

TE Vwgh Erkenntnis 2003/8/8 2001/04/0166

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.08.2003

Index

L72004 Beschaffung Vergabe Oberösterreich;

Norm

LVergG OÖ 1994 §1 Z4 ;
LVergG OÖ 1994 §10 Abs1;
LVergG OÖ 1994 §11 Abs1;
LVergG OÖ 1994 §11 Abs2;
LVergG OÖ 1994 §11 Abs5;
LVergG OÖ 1994 §11 Abs6;
LVergG OÖ 1994 §29 Abs1;
LVergG OÖ 1994 §29;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Gruber, Dr. Stöberl, Dr. Blaschek und Dr. Rigler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde des Landes Oberösterreich, vertreten durch Saxinger, Chalupsky, Weber & Partner, Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Europaplatz 7, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 23. Juli 2001, Zl. VwSen-550037/35/Gu/Pr, betreffend Nachprüfung eines Vergabeverfahrens (mitbeteiligte Partei: APK Pensionskasse Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch Dr. Karl Bollmann, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Weihburggasse 9), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Das Land Oberösterreich hat der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 23. Juli 2001 wurde über Antrag der mitbeteiligten Partei festgestellt, dass der Ausschluss der mitbeteiligten Partei vom Verhandlungsverfahren infolge Beschränkung der Teilnehmerzahl unter Zugrundelegung eines Scoringverfahrens im Grunde des § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz rechtswidrig gewesen sei; ungeachtet dessen sei durch die Festsetzung von "Auswahlkriterien", betreffend veranlagtes Vermögen, Zahl und Entwicklung der Anwartschaftsberechtigten für die Jahre 1997, 1998 und 1999 und der diesbezüglichen Gewichtung der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs

und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter in der vorgängigen Ausschreibung des Landes Oberösterreich vom 10. August 2000 verletzt und im Grunde des § 5 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz rechtswidrig gewesen. Der Antrag der beschwerdeführenden Partei, auszusprechen, dass die mitbeteiligte Partei auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung keine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte, wurde abgewiesen. Begründend wurde nach Darstellung des Verfahrensganges und der angewendeten Rechtsvorschriften im Wesentlichen ausgeführt, das Land Oberösterreich habe als öffentlicher Auftraggeber am 10. August 2000 eine Ausschreibungsbekanntmachung zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft übermittelt, welche die Leistungen von Pensionskassen, und zwar Zusatzpensionen zur gesetzlichen Pensionsversicherung, Alterspension, vorzeitige Alterspension, Leistungen an Hinterbliebene, Berufsunfähigkeitspension für Beamte des Landes und der Gemeinden betroffen und einen Umfang der Beitragsleistungen von ca. 45 Mio. Schilling pro Jahr für Beamte des Landes und ca. 19 Mio. Schilling für Beamte der Gemeinden umschrieben habe. Eine Möglichkeit für Aufteilung in Lose im Ausmaß von 40 % der Auftragssumme sei eingeräumt, Alternativangebote seien ebenso wie Bietergemeinschaften für nicht zulässig erklärt worden. Als Verfahrensart sei das Verhandlungsverfahren bestimmt und die Zahl der Bieter, die zur Angebotsabgabe aufgefordert würden, mit vier festgelegt worden. Als Eignungsnachweise seien u.a. die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, die Erbringung einer entsprechenden Befugnis, ferner die Erklärung über den Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre, eine Liste der wesentlich in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen mit Angabe des Rechnungswertes, des Erbringungszeitpunktes sowie der Auftraggeber gefordert worden. Im Übrigen sei auf das Muster eines Teilnahmeantrages verwiesen worden. In diesem sei ausgeführt worden, es sei beabsichtigt, in Abhängigkeit von der gegenwärtigen Marktsituation, der potenziellen künftigen Entwicklung und unter Beachtung des Grundsatzes der sicheren Anlage jenen Anbieter zu finden, der für die Veranlagung der bereitgestellten Gelder den optimalen Risiko-Ertragsmix zu bieten vermöge. Es werde erwartet, dass die einzelnen Anbieter in Erfüllung der Vorgaben der Ausschreibung unterschiedliche Konzepte und Strategien anbieten werden, welche die unterschiedlichen Veranlagungskonzepte der Bieter widerspiegeln und nach ihrer Natur nur begrenzt vergleichbar seien. Die Ausschreibungsunterlagen sollten den Rahmen für Leistungen vorgeben, die nach ihrem Bestand und ihrer Gewichtung zueinander definiert werden sollen (Festlegung nach Leistungsart), wobei die Höhe der jeweiligen Leistung den Anbietern überlassen werden könne (Festlegung nach Leistungshöhe). Die Veranlagung müsse ausschließlich unter den Rahmenbedingungen des § 25 Pensionskassengesetzes erfolgen. Als Kriterien für die Auftragserteilung im Verhandlungsverfahren seien folgende Kriterien als Reihung nach Ausschreibungsunterlagen beschrieben worden:

-

finanzielle Bewertung der Leistungen,

-

Bewertung des garantierten Veranlagungserfolges,

-

Bewertung des durchschnittlichen und maximalen Veranlagungserfolges,

-

Bewertung des Risikos.

Unter der Bezeichnung Kriterien sei die Spalte "Preis" angekreuzt und beim Teil sonstige Kriterien, Auswahlkriterien wie folgt beschrieben worden:

-

Referenzen 30 %

-

veranlagtes Vermögen 25 %

-

Höhe und Entwicklung, Zahl und Entwicklung der Anwartschaftsberechtigten 25 %

-

Performance und Performanceentwicklung der Veranlagung 20 %, alle für die letzten drei Jahre (1997, 1998 und 1999).

Weiters sei verlangt worden, dass alle Teilnehmer sich vor der Einladung einem Hearing unterziehen.

Die wesentlichen Kriterien für die Beurteilung der Angebote (Zuschlagskriterien) seien im Teilnahmeantrag ohne Reihung oder Gewichtung - wie näher dargestellt - aufgelistet worden. Es sei darauf hingewiesen worden, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien in den Angebotsunterlagen für die zweite Stufe bekannt gegeben werde. Bezüglich der Mindesteignung gemäß § 29 O.ö. Vergabegesetz seien im Teilnahmeantrag im Wesentlichen die oben dargestellten Erfordernisse wiedergegeben worden. Zum Auswahlverfahren fänden sich im Teilnahmeantrag folgende Ausführungen:

"Die Auswahlentscheidung selbst baut auf folgende Kriterien auf:

-

vorgelegten Referenzen im PK-Bereich (30 %),

-

Höhe des im PK-Bereich veranlagten Vermögens und Entwicklung der Höhe des veranlagten Vermögens in den letzten drei Jahren (Bilanzsumme der Veranlagungs- und Risikogemeinschaften) (25 %),

-

Zahl und Entwicklung der Teilnehmer bzw. Anwartschaftsberechtigten an vom Bewerber geführten PK in den letzten drei Jahren (25 %),

-

Performance und Performanceentwicklung der Veranlagung der letzten drei Jahre (20 %).

Dafür wären folgende Angaben durch die Bewerber unbedingt gleichzeitig mit dem Teilnahmeantrag erforderlich:

-

Angaben über bisher abgeschlossene PK-Vereinbarungen mit mindestens 400 bzw. 1000 Teilnehmer (vgl. Formular in Anlage 1),

-

Angaben über die bisherige durchschnittliche Performance und Performanceentwicklung der Veranlagung gemäß § 25 PKG der letzten drei vollen Geschäftsjahre (1997, 1998 und 1999), aufgeschlüsselt nach Quartalen,

-

Umsätze und Entwicklung des veranlagten Vermögens im Sektor PK in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren (Bilanzsumme der Veranlagungs- und Risikogemeinschaften jeweils zum 31.12.1997, 1998, und 1999),

-

Zahl der Teilnehmer bzw. Anwartschaftsberechtigten und Entwicklung dieser Zahlen in den letzten drei vollen Geschäftsjahren (jeweils zum 31.12.1997, 1998 und 1999),

-

Beschreibung der im PK-Bereich erfolgten Veranlagungsstrategien des Riskmanagement sowie der personellen Ressourcen in diesem Bereich (dient lediglich der Information des Auftraggebers und fließt nicht in die Bewertung ein).

Die Referenzbewertung unterscheidet zwischen zwei Kategorien von Referenzen:

-

abgeschlossene PK-Verträge mit mehr als 1000 Teilnehmern,

-

abgeschlossene PK-Verträge mit mehr als 400 Teilnehmern.

Bitte beachten Sie, dass es für die Referenzbeurteilung wesentlich ist, dass Sie alle Referenzen angeben, die Sie in den beiden Kategorien vorweisen können. Nur solche Referenzen werden bewertet, die dem Auftraggeber gleichzeitig mit dem Teilnahmeantrag bekannt gegeben wurden.

Es werden nur solche Referenzen gewertet, bei denen die Veranlagung nach den Richtlinien des § 25 PKG erfolgt.

Daraus werden nach einem Scoringverfahren die bestgereihten Bewerber ermittelt und diese zur Angebotslegung eingeladen."

Es seien von insgesamt sechs Bewerbern Teilnahmeanträge eingereicht worden, unter anderem von der mitbeteiligten Partei.

Die Teilnahmeanträge seien wie folgt bewertet worden:

Für die Kriterien "Referenzen, Größe des im PK-Bereiches veranlagten Vermögens und Entwicklung der Höhe des veranlagten Vermögens in den letzten drei Jahren, Zahl und Entwicklung der Anwartschaftsberechtigten und Performance" seien vorgängig zu den in der Ausschreibung angegebenen Gewichtungsmäßigkeiten zunächst Punkte und zwar eine Höchstzahl von drei Punkten je angeführtem Kriterium vergeben worden. Bei der Bilanzsumme (veranlagtes Vermögen im PK-Bereich) sei nicht auf die absolute Größe und Entwicklung abgestellt worden, sondern auf eine Basiszahl. Diese sei mit 5 % der österreichischen Bilanzsumme (5 % von 43.307.378.502 ATS, d.s. rund 2.165 Mio ATS) angenommen und folgende Einstufung vorgenommen worden:

Bilanzsumme 1997 kleiner als die einfache Basiszahl - ein Punkt

Bilanzsumme 1997 größer als die einfache Basiszahl - zwei Punkte

Bilanzsumme 1997 größer als die dreifache Basiszahl - drei

Punkte.

Als Grundanforderung sei das Vorhandensein einer jährlichen Steigerung der angegebenen Bilanzsumme um 50 % bezeichnet worden. Sei dies verfehlt worden, seien 0,5 Punkte, im Falle einer Differenz von mehr als 10 % nach unten, ein Punkt abgezogen worden. Für den Fall der Steigerung der Bilanzsumme in einem Jahr um mehr als 60 % seien 0,5 Zusatzpunkte, im Fall der Steigerung um mehr als 70 % ein Zusatzpunkt zuerkannt worden. Basis- und Steigerungspunkte seien addiert worden, insgesamt hätten allerdings nicht mehr als drei Punkte vergeben werden dürfen. Die Bewertung sei der Auffassung gefolgt, dass drei Punkte von zwei Arten von Unternehmen erreicht werden könnten, nämlich von kleinen, schnell wachsenden Unternehmen, bei denen der Auftraggeber von der potenziellen künftigen Entwicklung profitiere und von größeren, aber immer noch wachstumsstarken Unternehmen. Große, aber saturierte und daher nicht mehr stark wachsende Unternehmen, die hinter der Marktentwicklung zurückblieben, würden keine Beachtung finden. Unternehmen, deren Performance deutlich unter dem Marktschnitt liege, würden solcherart ausgesondert.

Ein ähnliches Dreipunktesystem sei der Bewertung der Kriterien "Zahl und Entwicklung der Anwartschaftsberechtigten" zu Grunde gelegt worden. Als Basiszahl sei 5 % des österreichischen Gesamtwertes zum Stichtag 31. Dezember 1997 errechnet und mit ca. 7000 Anwartschaftsberechtigten beziffert worden. Folgendes Bewertungssystem sei angewendet worden:

Anwartschaftsberechtigte 1997 kleiner als einfache Basiszahl - ein Punkt

Anwartschaftsberechtigte 1997 größer als einfache Basiszahl - zwei Punkte

Anwartschaftsberechtigte 1997 größer als dreifache Basiszahl - drei Punkte.

Der jährliche Steigerungsprozentsatz von 1997 auf 1998 sei mit 28,3 % und weiters auf 1999 mit 14,3 % berechnet und als Grundanforderung eine jährliche Steigerung der Zahl der Anwartschaftsberechtigten von 1997 auf 1998 von 25 % und von 1998 auf 1999 von 12,5 % festgelegt worden. Das Verfehlen dieser Zahl von Anwartschaftsberechtigten habe 0,5 Punkte Abzug, bei weniger als 20 % Steigerung von 1997 auf 1998 bzw. weniger als 10 % von 1998 auf 1999 einen Punkt Abzug zur Folge gehabt. Eine Steigerung von mehr als 30 % von 1997 auf 1998 und mehr als 15 % von 1998 auf 1999 habe zu 0,5 Zusatzpunkten, eine Steigerung von mehr als 35 % von 1997 auf 1998 und mehr als 17,5 % von 1998 auf 1999 habe zu einem Zusatzpunkt geführt. Basis- und Steigerungspunkte seien addiert worden, insgesamt hätten aber nur drei Punkte vergeben werden dürfen. Bei Bewertung der Performance sei ausgehend vom Jahresschnitt der drei Jahre für alle Bewerber eine Basispunktezahl von zwei und für das Über- oder Unterschreiten der oberen bzw.

unteren Bandgrenze im Quartal 0,2 Zusatz- oder Abschlagspunkte vergeben worden. Bei Anwendung des dargestellten Punktesystems (samt Zu- und Abschlägen) mal Gewichtungsfaktor habe die mitbeteiligte Partei den fünften Rang eingenommen.

Die beschwerdeführende Partei habe der mitbeteiligten Partei mit Schreiben vom 31. Oktober 2000 mitgeteilt, dass sie zur Abgabe eines Angebotes nicht eingeladen werde, weil sie nicht zu den vier bestgereihten Bewerbern zähle und darum aus dem Vergabeverfahren ausscheide. Das unterdurchschnittliche Wachstum bei Vermögen und Zahl der Teilnehmer bzw. Anwartschaftsberechtigten liege deutlich unter dem durchschnittlichen Gesamtwachstum und die ausgezeichneten Werte in den anderen Kriterien könnten dieses Manko nicht wettmachen.

Mit Schreiben vom 22. März 2001 habe die beschwerdeführende Partei bekannt gegeben, dass der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren an die Ö. AG erteilt worden sei.

Nun ergebe sich aus der Zusammenschau des § 43a Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz mit § 43d Abs. 1 Einleitungssatz, dass bei dem vorliegenden Dienstleistungsauftrag im Verhandlungsverfahren die öffentliche Bekanntmachung zwingend vorgeschrieben sei; diese sei auch erfolgt. Gemäß § 11 Abs. 5 O.ö. Vergabegesetz sei die Eignung der Bewerber gemäß § 29 leg. cit. zu überprüfen. Die Erfüllung der Eignungskriterien durch die mitbeteiligte Partei im Sinne dieser Bestimmung sei weder von der beschwerdeführenden Partei noch von der Nachprüfungsbehörde dezidiert in Frage gestellt oder bestritten worden; sie sei auch durch die Beilagen zum Teilnahmeantrag der mitbeteiligten Partei bescheinigt. Gemäß § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz seien die nach Durchführung der Überprüfung als geeignet befundenen Bewerber am weiteren Verfahren jedenfalls zu beteiligen. Die Durchführung eines Scoringverfahrens und die Beschränkung der Teilnehmer, mit denen verhandelt werde, auf vier, laufe dieser Bestimmung zuwider. Sie sei daher schon aus diesem Grunde rechtswidrig.

Soweit die beschwerdeführende Partei das Wachstum am Vermögen und an der Teilnehmerzahl "stillschweigend gleichsam als erweitertes Eignungskriterium" ins Treffen geführt habe, sei darauf hinzuweisen, dass die Eignung nach den im Gesetz festgelegten Grundsätzen zu prüfen sei, hier aber eine Punktbewertung nicht vorgesehen sei. Eignungskriterien dürften nicht zugleich Auswahlkriterien sein. Die beschwerdeführende Partei habe allerdings in der Ausschreibung bei der Forderung nach Angaben zu Vermögen und Bilanzen Eignungs- und Auswahlkriterien vermischt und dadurch ihr Handeln mit Rechtswidrigkeit belastet. Selbst wenn man diese Rechtswidrigkeit jedoch dahingestellt sein lasse und annehme, dass ein Auswahlverfahren unter Festsetzung von Auswahlkriterien nach den Bestimmungen des O.ö. Vergabegesetzes zulässig sei, so müsse dieses dem Grundsatz des § 5 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz hinsichtlich der Benennung der Kriterien und des Modus der Auswertung entsprechen. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen: Für die Tätigkeiten der Pensionskassen bestehe auf Grund der Vorgaben des Pensionskassengesetzes ein relativ enger Rahmen. Es könnten daher mit der Festschreibung von Kriterien gezielt Ausschlüsse von leistungsfähigen Interessenten und Bietern bewirkt werden. Nun sei die Einforderung der Bilanzen und eine Erklärung über den Gesamtumsatz und über den Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Sinne des § 29 Abs. 4 Z. 3a O.ö. Vergabegesetz zwar zulässig. Die Verquickung der absoluten Höhe der einzelnen Summe mit einer gesonderten Wertung für ein daraus abgelesenes Wachstum samt Zuschlags- und Abschlagsgewichten im Zusammenhang mit dem Kriterium "Zahl und Entwicklung der Zahl der Teilnehmer bzw. Anwartschaftsberechtigten am vom Bewerber geführten Pensionskassen in den letzten drei Jahren", wobei wiederum für das Wachstum gesonderte Zu- bzw. Abschläge bei der Auswertung berechnet worden seien, stellten schon für sich willkürliche Parameter dar. Durch die Berücksichtigung des Vermögens und der Zahl und der Entwicklung der Zahl der Teilnehmer bzw. Anwartschaftsberechtigten seien Bezugsgrößen, die aufeinander Einfluss hätten, mit mehr Gewicht versehen worden, als es bei einer Trennung zwischen Auswahlkriterien und Eignungskriterien zulässig erscheine. Schon dies sei unsachlich gewesen, weil damit in dem sensiblen Spielraum die Einschränkung des Bieterkreises bei ohnehin vorgängig bekannten Daten auf einen gezielten Ausschluss der mitbeteiligten Partei hinausgelaufen sei. Die Lauterkeit des Wettbewerbs sei in verstärktem Maße dadurch gestört worden, dass an Stelle der Wertung der absoluten Zahlen ein Punktesystem mit Zu- und Abschlägen bei Abweichung vom errechneten Durchschnitt angewendet worden sei. Mit diesem System sei im Ergebnis eine Doppelverwertung erzielt worden, ähnlich wie sie im Strafverfahren verpönt sei. Noch bedeutender sei allerdings das Fairnessgebot im Wettbewerb dadurch verletzt worden, dass die Auswahlkriterien unvollständig geblieben seien, wie sich einem von der belangten Behörde eingeholten Gutachten entnehmen lasse; durch Weglassung der Parameter "Riskmanagement" und "Anlagenstrategie" seien zentrale Indikatoren und damit qualitative Wesenselemente bei der Auswahl nicht gewertet

worden. In diesem Mangel sei das noch größere Maß der Sachwidrigkeit zu sehen. Das O.ö. Vergabegesetz kenne den Begriff der Auswahlkriterien nicht. Wenn daher § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz außer Betracht bleiben und überhaupt die Rede von einem Auswahlverfahren sein könne, dann erscheine der Stand der Wissenschaft und die Ansicht der beteiligten Kreise, dass die angesprochenen qualitativen Kriterien bei der Auswahl der Bewerber anzuführen und zu bewerten seien, auch als Maßstab der Prüfung der Rechtmäßigkeit im Sinne der Lauterkeit des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter. Es sei daher spruchgemäß die Rechtswidrigkeit festzustellen gewesen. Die mitbeteiligte Partei besitze eine ausgezeichnete Performance, was den Schluss zulasse, dass sie bei Verhandlungen in der Lage gewesen wäre, den Veranlagungserfolg an die beschwerdeführende Partei bzw. deren Beamte weiterzugeben. Der Ausschluss der mitbeteiligten Partei sei daher von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gewesen. Eine Prognose, ob letzten Endes die mitbeteiligte Partei als Bestbieterin wirklich zum Zug gekommen wäre oder ob die Ö. AG ohnedies das beste Angebot gelegt habe, habe die belangte Behörde allerdings nicht erstellen können, zumal sie nicht stellvertretend für den Auftraggeber im Berufungsverfahren eine imaginäre Verhandlung habe durchführen dürfen, um deren Position zu bestimmen. Aus diesem Grunde habe weder der Ausspruch erfolgen können, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, noch, dass die mitbeteiligte Partei auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung keine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wurde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die beschwerdeführende Partei erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihren "gesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt, u.a. in den Rechten, die ihr aus dem Bescheid erster Instanz erwachsen sind und in dem Recht, dass ihr nicht zu Unrecht die Rechtswidrigkeit ihrer Entscheidungen im Vergabeverfahren zur Last gelegt wird und sie nicht in weiterer Folge Schadenersatzansprüchen ausgesetzt wird". Sie bringt begründend im Wesentlichen vor, die Auffassung der belangten Behörde, im Verhandlungsverfahren sei eine Beschränkung der Anzahl der Teilnehmer der zweiten Stufe des Verfahrens unzulässig, beruhe auf einer unzutreffenden Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen. Sowohl das O.ö. Vergabegesetz als auch die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen eröffneten dem Auftraggeber die Möglichkeit, die Anzahl der Teilnehmer im Verhandlungsverfahren (zweite Stufe) zu beschränken. Die beschwerdeführende Partei habe in der öffentlichen Auftragsbekanntmachung festgelegt, dass sie vier Bewerber zur Angebotslegung einladen werde. Weiters seien die Qualifikationskriterien dargelegt worden, nach denen die Auswahl der vier Bewerber erfolgen werde. Ausgehend vom Zweck der Bestimmung des § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz, eine willkürliche Vorgangsweise des Auftraggebers bei der Auswahl der Bewerber bzw. Bieter zu verhindern, könne dieser Bestimmung nicht entnommen werden, dass ein Auftraggeber jedenfalls alle jene Bewerber am weiteren Verfahren beteiligen müsse, die nicht zwingend auszuschließen seien. Vielmehr sei ein Ausschluss weniger geeigneter Bewerber zulässig. Die belangte Behörde erachte weiters die von der beschwerdeführenden Partei festgelegten Auswahlkriterien als unvollständig und unsachlich; sie leitet daraus zu Unrecht eine Verletzung des Fairnessgebotes sowie eine Verletzung der Lauterkeit des Wettbewerbs ab. Das von der belangten Behörde zur Stützung ihrer Auffassung herangezogene Gutachten verkenne die Zielsetzungen des Vergaberechts. Dieses diene nämlich nicht dazu, eine Weiterentwicklung des Pensionskassensystems zu bewirken, sondern es diene dazu, eine Auswahl zwischen Bewerbern nach den Grundsätzen des freien Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung zu treffen. Es sei Sache des Auftraggebers, aus den grundsätzlichen in Betracht kommenden Kriterien eine Auswahl zu treffen. Der Umstand, dass nicht alle in Betracht kommenden Kriterien festgelegt worden seien, mache die Kriterienfestlegung noch nicht rechtswidrig. Selbst der Umstand, dass andere Kriterien zu einem "besseren" Ergebnis geführt hätten, bewirke keine Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers. Es sei nicht Aufgabe des Vergabeverfahrens, die Entscheidung eines Auftraggebers auf sachliche Richtigkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Im Übrigen habe die belangte Behörde ihre Auffassung, es hätten die Kriterien "Riskmanagement" und "Anlagenstrategie" zusätzlich festgelegt werden müssen, nicht in nachvollziehbarer Weise begründet; dass andere Auftraggeber solche Kriterien herangezogen hätten, sei noch keine Begründung für die Annahme, das Fehlen dieser Kriterien bewirke eine Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers. Gleiches gelte für die "Ansicht der beteiligten Kreise". Die belangte Behörde bemängle aber auch zu Unrecht die gewählte Auswertungsmethode. Es müsse einem Auftraggeber unbenommen bleiben, mit Zu- und Abschlägen zu bewerten oder die zu vergebende Punkteanzahl so festzulegen,

dass das Nichterreichen eines errechneten Durchschnitts wesentlich weniger Punkte bzw. das Überschreiten des Durchschnitts wesentlich mehr Punkte bringe. Hier gehe es nicht um Sanktionen, wie die belangte Behörde durch ihren völlig unzutreffenden Vergleich nahe lege, sondern um die Herstellung der Vergleichbarkeit der Teilnehmeranträge durch ein objektives, für alle Teilnehmer gleiches Punktesystem, dem die Wertungen des Auftraggebers zu Grunde lägen. Wie der Auftraggeber Kriterien gewichte, müsse seine Sache bleiben. Dass die Bewertungs- bzw. Auswertungsmethode der beschwerdeführenden Partei "auf einen gezielten Ausschluss" der mitbeteiligten Partei hinaus gelaufen sei, sei eine unbegründete Behauptung. Auch der Vorwurf, es seien Eignungs- und Auswahlkriterien vermischt worden, sei unschlüssig und nicht nachvollziehbar. Weiters werde geltend gemacht, dass keine nachvollziehbare Beweiswürdigung der der belangten Behörde vorliegenden Gutachten erfolgt sei. Auch seien Fragen der rechtlichen Beurteilung als Fragen der Beweiswürdigung behandelt worden. So sei die belangte Behörde offenbar davon ausgegangen, dass die Frage der Zulässigkeit bestimmter Kriterien eine vom Sachverständigen zu beantwortende Frage darstelle. Die "Überzeugungskraft" des Sachverständigen sei bei Rechtsfragen aber nicht entscheidend. Schließlich sei der Antrag der mitbeteiligten Partei auf Feststellung der Rechtswidrigkeit betreffend den Ausschluss zweier Mitbewerber zu Unrecht an die Behörde erster Instanz verwiesen worden und es habe die belangte Behörde auch zu Unrecht, weil ohne sich damit inhaltlich zu befassen, den Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Feststellung nach § 61 Abs. 4 letzter Satz O.ö. Vergabegesetz abgewiesen.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG hat die Beschwerde die bestimmte Bezeichnung des Rechtes zu enthalten, in dem der Beschwerdeführer verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkt).

Mit Bezug darauf wendet die mitbeteiligte Partei gegen die vorliegende Beschwerde ein, die beschwerdeführende Partei habe nicht deutlich dargelegt, in welchem Recht sie sich verletzt erachte; sie habe auch keine Gesetzesstelle zitiert, die verletzt worden sei.

Mit diesem Vorwurf ist die mitbeteiligte Partei nicht im Recht. Zum einen verlangt die in § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG geforderte Bezeichnung des Beschwerdepunktes nämlich nicht die Bezeichnung der Gesetzesstelle, aus der die Rechtsverletzung abgeleitet wird (vgl. die bei Dolp, Verwaltungsgerichtsbarkeit³ (1987) 243 dargestellte Judikatur). Zum anderen ist der Beschwerdepunkt in der vorliegenden Beschwerde insofern ausreichend bestimmt dargelegt, als unter der Bezeichnung "Beschwerdepunkte" zum Ausdruck gebracht wird, die beschwerdeführende Partei erachte sich im Recht verletzt, dass nicht zu Unrecht festgestellt werde, von ihr im Vergabeverfahren getroffene Entscheidungen seien rechtswidrig. Am Vorliegen eines solcherart tauglichen Beschwerdepunktes ändert nichts, dass die - weitere - Behauptung einer Verletzung in "gesetzlich gewährleisteten subjektiven Rechten", unter anderem in "Rechten, die aus dem Bescheid erster Instanz erwachsen sind" kein im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG bestimmt bezeichnetes Recht zum Inhalt hat. Vielmehr war der angefochtene Bescheid - nur - im Rahmen des geltend gemachten, tauglichen Beschwerdepunktes der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.

Gemäß § 61 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz, LGBl. 59/1994 i. d.F. 79/2000, ist eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn

1. diese im Widerspruch zu den Bestimmungen dieses Landesgesetzes oder einer auf Grundlage dieses Landesgesetzes ergangenen Verordnungen steht und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Nach erfolgter Zuschlagserteilung kommt gemäß § 41 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz eine Nichtigklärung nicht mehr in Betracht. Es ist jedoch festzustellen, ob eine behauptete Rechtsverletzung gemäß Abs. 1 vorliegt und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden ist. Auf Antrag des Auftraggebers ist dabei auch auszusprechen, ob der Antragsteller auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung keine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte.

Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zu Grunde, der Ausschluss der mitbeteiligten Partei vom Verhandlungsverfahren, in dessen Zuge bereits der Zuschlag erteilt worden sei, sei rechtswidrig gewesen. Zum einen sei durch eine Beschränkung der Teilnehmerzahl und zum anderen seien durch die festgelegten Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegen die Bestimmungen des O.ö. Vergabegesetzes verstoßen worden.

Gemäß § 1 Z. 4 O.ö. Vergabegesetz ist ein Verhandlungsverfahren ein Verfahren, in dem mit einem Unternehmen oder mehreren ausgewählten Unternehmen über einen Auftragsinhalt verhandelt wird.

An einem Verhandlungsverfahren nehmen gemäß § 10 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz nur solche Unternehmen teil, die

vom Auftraggeber zur Abgabe von Angeboten eingeladen werden. Der Einladung zur Angebotsabgabe hat gemäß § 10 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz, wenn dieses Landesgesetz nicht bestimmt, dass die Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe unterbleiben kann, eine öffentliche Erkundung des Bewerberkreises (§ 11) vorauszugehen.

Die öffentliche Erkundung des Bewerberkreises beginnt gemäß § 11 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz mit der Bekanntmachung, einen Auftrag im Verhandlungsverfahren vergeben zu wollen. In der Bekanntmachung sind Unternehmen aufzufordern, sich um die Teilnahme am Vergabeverfahren zu bewerben.

Die Bekanntmachung hat gemäß § 11 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz jedenfalls den Termin, bis zu dem die Teilnahmeanträge eingelangt sein müssen, die Zuschlagskriterien und jene Angaben zu enthalten, die es den Interessenten ermöglichen, zu beurteilen, ob für sie eine Beteiligung am Verfahren in Frage kommt. Überdies hat der Auftraggeber bekannt zu machen, welche zur Eignungsprüfung erforderlichen Unterlagen dem Teilnahmeantrag anzuschließen sind.

Gemäß § 11 Abs. 5 O.ö. Vergabegesetz ist die Eignung der Bewerber gemäß § 29 zu überprüfen. Hierüber ist ein Prüfbericht zu verfassen.

Gemäß § 29 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz gilt ein Bewerber oder Bieter als zur Ausführung eines Auftrages geeignet, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

1.

die Befugnis zur Erbringung der Leistung;

2.

die Zuverlässigkeit;

3.

die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit;

4.

die technische und fachliche Leistungsfähigkeit;

5.

im Falle eines Dienstleistungsauftrages die nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes erforderliche Mitgliedschaft in einer bestimmten Organisation.

Die nach Durchführung der Überprüfung als geeignet befundenen Bewerber sind gemäß § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz am weiteren Verfahren jedenfalls zu beteiligen. Darüber hinaus steht es dem Auftraggeber frei, auch verspätet eingelangte Bewerbungen zu berücksichtigen und von sich aus weitere Unternehmen in das Verfahren miteinzubeziehen.

Die nach der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises zum weiteren Verfahren zugelassenen Bewerber sind gemäß § 11a Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz vom Auftraggeber gleichzeitig schriftlich aufzufordern, ihre Angebote einzureichen.

Aus diesen Bestimmungen folgt, dass am Verhandlungsverfahren zwar nur jene Unternehmen teilnehmen, die vom Auftraggeber aufgefordert werden, Angebote einzureichen. Dem Auftraggeber steht es allerdings nicht frei, unter den als im Sinne des § 29 O.ö. Vergabegesetz geeignet befundenen Bewerbern eine Auswahl zu treffen und nur ausgewählte Bewerber zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern. Vielmehr sind die als geeignet beurteilten Bewerber gemäß § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz am weiteren Verfahren "jedenfalls" zu beteiligen. Sie nehmen also in jedem Fall am weiteren Verfahren teil und müssen daher vom Auftraggeber aufgefordert werden, ihre Angebote einzureichen.

Im Gegensatz zur Auffassung der beschwerdeführenden Partei steht der Ausschluss von vergleichsweise "weniger geeigneten" Bewerbern im Verhandlungsverfahren mit § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz nicht im Einklang. Erfüllt ein Bewerber die Eignungskriterien des § 29 O.ö. Vergabegesetz - das war bei der mitbeteiligten Partei unbestrittenermaßen der Fall - so darf er nach der insoweit eindeutigen Vorschrift des § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz vom weiteren Verfahren nicht ausgeschlossen werden. Daran ändert der Umstand, dass das Gemeinschaftsrecht die Möglichkeit eines Auftraggebers, unter den geeigneten Bewerbern eine Auswahl zu treffen und nur ausgewählte

Bewerber zur Abgabe eines Angebots aufzufordern, nicht ausschließt, nichts. § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz regelte den Entscheidungsspielraum des Auftraggebers eben enger als die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben dies verlangen. Daran ändert auch § 1 Z. 4 O.ö. Vergabegesetz, der von "ausgewählten" Unternehmen spricht, nichts.

Somit erweist sich die Entscheidung der beschwerdeführenden Partei, die mitbeteiligte Partei ungeachtet der Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen nach § 29 O.ö. Vergabegesetz am weiteren Verfahren nicht zu beteiligen, weil sie nach den Auswahlkriterien nicht zu den vier bestgereihten Bewerbern zählte, als Verstoß gegen § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz. Die spruchgemäße Feststellung des angefochtenen Bescheides, der Ausschluss der mitbeteiligten Partei vom Verhandlungsverfahren sei rechtswidrig gewesen, erfolgte daher zu Recht.

Stand es der beschwerdeführenden Partei aber im Grunde des § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz nicht frei, unter den als geeignet befundenen Bewerbern eine Auswahl zu treffen und nur die ausgewählten Bewerber aufzufordern, ihre Angebote einzureichen, so war sie auch nicht berechtigt, Kriterien für eine solche Auswahl festzulegen. Schon aus diesem Grunde stand die Festsetzung von Auswahlkriterien im Widerspruch zum O.ö. Vergabegesetz und war daher rechtswidrig. Ob der Festsetzung dieser Kriterien und ihrer Gewichtung noch eine weitere Rechtswidrigkeit anhaftete, kann bei diesem Ergebnis dahingestellt bleiben. Eine Verletzung der beschwerdeführenden Partei im geltend gemachten Beschwerdepunkt ist durch die von der belangten Behörde festgestellten Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens jedenfalls nicht erfolgt.

Die sich somit als unbegründet erweisende Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

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

Das Mehrbegehren war abzuweisen, weil die USt bereits im zuerkannten Pauschbetrag enthalten ist.

Wien, am 8. August 2003

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2003:2001040166.X00

Im RIS seit

09.09.2003

Zuletzt aktualisiert am

07.10.2008

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at