Verdingungsunterlagen, die er aus freien Stücken als zwingend eingestuft hat, eingehalten werden". Davon, dass dies hier nicht der Fall sei, ist die belangte Behörde aber eben nicht ausgegangen. Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt gerade darin, dass nach der Begründung des Spruchpunktes I. die belangte Behörde in der (ersten) "Vergabeempfehlung" - dass es sich dabei um eine als "Vergabeentscheidung" zu wertende Entscheidung des Auftraggebers gehandelt hätte, wird von den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gar nicht behauptet - (sogar) ein Abweichen von der Ausschreibung sah, weil in dieser (ersten) "Vergabeempfehlung" eine gesonderte Bewertung der jeweils angebotenen Standorte nicht vorgenommen worden sei. Die belangte Behörde ist also (und zwar offenkundig auch hinsichtlich der Spruchpunkte II. und III.) davon ausgegangen, dass erst die (zweite) "Vergabeempfehlung" ausschreibungskonform war.

Wenn nun die beschwerdeführende Partei meint, es sei den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprochen worden, weil allen Bietern die Möglichkeit von Nachbesserungen im Bereich Technik und Emissionen eingeräumt worden sei und es im Interesse einerseits aller Bieter und andererseits des Auftraggebers gewesen sei, möglichst geringe Emissionswerte und eine möglichst einwandfreie Technik zu gewährleisten, so wird übergangen, dass im angefochtenen Bescheid darauf abgestellt wird, dass nach der erfolgten Veröffentlichung sämtlicher auf Grund der Angebotslegung erstellten Wertungsergebnisse den Bietern die Möglichkeit eingeräumt wurde, ihre bisher bekannt gegebenen Emissionswerte zu verbessern und Ergänzungen zum Bewertungskriterium Technik mit entsprechenden Referenzen nachreichen zu können, und deshalb von der belangten Behörde eine Verletzung des Grundsatzes des lautereren Wettbewerbes durch Ermöglichung des Unterbietens des von den Antragstellern gelegten Angebotes erblickt wurde.

Die beschwerdeführende Partei ist aber im Ergebnis im Recht, wenn sie vorbringt, selbst bei der Möglichkeit des "Unterbietens" sei noch nicht dargelegt und erklärt, weshalb dies für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gewesen sei, zumal die Auftraggeber die Angebote unter Zugrundelegung der bereits in der Vergabeempfehlung vom 25. Mai 1998 berücksichtigten Angebotsdaten bewertet hätten. Dies sei auch aus dem im Akt erliegenden Offertprüfungs- und Beurteilungsbericht der E AG vom Oktober 1998 eindeutig und bestimmt zu entnehmen.

Hinsichtlich der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 83 Abs. 1 Z. 2 in Verbindung mit Abs. 4 K-VergG 1997 erschöpft sich die Begründung des angefochtenen Bescheides darin, dass die "Entscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein konnte". Weshalb dadurch, dass (wovon die belangte Behörde ausgeht) nach erfolgter Veröffentlichung sämtlicher Wertungsergebnisse den Bietern die Möglichkeit zur Verbesserung ihrer bisher bekannt gegebenen Emissionswerte und Ergänzungen zum Bewertungskriterium Technik mit entsprechenden Referenzen eingeräumt wurde und deshalb ein Unterbieten des von der mitbeteiligten Partei gelegten Angebotes ermöglichte, wird nicht (näher) dargelegt. Durch diese Begründungslücke ist der

Verwaltungsgerichtshof aber gehindert, den angefochtenen Bescheid auf seine diesbezügliche Rechtsrichtigkeit zu überprüfen.

Der angefochtene Bescheid war somit im bekämpften Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 30. Juni 2004

Schlagworte

Begründung Begründungsmangel

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2004:2000040046.X00

Im RIS seit

18.08.2004

Zuletzt aktualisiert am

23.12.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at