

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/1/23 2001/04/0041

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.01.2002

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E06302000;  
E3L E06303000;  
E6j;  
L00153 Unabhängiger Verwaltungssenat Niederösterreich;  
L72003 Beschaffung Vergabe Niederösterreich;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
95/05 Normen Zeitählung;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art1 Abs1;  
31989L0665 Rechtsmittel-RL Art1 Abs3;  
31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2 Abs8;  
61997CJ0258 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik VORAB;  
AVG §56;  
BVergG 1997 §19;  
BVergG 1997 §81 Abs2 Z2;  
BVergG 1997 §81 Abs2 Z3;  
B-VG Art129b Abs6;  
B-VG Art17;  
EURallg;  
LVergG NÖ 1995 §13 Abs1;  
LVergG NÖ 1995 §13 Abs3;  
LVergG NÖ 1995 §21;  
LVergG NÖ 1995 §23 Abs3;  
LVergG NÖ 1995 §23 Abs4;  
LVergG NÖ 1995 §23 Abs6;  
LVergG NÖ 1995 §23;  
LVergG NÖ 1995 §25 Abs2 Z1;  
LVergG NÖ 1995 §25 Abs2;

LVergG NÖ 1995 §25 Abs3;  
LVergG NÖ 1995 §25 Abs4 Z1;  
LVergG NÖ 1995 §25 Abs4 Z2;  
LVergG NÖ 1995 §25 Abs4 Z3;  
LVergG NÖ 1995 §25;  
LVergG NÖ 1995 §27 Abs1;  
LVergG NÖ 1995 §27 Abs3;  
LVergG NÖ 1995 §27;  
ÖNORM A 2050 Pkt1.10;  
UVSG NÖ 1990 §3;

### **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 des Schriftführers Mag. Brandtner, über die Beschwerde der T Gesellschaft mbH in W, vertreten durch Ortner, Pöch, Foramitti, Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Strauchgasse 1-3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 17. Jänner 2001, Zl. Senat-AB-00-019, betreffend teilweise Zurückweisung und teilweise Abweisung eines Nachprüfungsantrages (mitbeteiligte Partei: Bundesland Niederösterreich, vertreten durch Dr. Arnold Gerscha, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Gußhausstraße 2), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Niederösterreich Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.240,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit Bescheid vom 17. Jänner 2001 hat der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich gemäß §§ 24, 25 und 28 des Niederösterreichischen Vergabegesetzes, LGBl. 7200 (im Folgenden: NÖ VergG) den Antrag der Beschwerdeführerin vom 27. Juli 2000 auf Feststellung, dass der Zuschlag im Vergabeverfahren betreffend Aufbau und Unterhaltung einer externen Einheit für Koordinations- und Projektsentwicklungsunterstützung bei der Realisierung ausgewählter Maßnahmen des Ziel-2- Programmes 2000 bis 2006 nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, insoweit zurückgewiesen, als er damit begründet wurde, dass die Zuschlagsempfängerin an Vorarbeiten zum Vergabeverfahren beteiligt gewesen sei und daher gemäß § 16 Abs. 4 Bundesvergabegesetz 1997, BGBl. I Nr. 56/1997 (im Folgenden: BVergG) iVm § 13 NÖ VergG von der Teilnahme am Wettbewerb hätte ausgeschlossen werden müssen, und im übrigen Umfang abgewiesen.

Der Antrag sei damit begründet worden, dass die Preiskalkulation in Anbetracht fehlender konkreter Anhaltspunkte über den während der siebenjährigen Projektdauer tatsächlich zu erwartenden Arbeitsanfall extrem schwierig und riskant gewesen wäre. Weiters bestünden die Zuschlagskriterien zu mehr als 50 % in erweiterten Eignungskriterien, während dem vorzulegenden Durchführungskonzept nur ein Wert von 20 % zugemessen worden wäre. Die Antragstellerin wäre erst nach der am 7. Juli 2000 erfolgten Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft I. GmbH/I. AG (im Folgenden: BG I.) über weitere Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens informiert worden und hätte diesbezüglich Unterlagen erhalten. Aus diesen Unterlagen, insbesondere einem Dokument mit dem Titel "Maßnahmenvorschläge für das NÖ Zielgebietsprogramm" ergäbe sich, dass die BG I. maßgeblich an dem der Ausschreibung zu Grunde liegenden Konzept mitgearbeitet hätte. Auf Grund des daraus resultierenden Wettbewerbsvorteils hätte die BG I. ausgeschieden werden müssen. Die Beschwerdeführerin wäre an zweiter Stelle gereiht worden und hätte daher ein Interesse an der begehrten Entscheidung.

Die mitbeteiligte Partei habe vorgebracht, dass das Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend die Gründe für den Ausschluss der BG I. unzulässig wäre, weil es nicht Gegenstand des Schlichtungsverfahrens gewesen wäre. Im Übrigen wäre die BG I. nur prozessbegleitender Berater auf strategischer Basis für das Projekt "RIS NÖ - Regionale Innovationsstrategie NÖ" gewesen. Die Ergebnisse dieses Projektes seien publiziert und auch im Internet verfügbar gemacht worden. Die Vorarbeiten für das der gegenständlichen Ausschreibung zu Grunde liegende Konzept basierten zwar auf dem "RIS", seien jedoch von einem anderen Unternehmen erarbeitet worden. Die Ausschreibung eines

Pauschalpreises wäre deswegen erfolgt, weil auch die mitbeteiligte Partei nicht hätte beurteilen können, wie viele Förderanträge im Rahmen des Projekts zu bearbeiten wären. Die Gewichtung der Zuschlagskriterien wäre allein Sache der ausschreibenden Stelle. Die gewählten Kriterien ermöglichten eine Reihung und Bewertung der Angebote sowie eine Nachprüfung der Zuschlagskriterien. Es wäre zulässig, insbesondere die einschlägige Erfahrung der Mitarbeiter eines Unternehmens und die Erfahrung dieses Unternehmens selbst, soweit diese den erforderlichen Mindeststandard überschritten, als Zuschlagskriterium zu formulieren.

Folgender Sachverhalt stehe auf Grund des Beweisverfahrens, insbesondere der durchgeführten Verhandlung von 20. November 2000 fest:

Die mitbeteiligte Partei sei öffentliche Auftraggeberin betreffend die Vergabe einer Dienstleistung, nämlich den Aufbau und die Unterhaltung einer externen Einheit für die Koordinations- und Projektabwicklungsunterstützung (Exek), die die Abteilung Wirtschaftsförderung des Amtes der NÖ Landesregierung bei der Realisierung ausgewählter Maßnahmen des Ziel-2-Programmes 2000 bis 2006 unterstützen solle. Der Aufgabebereich dieser externen Einheit umfasse einerseits Tätigkeiten im Zusammenhang mit der einzelbetrieblichen Förderung, andererseits Maßnahmen im Softinfrastrukturbereich. Die Dienstleistungen seien im gesamten Bundesland Niederösterreich zu erbringen, unabhängig davon, ob es sich hierbei um Zielfördergebiete handle oder nicht. Die Vergabe dieser Dienstleistung sei im Weg eines offenen Verfahrens erfolgt. Der geschätzte Auftragswert exklusive Mehrwertsteuer betrage etwa S 30.000.000,--. Die Angebotsfrist sei bis 27. März 2000 gelaufen. Am selben Tag habe die Angebotseröffnung stattgefunden. Die drei abgegebenen Angebote seien geprüft, bewertet und gereiht worden. Mit Schreiben vom 24. Mai 2000 sei den Bietern bekannt gegeben worden, dass die Zuschlagserteilung an die BG I. geplant sei. Die bereits in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Mindestfrist von der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bis zur Zuschlagserteilung von zwei Wochen sei eingehalten worden. Die Zuschlagserteilung an die BG I. sei am 7. Juli 2000 erfolgt. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei auf dem zweiten Platz gereiht worden. Ein Unternehmen der BG I. sei bei der in den Jahren 1997 bis 1999 erfolgten Entwicklung von "RIS NÖ" prozessbegleitend tätig gewesen. Kernbereich dieses Projekts seien Umfragen bei Unternehmen zu verschiedenen wirtschaftlichen Themen und deren Auswertung gewesen. Auf Grund der Ergebnisse dieser Studie sei die Setzung einzelner Maßnahmen, etwa die Schaffung einer Infoagentur, erfolgt. Bei der Erarbeitung dieses Konzepts sei dem Unternehmen der BG I. keine Entscheidungsbefugnis zugekommen. Alle Ergebnisse dieser Studie seien veröffentlicht und zur Gänze im Internet verfügbar gemacht worden. Nach Erstellung von "RIS NÖ" sei das genannte Unternehmen der BG I. noch insoweit für das Bundesland Niederösterreich tätig gewesen, als die Prozessergebnisse auf Cofinanzierbarkeit durch die Europäische Union geprüft und entsprechende Maßnahmen und Vorschläge erstattet worden seien. Mit der Erstellung dieses "Maßnahmenpapiers" im ersten Quartal des Jahres 1999 sei die Tätigkeit dieses Unternehmens abgeschlossen gewesen. Dieses Maßnahmenpapier sei nicht veröffentlicht worden. Die Ergebnisse von "RIS NÖ" und das genannte Maßnahmenpapier seien Grundlage einer Arbeitsgruppe zur Erstellung von Vorschlägen für die Umsetzung (Grundlage der vorliegenden Ausschreibung) gewesen.

In den Ausschreibungsunterlagen seien folgende Zuschlagskriterien festgelegt worden: Erfahrungen des Bieters mit Wirtschaftsförderungsmaßnahmen, insbesondere Zielgebietsförderung (25 %), Preis (20 %), Qualität und Struktur des vorgelegten Konzepts im Hinblick auf die Regionalen Problemstellungen und Schwerpunkte der NÖ Zielgebietsprogrammes (20 %), Erfahrung des Bieters im Umgang mit nationalen und regionalen Behörden (15 %), Erfahrung des Bieters im Umfang bzw. in der Zusammenarbeit mit der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsförderungsmaßnahmen, Regionalentwicklung und Innovation (15 %) und personelle Ressourcen des Bieters (5 %).

Hinsichtlich des Preises sei laut Ausschreibungsunterlagen in der Grundvariante ein Pauschalhonorar für die Erbringung der von der Vereinbarung umfassten Leistungen während der gesamten Vereinbarungsdauer (2000 bis 2006) vorgesehen gewesen. Es habe auch sämtliche Auslagen, Nebenkosten und sonstige Aufwendungen des Auftragnehmers umfasst und sei bis zur Beendigung der gegenständlichen Vereinbarung unveränderlich gewesen. Die Alternativvariante 1 habe eine Verrechnung der tatsächlich erbrachten Leistungen in zeitlicher Hinsicht (Projektleiterstunden und Projektmitarbeiterstunden) vorgesehen, wobei die jeweiligen Stundensätze bis zur Beendigung der gegenständlichen Vereinbarung unverändert bleiben sollten. In den Stundensätzen seien auch sämtliche Auslagen, Nebenkosten und sonstige Aufwendungen des Auftragnehmers inkludiert gewesen. Die Alternativvariante 2 habe ebenfalls unveränderliche Stundensätze für Projektleiterstunden und

Projektmitarbeiterstunden vorgesehen, unabhängig vom tatsächlichen Aufwand jedoch einen Höchstbetrag vorgesehen. Bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses seien sowohl die Stundensätze als auch der Höchstbetrag unveränderlich gewesen. Die Alternativvariante 3 habe den Bieter ermächtigt, eine Entlohnungsvariante nach seiner eigenen Vorstellung anzubieten.

Die Beschwerdeführerin habe in der Grundvariante einen Pauschalpreis von S 70,395.000,-- angeboten. Bei der Alternativvariante 1 habe das Stundenhonorar für Projektleiterstunden S 13.500,-- und für Projektmitarbeiterstunden S 11.800,-- betragen, der Gesamtpreis von S 70,395.000,-- dürfe jedoch nicht überschritten werden. Bei der BG I. habe der Pauschalangebotspreis in der Grundvariante S 29,100.000,-- ausgemacht. Bei der Alternativvariante 1 sei ein Stundenhonorar für Projektleiter von S 12.000,-- und für Projektmitarbeiter von S 8.500,-- angeboten worden.

Am 5. Juni 2000 habe die Beschwerdeführerin bei der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge einen Antrag auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gestellt. In diesem Antrag habe sich die Beschwerdeführerin gegen die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung, die Ausschreibung zu unveränderlichen Pauschalpreisen und die Gewichtung der Zuschlagskriterien, die zu einem Großteil erweiterte Eignungskriterien darstellten, gewendet. Die Frage, ob die BG I. bzw. deren Angebot ausgeschieden hätte werden müssen, sei nicht Gegenstand des Schlichtungsverfahrens gewesen. Bei der Schlichtungsverhandlung vom 28. Juni 2000 sei lediglich hinsichtlich der Begründung der Zuschlagsentscheidung eine gütliche Einigung erzielt worden.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei, soweit damit geltend gemacht werde, das Angebot der BG I. sei in unzulässiger Weise nicht ausgeschieden worden, gemäß § 25 Abs. 2 Z. 1 NÖ VergG zurückzuweisen. Nach dieser Bestimmung sei ein Nachprüfungsantrag nur zulässig, wenn in derselben Sache ein Schlichtungsverfahren durchgeführt und keine gütliche Einigung erzielt worden sei. Dieselbe "Sache" sei durch denselben Streitgegenstand definiert. Streitgegenstand könne beispielsweise das Ausscheiden des eigenen Angebotes, das Nichtausscheiden eines anderen Angebotes oder Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sein. Innerhalb desselben Streitgegenstandes sei es zulässig, weitere Argumente zur Unterstützung des eigenen Standpunktes im Nachprüfungsverfahren vorzubringen. Eine Auswechslung des Streitgegenstandes sei jedoch nicht zulässig. Dadurch würde das vom Gesetz zwingend vorgeschaltete Schlichtungsverfahren umgangen. Da vorliegend die Frage der Ausscheidung des Angebotes der BG I. nicht Gegenstand des Schlichtungsverfahrens gewesen sei, sei der Nachprüfungsantrag insoweit als unzulässig zurückzuweisen.

Weiters hielt die belangte Behörde mit ausführlicher Begründung fest, dass der BG I. auf Grund der festgestellten Vorarbeiten kein Wettbewerbsvorteil zugekommen sei und daher kein Grund vorgelegen sei, das Angebot dieser Bietergemeinschaft auszuschneiden.

Das übrige Vorbringen im Nachprüfungsantrag sei zwar zulässig, jedoch nicht berechtigt. Gemäß § 13 Abs. 3 NÖ VergG gelte für die Preiserstellung und die Preisarten Punkt 1.10 der Ö-Norm A 2050 mit der Maßgabe, dass auch der Zeitraum für die Gestaltung fester Preise festzulegen sei. Dieser solle grundsätzlich die Dauer von zwölf Monaten nicht übersteigen. Nach der genannten Bestimmung der Ö-Norm könne der Preis der Art nach ein Einheitspreis (Preis je Einheit einer Leistung), ein Pauschalpreis (ein Betrag für die Gesamtleistung oder eine Teilleistung) oder ein Regiepreis (Preis für Leistungsstunde oder Materialeinheit) sein. Zu Pauschalpreisen solle nur dann ausgeschrieben werden, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen sei, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt seien und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen sei. Alle drei Preisarten könnten in der Form eines festen oder veränderlichen Preises vorliegen. Ein Festpreis bleibe ohne Rücksicht auf etwa eintretende Änderung der Kostengrundlage unverändert. Ein veränderlicher Preis könne unter bestimmten Voraussetzungen bei Änderungen der vereinbarten Preismrechnungsgrundlage geändert werden. Zu Festpreisen sei auszuschreiben, anzubieten und zu vergeben, wenn daraus den Vertragspartnern nicht durch langfristige Verträge oder auf andere Weise unzumutbare Unsicherheiten entstünden. Diesfalls sei zu veränderlichen Preisen auszuschreiben.

Beim vorliegend ausgeschriebenem Preis in der Grundvariante handle es sich um einen Pauschalpreis, bei jenem der Alternativvariante 1 um einen Regiepreis. Der Preis nach der Alternativvariante 2 stelle eine Kombination aus Regiepreis und Pauschalpreis dar. Diese Preisarten seien jedenfalls nicht unzulässig.

Gerügt werde primär das Vorliegen eines Festpreises. Die Formulierung in § 13 Abs. 3 NÖ VergG, wonach ein Festpreis grundsätzlich die Dauer von zwölf Monaten nicht übersteigen solle, bedeute nicht, dass ein Festpreis für eine längere

Dauer damit automatisch rechtswidrig sei. Bei Vorliegen sachlicher Gründe sei dies zulässig. Das Verlangen nach einem Festpreis stelle keine Benachteiligung eines Bieters dar, weil selbst für den Auftraggeber nicht bekannt gewesen sei, wie viele Förderanträge bis zum Jahr 2006 abgewickelt werden müssten. Als Alternative zu einem festen Preis käme ein veränderlicher Preis in Betracht. Voraussetzung hierfür sei allerdings die Festlegung von Preisumrechnungsgrundlagen und zusätzlich die detaillierte Festlegung, unter welchen Voraussetzungen der Preis geändert werden könne. Dies erscheine im vorliegenden Fall mit den gleichen Unsicherheiten behaftet wie die Festlegung eines Festpreises. Die Ausschreibung zu einem Festpreis sei daher nicht rechtswidrig. Im Übrigen bestehe kein Hinweis darauf, dass bei Anwendung von veränderlichen Preisen ein anderer Bieter den Zuschlag bekommen hätte.

Gemäß § 29 Abs. 4 BVergG iVm § 14 Abs. 1 NÖ VergG habe der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsehe, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Dies erfordere eine Gewichtung der Zuschlagskriterien. Es müsse sich um eine klare, nachvollziehbare und sachliche Bewertungsgrundlage handeln. Innerhalb dieses Rahmens liege die Festlegung von Zuschlagskriterien im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Die festgestellten Zuschlagskriterien der vorliegenden Ausschreibung seien jedenfalls nachvollziehbar. Auch die Gewichtung der einzelnen Kriterien liege im Ermessen des Auftraggebers. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Gewichtung des Preises mit lediglich 20 % wende, sei sie im Übrigen darauf zu verweisen, dass der von ihr angebotene Preis deutlich über dem Preis der BG I. liege. Überdies sei es nicht unzulässig, über das Mindestmaß an Qualifikation hinausgehende Eignungskriterien als Zuschlagskriterien festzulegen. Bei einer ausgeschriebenen Dienstleistung wie der vorliegenden sei es durchaus gerechtfertigt, die Erfahrungen im Umgang mit verschiedenen Behörden, soweit nicht bloß auf das Mindesterfordernis abgestellt werde, als Zuschlagskriterium zu definieren. Dies stelle sicher, dass dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs Rechnung getragen werde, weil damit der besonderen Qualifikation eines Bieters in vollem Umfang Rechnung getragen werden könne.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor. Die belangte Behörde und die mitbeteiligte Partei erstatteten Gegenschriften je mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zur Zurückweisung des Feststellungsantrages, soweit er auf die Nicht-Ausscheidung des Angebotes der BG I. gestützt wurde:

Die Beschwerdeführerin macht zu diesem Punkt Folgendes geltend:

Der Wortlaut von § 25 Abs. 2 erster Satz NÖ VergG "in derselben Sache" sei - iVm § 23 Abs. 1 leg. cit. - primär so zu lesen, dass lediglich dasselbe Vergabeverfahren gemeint sei. Auch § 25 Abs. 4 leg. cit., der den Nachprüfungsantrag näher regle, verlange in seiner Zif. 4 nur, dass der Antrag die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stütze, zu enthalten habe und darüber hinaus einen Nachweis über die Befassung der Schlichtungsstelle. Ein inhaltlicher Konnex zwischen diesen beiden Voraussetzungen sei nicht gefordert. Der Sinn des Schlichtungsverfahrens sei, zwischen den Streitparteien eine gütliche Einigung über ein konkretes Vergabeverfahren - und nicht über einen bestimmten Streitgegenstand - zu erzielen. Die Bestimmungen über das Schlichtungsverfahren böten jedoch keine Grundlage, das Recht der Bieter auf die verfassungsgesetzlich und europarechtlich geforderte meritorische Überprüfung der Zuschlagserteilung durch eine unabhängige Behörde zu schmälern.

Die Rechtsansicht der belangten Behörde verstoße gegen das Gebot der verfassungskonformen Interpretation. Art. 129b Abs. 6 B-VG bestimme, dass das Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten durch Bundesgesetz geregelt werde, und stehe somit der nur auf das NÖ VergG gestützten Zurückweisung eines Antrages durch die belangte Behörde entgegen.

Nach Art. 2 Abs. 8 erster Unterabsatz der Rechtsmittelrichtlinie sei im Fall, dass die für die Nachprüfung zuständige Instanz kein Gericht sei, sicherzustellen, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer unabhängigen Instanz, die ein Gericht im Sinn des Art. 177 des Vertrages sei, gemacht werden könne. Nach dem zweiten Unterabsatz dieser Bestimmung müsse insbesondere der Vorsitzende dieser "unabhängigen Instanz" die juristischen und beruflichen Qualifikationen eines Richters besitzen. Diese Voraussetzungen seien bei der belangten Behörde nicht erfüllt (vgl. § 3 des Gesetzes über den Unabhängigen

Verwaltungssenat im Land Niederösterreich). Die unabhängige Gerichtsinstanz im Niederösterreichischen Vergaberechtssystem sei vielmehr nur der Verwaltungsgerichtshof. Die Zurückweisung des Antrages durch die belangte Behörde vereitle die Überprüfung einer für das Vergabeverfahren wesentlichen Rechtswidrigkeit durch den Verwaltungsgerichtshof als einzige unabhängige Instanz. Diese Zurückweisung könne auch nicht auf Art. 1 Abs. 3 der Rechtsmittelrichtlinie gestützt werden. Danach sei den Mitgliedsstaaten nämlich lediglich erlaubt, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens von der vorhergehenden Unterrichtung des öffentlichen Auftraggebers von dem behaupteten Verstoß abhängig zu machen. Von dieser Möglichkeit habe das NÖ VergG jedoch nicht Gebrauch gemacht, sondern stattdessen ein Schlichtungsverfahren geschaffen.

Zunächst sind die maßgeblichen Normen darzustellen:

Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989, 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie):

"Art. 1

(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG und 77/62/EWG fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Art. 2 Abs. 7, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

...

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die Mitgliedstaaten können insbesondere verlangen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss."

NÖ VergG:

"§ 23. (1) Beim Amt der NÖ Landesregierung wird die "NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge" eingerichtet. Diese ist berufen, in einem konkreten Vergabeverfahren zwischen dem Auftraggeber und einem Bieter oder Bewerber (im Folgenden als Streitteile bezeichnet) zu vermitteln.

...

(3) Ein Bieter oder Bewerber eines bestimmten Vergabeverfahrens kann um nachträgliche Prüfung einer Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit schriftlich ersuchen, wenn er auf geeignete Weise glaubhaft macht, dass er am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes unterliegenden Vertrages ein Interesse hat und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. In dem Ersuchen ist ein bestimmtes Begehren zu stellen.

(4) Die Schlichtungsstelle hat den Auftraggeber unverzüglich vom Einlangen des Antrages auf Schlichtung zu verständigen. 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

1. das Ersuchen um Einleitung eines Schlichtungsverfahrens zurückgezogen wird,

2.

eine gütliche Einigung zu Stande kommt oder

3.

die Schlichtungsstelle mitteilt, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird.

In den Fällen der Z. 1 und 2 endet die Frist mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung bzw. der gütlichen Einigung, in den Fällen der Z. 3 zwei Wochen nach Verständigung durch die Schlichtungsstelle.

...

(6) Die Schlichtungsstelle hat - ohne dabei an ein bestimmtes förmliches Verfahren gebunden zu sein - ehestmöglich, längstens jedoch innerhalb von zwei Wochen ab Einlangen des Antrage auf Schlichtung, in mündlichen, nicht öffentlichen Verhandlungen zwischen den Streitteilen Vorschläge zur Beilegung der Streitfragen zu erstatten und auf eine gütliche Einigung der Streitteile hinzuwirken.

...

§ 24. (1) Die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens obliegt dem unabhängigen Verwaltungssenat im Land Niederösterreich.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung ist der unabhängige Verwaltungssenat zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Gesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig.

1.

Zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 26) sowie

2.

zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers (§ 27).

(3) Nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist der unabhängige Verwaltungssenat zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Gesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. In einem solchen Verfahren ist der unabhängige Verwaltungssenat ferner zuständig, auf Antrag des Auftragsgebers festzustellen, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

§ 25. (1) Das Nachprüfungsverfahren kann nur auf Antrag eines Bieters oder Bewerbers eingeleitet werden.

(2) Ein solcher Antrag ist nur zulässig, wenn in derselben Sache

1. ein Schlichtungsverfahren durchgeführt und keine gütliche Einigung erzielt wurde oder

2. die Schlichtungsstelle mitgeteilt hat, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird, oder

3. die Schlichtungsstelle innerhalb von zwei Wochen ab Einlangen des Antrages auf Schlichtung keine Verhandlung durchgeführt hat oder

4. im Schlichtungsverfahren zwar eine gütliche Einigung erzielt worden ist, der Bieter oder Bewerber jedoch glaubhaft macht, dass der Auftraggeber sich nicht an das Ergebnis der gütlichen Einigung hält oder gehalten hat.

(3) In den Fällen des § 24 Abs. 3 ist ein Antrag auch überdies nur zulässig, wenn er spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages gestellt wird. Nach Ablauf von sechs Monaten ab erfolgtem Zuschlag ist ein Antrag keinesfalls mehr zulässig. Die Zeit, in der ein Schlichtungsverfahren (§ 23) anhängig ist, wird in diese Fristen nicht eingerechnet.

(4) Der Antrag hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers,

2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss,

3. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,

4. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,

5.

ein bestimmtes Begehren und

6.

einen Nachweis über die Befassung der Schlichtungsstelle.

(5) Dem Antrag auf Nachprüfung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Vergabeverfahren zu.

...

§ 27. (1) Der unabhängige Verwaltungssenat hat eine im Zuge des Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu den Bestimmungen dieses Gesetzes oder der hiezu erlassenen Verordnungen steht und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist

(2) Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

(3) Nach Zuschlagserteilung hat der unabhängige Verwaltungssenat unter den Voraussetzungen des Abs. 1 bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht.

...

§ 32. (1) Bei schuldhafter Verletzung dieses Gesetzes oder der aufgrund dieses Gesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe einer vergebenden Stelle hat ein übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten.

(2) Kein Anspruch besteht, wenn gemäß § 24 Abs. 3 letzter Satz festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte."

Die Beschwerdeführerin führt zur Stützung ihrer Ansicht, die belangte Behörde sei - mangels juristischer und beruflicher Qualifikation des Vorsitzenden als Richter - nicht als Gericht im Sinn der Rechtsmittelrichtlinie anzusehen, § 3 des Gesetzes über den Unabhängigen Verwaltungssenat im Land Niederösterreich ins Treffen, wonach das Erfordernis der Befähigung zum Richteramt (im Sinn des Richterdienstgesetzes) für die Mitglieder des unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich nicht gefordert ist.

Dem ist zu entgegnen, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Urteil vom 4. März 1999 in der Rechtssache C- 258/97, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH gegen Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft, ausgesprochen hat, dass der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten, bei dem diese Qualifikation des Vorsitzenden gemäß § 3 des Kärntner Verwaltungssenatsgesetzes ebenfalls nicht gefordert ist, eine gerichtliche Nachprüfungsinstanz im Sinn von Art. 2 Abs. 8 der Rechtsmittelrichtlinie ist.

Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht kann die im NÖ VergG vorgesehene zwingende Vorschaltung eines Schlichtungsverfahrens vor das Nachprüfungsverfahren auf Art. 1 Abs. 3 der Rechtsmittelrichtlinie gestützt werden. Die dort vorgesehene Möglichkeit, dass Mitgliedstaaten "insbesondere" die Verständigung des Auftraggebers von dem behaupteten Rechtsverstoß und der beabsichtigten Nachprüfung verlangen können, dient dazu, allenfalls eine einvernehmliche Einigung zu ermöglichen (vgl. etwa Elsner, Vergaberecht (1999), Seite 74, A 151). Um diesem Zweck gerecht zu werden, bedarf es jedenfalls eines - im Hinblick auf die von Art. 1 Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie geforderte Raschheit möglichst kurz zu bemessenden - Zeitraumes zwischen dieser Verständigung und der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. In welcher Form die Verständigung zu erfolgen hat, ist in der Rechtsmittelrichtlinie nicht geregelt. Die im NÖ VergG vorgesehene Anrufung der Schlichtungsstelle, die den Auftraggeber gemäß § 23 Abs. 4 leg. cit. "unverzüglich" vom Einlangen des Antrages zu verständigen und gemäß § 23 Abs. 6 leg. cit. binnen längstens zwei Wochen eine mündliche Verhandlung zur Beilegung der Streitfragen durchzuführen hat, kann nicht als richtlinienwidrig erkannt werden.

Bei der im NÖ VergG vorgesehenen Anrufung der Schlichtungsstelle als zwingende Voraussetzung für die Stellung eines Nachprüfungsantrages handelt es sich entgegen der Beschwerdemeinung auch nicht um eine - mit der in Art. 129b Abs. 6 B-VG normierten Bundeskompetenz im Widerspruch stehende - das Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten regelnde Bestimmung, weil von Art. 129b Abs. 6 B-VG nur das Verfahrensrecht im engeren Sinn umfasst ist (vgl. Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>7</sup> (1999) Rz 37 ff, insbesondere Rz 42/1).



Die Ansicht der belangten Behörde, der Nachprüfungsantrag sei mangels Anrufung der Schlichtungsstelle insoweit unzulässig, als er sich darauf beruft, dass das Angebot der BG I. auszuschneiden gewesen wäre, kann aus folgenden Gründen nicht als rechtswidrig erkannt werden:

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist eine "Entscheidung" des Auftraggebers, etwa die Entscheidung, eine diskriminierende Anforderung in die Ausschreibung aufzunehmen, ein Alternativangebot auszuschneiden, einen Bieter von der Teilnahme am Verfahren auszuschließen oder nicht auszuschließen. All diese "Entscheidungen" sind nach herrschender Auffassung keine Hoheitsakte (Bescheide), zumal der Auftraggeber im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig wird (vgl. Elsner a.a.O., Seite 85, A 166). Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens hat daher gemäß § 25 Abs. 4 Z. 1 NÖ VergG u. a. die genaue Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers zu enthalten. Nach den Z. 2 und 3 dieser Bestimmung muss der Antragsteller überdies sein Interesse am Vertragsabschluss und einen drohenden oder bereits eingetretenen Schaden behaupten. Daraus ergibt sich, dass nicht jede Rechtswidrigkeit zur Nichtigerklärung einer Entscheidung des Auftraggebers führen kann, sondern nur eine solche, die den Antragsteller in subjektiven Rechten verletzt (vgl. Thienel, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBL 1993, Seite 373 ff; Korinek in Raschauer, Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts 1998, S 311, RZ 748). Der unabhängige Verwaltungssenat hat vor Zuschlagserteilung eine für den Verfahrensausgang wesentliche rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers gemäß § 27 Abs. 1 NÖ VergG für nichtig zu erklären. Aus Abs. 3 dieser Bestimmung, wonach der unabhängige Verwaltungssenat nach Zuschlagserteilung unter den Voraussetzungen des Abs. 1 - also Vorliegen einer rechtswidrigen und verfahrenswesentlichen Entscheidung des Auftraggebers - festzustellen hat, dass der behauptete Rechtsverstoß vorliegt (und der Zuschlag daher nicht dem Bestbieter erteilt worden ist, § 24 Abs. 3 leg. cit.), ergibt sich, dass der Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens auch nach Zuschlagserteilung die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer konkreten Entscheidung des Auftraggebers ist. "Sache" des Nachprüfungsverfahrens vor dem unabhängigen Verwaltungssenat ist somit immer die Prüfung der Frage, ob der Antragsteller durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers in Rechten verletzt worden ist.

Vor der Schlichtungsstelle kann ein Bieter eines bestimmten Vergabeverfahrens gemäß § 23 Abs. 3 NÖ VergG die nachträgliche Prüfung einer rechtswidrigen "Entscheidung" des Auftraggebers beantragen. Dabei ist ein bestimmtes Begehren zu stellen. Verfahrensgegenstand und somit "Sache" des Schlichtungsverfahrens ist daher ebenfalls die behauptete Rechtsverletzung des Antragstellers durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers.

Die Bestimmung des § 25 Abs. 2 NÖ VergG kann daher nur so verstanden werden, dass die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor dem unabhängigen Verwaltungssenat betreffend eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers nur zulässig ist, wenn bereits die Schlichtungsstelle mit dieser Entscheidung - also mit derselben "Sache" - befasst worden ist. Auch nach der zum Bundesvergabegesetz, das insofern gleichlautende Regelungen enthält, vertretenen Ansicht Thienels (a.a.O. Seite 376) schlägt der Prozessgegenstand des (späteren) Nachprüfungsverfahrens schon auf das Schlichtungsverfahren durch.

Die Ansicht der Beschwerdeführerin, es komme nur darauf an, dass die Schlichtungsstelle im selben Vergabeverfahren bereits befasst worden sei, widerspricht nicht nur der dargestellten Interpretation aus dem Gesetzeswortlaut, sondern auch dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck, vor der Befassung des unabhängigen Verwaltungssenates eine gütliche Einigung vor einer Schlichtungsstelle zu versuchen. Stünde es dem Bieter nämlich frei, wegen der behaupteten Rechtswidrigkeit einer späteren Entscheidung des Auftraggebers unmittelbar den unabhängigen Verwaltungssenat anzurufen, wenn bereits wegen der behaupteten Rechtswidrigkeit einer früheren Entscheidung die Schlichtungsstelle befasst worden ist, würde die Möglichkeit einer gütlichen Einigung in der die spätere Entscheidung in derselben Vergabesache betreffenden Frage im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens vereitelt.

Da vorliegend im Verfahren vor der Schlichtungsstelle die Entscheidung des Auftraggebers, die BG I. - die in der Folge den Zuschlag erhalten hat - nicht auszuschließen, unstrittig nicht Verfahrensgegenstand war, hat die belangte Behörde den Nachprüfungsantrag, soweit er damit begründet wurde, dass die BG I. auszuschließen gewesen wäre, zu Recht gemäß § 25 Abs. 2 NÖ VergG zurückgewiesen.

In der Beschwerde wird - in anderem Zusammenhang - vorgebracht, dass die Beschwerdeführerin die Gründe, aus denen die BG I. gemäß § 16 Abs. 4 BVergG iVm § 13 Abs. 1 NÖ VergG auszuschließen gewesen wäre, erst nach Zuschlagserteilung erfahren habe. Es stellt sich somit die Frage, ob es der Beschwerdeführerin überhaupt möglich

gewesen wäre, diesbezüglich ein Schlichtungsverfahren mit Erfolg zu beantragen.

Gemäß § 109 Abs. 1 Z. 1 BVergG ist die Bundes-Vergabekontrollkommission (nur) bis zur Zuschlagserteilung zur Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten zuständig. Gemäß § 115 Abs. 2 leg. cit. ist die Stellung eines Nachprüfungsantrages (nur) bis zur Zuschlagserteilung unzulässig, wenn kein Antrag auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens gestellt worden ist.

Das NÖ VergG, dass sich am BVergG orientiert und in vielen Bereichen auf dieses verweist, enthält keine entsprechende Einschränkung. Ein Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor dem UVS ist nach § 25 Abs. 2 leg. cit. generell nur zulässig, wenn die Schlichtungsstelle mit derselben Sache befasst worden ist. Im Motivenbericht zu diesem Gesetz vom 22. November 1994, Zl. I/AV-A-94-1886/5, Seite 23, ist festgehalten, dass vor der neu einzurichtenden Schlichtungsstelle - anders als vor der zuvor bestehenden Koordinierungsstelle - nicht nur abgeschlossene, sondern auch laufende Vergabeverfahren zum Gegenstand einer Schlichtung gemacht werden können. Dass ein Schlichtungsverfahren auch noch nach Zuschlagserteilung durchgeführt werden kann, ergibt sich im Übrigen auch aus § 25 Abs. 3 NÖ VergG, wonach in die Fristen für die Stellung eines Nachprüfungsantrages nach Zuschlagserteilung die Zeit, in der ein Schlichtungsverfahren anhängig ist, nicht eingerechnet wird. Die Beschwerdeführerin hätte somit auch dann die Durchführung eines diesbezüglichen Schlichtungsverfahrens beantragen können, wenn sie von den Gründen der Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, die BG I. nicht auszuschließen, tatsächlich erst nach Zuschlagserteilung erfahren haben sollte.

## 2. Zur Abweisung des Antrages im übrigen Umfang:

Dazu macht die Beschwerdeführerin Folgendes geltend:

Das ausgeschriebene Projekt umfasse einen Zeitraum von sieben Jahren. Nicht nur in der Pauschalvariante, sondern auch in den zwingenden Alternativvarianten 1 und 2 seien ausdrücklich unveränderliche Preise für den gesamten Vertragszeitraum vorgesehen gewesen. Ein derart langer Fixzeitraum widerspreche § 13 NÖ VergG, wonach der Zeitraum für die Geltung fester Preise grundsätzlich die Dauer von zwölf Monaten nicht übersteigen solle. Rechtlich noch problematischer sei die Ausschreibung eines Pauschalpreises. Ein derartiger Preis dürfe nach Punkt 1.10.2.2 der Ö-Norm A 2050 nur dann ausgeschrieben werden, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen sei, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt seien und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen sei. Diese Voraussetzungen seien aber im vorliegenden Fall keineswegs erfüllt. In den Ausschreibungsunterlagen sei festgehalten worden, dass der geschätzte Aufwand von 2,5 Mannjahren pro Jahr nicht als verbindlich angesehen werden könne. Außerdem sei festgehalten worden, dass die Förderrichtlinie und das Programm noch nicht von der Kommission genehmigt sei und daher möglicherweise inhaltliche Änderungen eintreten könnten. Schon daraus erhele, dass die Ausschreibung eines Pauschalpreises ein nicht kalkulierbares Risiko für die Bieter mit sich bringe. Angesichts dieser Unklarheiten habe die Beschwerdeführerin die Preialternative 3 entwickelt, die eine jährliche Budgetierung auf Grundlage der künftigen Mengengerüste bei adäquater Berücksichtigung der Fixkosten vorsehe.

Schon das Verlangen, für einen völlig identischen Leistungsgegenstand unterschiedliche Preisarten anzubieten, erscheine in der Ö-Norm und damit in der gesetzlichen Regelung nicht gedeckt.

Die Auftraggeberin habe auch bei der Erteilung des Zuschlages nicht den richtigen Preis gewählt: Nähme man an, die Auftraggeberin hätte mehr Informationen über die zu erbringende Leistung gehabt, läge eine unzureichende Leistungsbeschreibung und ein Wettbewerbsvorteil für die in die Vorarbeiten involvierte BG I. vor. Hätte die Auftraggeberin hingegen tatsächlich keine weiteren Informationen gehabt, wäre sie gemäß § 81 Abs. 2 Z. 2 oder 3 BVergG iVm § 21 NÖ VergG verpflichtet gewesen, ein Verhandlungsverfahren durchzuführen. Wenn zwar die Art, nicht aber der Umfang der zu erbringenden Leistungen klar gewesen wäre, wäre zwar eine Vergabe zu Regiepreisen denkbar, die von der Beschwerdeführerin angebotene Preialternative 3 jedoch die für beide Partner risikoärmere und damit bessere Variante. Die belangte Behörde habe es unterlassen, sich mit dieser Problematik ausreichend auseinander zu setzen.

Die Zuschlagskriterien bestünden zu 55 % in Eignungskriterien nahekommenden Qualitätskriterien. Rückblickend betrachtet erschienen die Erfahrung des Bieters mit Wirtschaftsförderungsmaßnahmen und im Umgang mit nationalen und regionalen Behörden geradezu maßgeschneidert für die BG I., welche mit der Mitbeteiligten im Rahmen der Erstellung der Grundlagen für die Ausschreibung zusammengearbeitet habe. Die Gewichtung der

Bewertungskriterien widerspreche somit dem Gesetz.

Soweit die Beschwerdeführerin auch mit diesem Vorbringen Gründe geltend macht, aus denen die BG I. auszuscheiden gewesen wäre, ist sie auf die obigen Ausführungen zum Punkt 1. zu verweisen.

Dem Beschwerdevorbringen, es hätte gemäß § 81 Abs. 2 Z. 2 oder 3 BVergG iVm § 21 NÖ VergG ein Verhandlungsverfahren durchgeführt werden müssen, ist entgegenzuhalten, dass die genannten Bestimmungen lediglich normieren, dass Dienstleistungsaufträge - als Ausnahme von § 19 BVergG iVm § 13 Abs. 1 NÖ VergG, wonach grundsätzlich ein offenes Verfahren stattzufinden hat - unter bestimmten Voraussetzungen im Verhandlungsverfahren vergeben werden können. Eine zwingende Anwendung des Verhandlungsverfahrens ergibt sich daraus nicht.

Dem weiteren Vorbringen, das Verlangen, für einen Leistungsgegenstand mehrere Preisarten anzubieten, sei in der gemäß § 13 Abs. 3 NÖ VergG anzuwendenden Ö-Norm A 2050 nicht gedeckt, ist zu entgegnen, dass nach den im angefochtenen Bescheid richtig wiedergegebenen diesbezüglichen Bestimmungen der Ö-Norm ein Verlangen nach einem alternativen Angebot mehrerer Preisarten nicht ausgeschlossen ist. Aus dem Umstand, dass eine derartige Vorgangsweise nicht ausdrücklich gestattet wird, kann aber - jedenfalls im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung, der die Auftragsvergabe zuzurechnen ist - nicht auf ein diesbezügliches Verbot geschlossen werden.

Für die übrigen Überlegungen sei zunächst Folgendes festgehalten:

Wie bereits ausgeführt ist Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens die Frage, ob die angefochtene "Entscheidung" des Auftraggebers den Antragsteller in subjektiven Rechten verletzt. Gemäß § 32 Abs. 2 NÖ VergG hat ein Bieter keinen Schadenersatzanspruch, wenn der Unabhängige Verwaltungssenat gemäß § 24 Abs. 3 letzter Satz leg. cit. festgestellt hat, dass dieser Bieter auch bei Einhaltung der vergaberechtlichen Normen keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte. Eine Rechtsverletzung durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers liegt daher nur dann vor, wenn der betreffende Bieter bei rechtskonformer Entscheidung eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte.

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Feststellung im angefochtenen Bescheid nicht, dass der von ihr angebotene Pauschalpreis S 70,395.000,-- und jener der BG I. S 29,100.000,-- betragen habe. Ebenso wenig stellt sie in Abrede, bei den einen Regiepreis darstellenden Alternativvarianten einen Stundensatz für Projektleiter von S 13.500,-- und für Projektmitarbeiter von S 11.800,-- angeboten zu haben, während bei der BG I. die entsprechenden Honorarsätze nur S 12.000,-- und S 8.500,-- betragen haben. Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin noch eine weitere Preialternative angeboten, die dem Beschwerdevorbringen nach eine jährliche Budgetierung auf Grundlage der künftigen Mengengerüste bei adäquater Berücksichtigung der Fixkosten vorsieht. Nach der von der Beschwerdeführerin im Verfahren vor der belangten Behörde vorgelegten Kostenkalkulation (Beilage 24 zum Angebot der Beschwerdeführerin) beträgt die Gesamtsumme dieser Preisvariante S 56,550.000,-- und setzt sich aus fixen Kosten von S 13,650.000,-- und variablen Kosten von S 42,900.000,-- zusammen. Dieses Preisangebot ist somit fast doppelt so hoch wie das Pauschalangebot der BG I. Das - nicht konkretisierte - Beschwerdevorbringen, dieses Angebot sei günstiger als die von der BG I. angebotenen Preise, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar.

Die Beschwerdeführerin hat kein konkretes Vorbringen dahin erstattet, dass und aus welchen Gründen sie bei Ausschreibung nur einer Preisvariante bzw. einer anderen Preisvariante beim Zuschlagskriterium Preis besser abgeschnitten hätte als die BG I.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Aufnahme bestimmter Zuschlagskriterien und die Gewichtung der verschiedenen Zuschlagskriterien. Dass die Auftraggeberin verpflichtet gewesen wäre, weitere Zuschlagskriterien zu nennen, bringt sie nicht vor. Sie hat im Verfahren vor der belangten Behörde als Beilage .7 das Schreiben der Auftraggeberin vom 7. Juli 2000 vorgelegt, wonach der BG I. der Zuschlag erteilt worden sei. Nach dem Inhalt dieses Schreibens sei das Angebot der BG I. bei allen sechs Zuschlagskriterien an erster Stelle gereiht worden. Die Beschwerdeführerin bringt nicht vor, bei einem Zuschlagskriterium (mit Ausnahme des Preises; dazu siehe oben) besser abgeschnitten zu haben als die BG I. Sie hat daher nicht dargetan, inwieweit sie bei einer anderen Gewichtung der Zuschlagskriterien bzw. bei Weglassen bestimmter Kriterien Bestbieter gewesen wäre. Sie hat daher nicht dargetan, bei rechtskonformer Entscheidung des Auftraggebers eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt zu haben.

Da die geltendgemachte Rechtsverletzung der Beschwerdeführerin somit nicht vorliegt, erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VerordnungBGBI. II Nr. 501/2001. Der dem Land Niederösterreich zugesprochene Betrag von EUR 1.240,-- setzt sich aus dem Ersatz für folgende Aufwendungen zusammen:

Gegenschrift der belangten Behörde, EUR 291,--; Vorlageaufwand der belangten Behörde, EUR 41,--; Gegenschrift der mitbeteiligten Partei, EUR 908,--.

Wien, am 23. Jänner 2002

**Gerichtsentscheidung**

EuGH 61997J0258 HI VORAB

**Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4Gemeinschaftsrecht Auslegung des Mitgliedstaatenrechtes EURallg2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:2001040041.X00

**Im RIS seit**

08.05.2002

**Zuletzt aktualisiert am**

11.11.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)