jusline®
»» Recht. Schnell

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

RS UVS Oberösterreich 1998/12/17 VwSen-550007/7/Ga/Fb

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.12.1998

Rechtssatz

Als dem eigentlichen Verhandlungsverfahren nicht mehr zugezogen gewesene Bewerberin erachtete sich die antragstellende Gesellschaft mit der Behauptung beschwert, daß bereits die Bewerberauswahl vor allem durch die Einbeziehung unstatthafter Auswahlkriterien sowie der weiteren Beteiligung eines ausgeschlossen gewesenen Unternehmers schon dem Grunde nach rechtswidrig gewesen und ihr dadurch ein bestimmter Schaden entstanden sei. Im Lichte des § 58 Abs1 OöVergG erweist sich dieser Nachprüfungsantrag als zulässig. Den Antrag begründend wurde im wesentlichen vorgebracht, Anliegen des OöVergG sei es, eine Ausschreibung, aber auch eine allfällige Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe bzw eine öffentliche Erkundung des Bewerberkreises so zu regeln bzw entsprechend den bezüglichen Vorschriften so durchzuführen, daß für interessierte Bewerber eindeutig erkennbar ist, welche Leistung von ihnen verlangt wird und welchen Inhalt ein allfälliger Teilnahmeantrag bzw ein allfälliges Offert zu enthalten hat. Diese Eindeutigkeit sei im Nachprüfungsfall keineswegs vorgelegen. So sei widersprüchlich und mißverständlich gewesen, daß die Bekanntmachung unter den "weiteren" Auswahlkriterien auch das "wirtschaftlich günstigste Angebot" enthalte, wodurch zweifelhaft gewesen sei, ob nun schon ein Angebot im engeren Sinn gelegt werden solle oder ob der bloße Nachweis der geforderten allgemeinen Eignungskriterien für die Teilnahme am weiteren Verfahren ausreichend sei. Die gerügte Unklarheit zeige sich deutlich darin, daß rund ein Drittel der eingelangten Teilnahmeanträge kein Offert im Sinne dieses Unterpunktes enthalten hätte und die betreffenden Unternehmer daher Opfer der vorgenannten völlig mißverständlichen Formulierung geworden seien. Nähere Ausschreibungsunterlagen, die die gerügte Unklarheit allenfalls hätten beseitigen können, seien bei der Auftraggeberin trotz Bemühens der Antragstellerin nicht zu erhalten gewesen; solche Unterlagen hätte es auch gar nicht gegeben. Rechtswidrig sei insbesondere auch das in den "weiteren" Auswahlkriterien (vorletzter Unterpunkt) gefordert gewesene "Konzept für infrastrukturelle Überlegungen für das Gemeindegebiet R mit dem Schwerpunkt ? Wohnen im Alter?", weil dieses Kriterium "ganz eindeutig" auf die Bevorzugung eines konkreten "Bieters" (gemeint wohl: Bewerbers) hinausgelaufen sei. Es hätte nämlich der im Endeffekt am höchsten bewertete "Bieter" dieses Konzept zum Ausschreibungszeitpunkt zumindest in den wesentlichen Zügen bereits erstellt gehabt haben müssen, weil ein solch umfassendes Konzept binnen der genannten Frist von gut einem Monat in keinem Fall erarbeitet werden könne. Daher liege der Verdacht nahe, daß der vorgenannte "Bieter" bereits vor dem Zeitpunkt der Ausschreibung mit der Auftraggeberin diesbezüglich in Kontakt getreten sei. Die Ausschreibung selbst habe auf Grund dieses diskriminierenden und nur auf den erwähnten "Bieter" zugeschnittenen Kriteriums daher lediglich einen Formalakt dargestellt, welcher der von vornherein beabsichtigt gewesenen Vergabe an jenen "Bieter" die gesetzlich vorgeschriebene Form habe verleihen sollen. Die Stichhaltigkeit dieses Einwandes werde im besonderen auch aus der Tatsache deutlich, daß von den 20 "Bietern" nur der vorgenannte "Bieter" in der Lage gewesen sei, ein den geforderten Kriterien entsprechendes Konzept vorzulegen. Ausgehend davon, daß gemäß § 5 Abs3 iVm § 28 Abs6 Z4 OöVergG an den Vorarbeiten unmittelbar oder mittelbar beteiligte Unternehmer und mit ihnen verbundene Unternehmer von der

Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen seien, folge aus dem vorher Gesagten zwingend, daß der letztlich bestbewertete "Bieter" bereits vor der Ausschreibung mit dem Konzept beschäftigt gewesen und auch aus diesem Grund vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen sei.

Mit der vorliegenden Berufung wiederholt und vertieft die Gesellschaft die wesentlichen Behauptungen aus dem Nachprüfungsantrag. Wenn nämlich die Oö. Landesregierung im angefochtenen Bescheid zum Ergebnis komme, es gehe im Nachprüfungsfall um ein Verhandlungsverfahren und es sei zur Vorbereitung der eigentlichen Vergabe eine öffentliche Erkundung des Bewerberkreises durchgeführt worden, so müsse sie sich entgegenhalten lassen, daß der eigentliche Adressatenkreis dieser Verfahrensweise auf Grund des OöVergG einen Rechtsanspruch darauf habe, daß die Anforderungen an einen Bewerber klar und verständlich formuliert, die jeweilige Verfahrensart bzw. Stufe im Sinne der §§ 9, 11 und 14 OöVergG deutlich bezeichnet und die dazu normierten Regeln strikt befolgt werden. Im Gegensatz dazu sei jedoch die Ausschreibungsbekanntmachung in ihrer Gesamtheit und in ihren einzelnen Punkten völlig widersprüchlich und mißverständlich gewesen. Es gehe aus ihr letztlich nicht eindeutig hervor, ob der potentielle Bewerber bereits jetzt zur Abgabe eines konkreten Angebotes aufgefordert werde oder ob er nur einen bloßen Nachweis der aufgestellten Auswahlkriterien zu erbringen habe, dh. ein Teilnahmeantrag ausreiche. Im Ergebnis verwundere daher nicht, daß schon ein Drittel der eingelangten Bewerbungen kein Angebot enthalten habe, die bezüglichen Bewertungspunkte daher fehlten und die betreffenden Unternehmen als Opfer der aufgezeigten mißverständlichen Formulierung aus dem Auswahlverfahren ausgeschieden seien. So gesehen sei die Anforderung eines "wirtschaftlich günstigsten Angebotes" als Auswahlkriterium vom Gesetzeswortlaut her nicht zulässig gewesen. Wenn man schon, wie die Nachprüfungsbehörde im angefochtenen Bescheid, davon ausgehe, daß es sich bei der in Rede stehenden Ausschreibungsbekanntmachung um eine öffentliche Erkundung des Bewerberkreises (§ 11 OöVergG) gehandelt habe - was aber nicht erkennbar gewesen sei -, wäre die Aufforderung zur Angebotsabgabe dann im weiteren Verfahren der Ausschreibung in engerem Sinn vorbehalten gewesen. Wenn weiters die Nachprüfungsbehörde zum "Konzept für infrastrukturelle Überlegungen" die Auffassung vertrete, es sei mit diesem Kriterium gar kein umfassendes Konzept gefordert gewesen, sondern hätten die "Bieter" nur grundsätzliche Kenntnisse in den Belangen des Altenheimwesens aufzeigen müssen, so sei zu fragen, wie denn die Bewerber diese "Mindervorgabe" hätten erkennen sollen. Das Faktum aber, daß nur vier von zwanzig Bewerbern überhaupt ein Angebot entsprechend diesem Punkt in ihren Teilnahmeantrag aufgenommen und drei von diesen dafür nur einen Punkt erhalten hätten, der vierte, also ein einziger hingegen mit der Höchstnote (fünf Punkte) bewertet worden sei (was zufolge der Gewichtungsregel 15 Bewertungspunkte ergeben habe), lasse sich wohl kaum mit einem schlichten Unvermögen auf Seiten der anderen Bewerber erklären. Auch durch den angefochtenen Bescheid bestätige sich somit, daß das Erfordernis der Vorlage eines solchen Konzeptes ein rechtswidriges, nämlich die Mehrheit der Bewerber gegenüber dem einen Bewerber diskriminierendes Auswahlkriterium darstelle. Gerade aber ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile sollten durch das gesetzlich geregelte Vergabeverfahren verhindert werden, weshalb auch ausdrücklich vorgesehen sei, daß Unternehmer, die an den der Ausschreibung vorausgehenden Vorarbeiten beteiligt waren, von der Teilnahme am Vergabeverfahren gänzlich ausgeschlossen seien.

Diesem wesentlichen Behauptungsvorbringen der Nachprüfungswerberin war vor dem Hintergrund der maßgeblichen (unten dargestellten) Rechtslage nicht von vornherein die Plausibilität abzusprechen. Daher hatte sich die belangte Behörde darauf nach Maßgabe der Ergebnisse eines das Behauptungsvorbringen jedenfalls in sachverhaltsmäßiger Hinsicht konkret hinterfragenden Ermittlungsverfahrens inhaltlich einzulassen. Sofern nämlich nicht schon aus der Aktenlage die Behauptung iS des § 58 Abs1 OöVergG einer Rechtsverletzung in sachlicher Hinsicht als unwahrscheinlich oder lebensfern erkennbar ist und somit offenkundig der prozessualen Auseinandersetzung mit ihr § 39 Abs2 zweiter Satz AVG entgegensteht oder der Behauptungsgrund eine auf der Hand liegende Verkennung der Rechtslage voraussetzt, sind die Behauptungen vollständig und im einzelnen auf ihr Zutreffen zu prüfen, dh die Nachprüfungsbehörde hat amtswegig zu erforschen, festzustellen und rechtlich zu beurteilen, mit welchem Ergebnis ein bestimmtes Vorbringen als sachliche Grundlage der meritorischen Entscheidung - hier der Feststellung gemäß § 61 Abs4 leg.cit. - heranzuziehen oder doch zu verwerfen ist. Ein solches Ermittlungsverfahren hat, wie im folgenden zu begründen sein wird, die belangte Behörde zu entscheidenden Punkten jedoch nicht geführt.

Gemäß § 61 Abs1 OöVergG ist - aufgrund eines zulässigen Nachprüfungsantrages - 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

Verordnung steht und 2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß ist. Gemäß § 61 Abs4 legcit kommt nach erfolgter Zuschlagserteilung eine Nichtigerklärung nicht mehr in Betracht. Es ist jedoch festzustellen, ob eine behauptete Rechtsverletzung gemäß Abs1 vorliegt und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Die Begriffsbestimmung gemäß § 1 Z4 OöVergG definiert das Verhandlungsverfahren als ein Vergabeverfahren, in dem mit einem Unternehmer oder mehreren ausgewählten Unternehmern über den Auftragsinhalt verhandelt wird.

§ 5 regelt - auch für das Verhandlungsverfahren bei Dienstleistungsaufträgen geltende - allgemeine Grundsätze und bestimmt in Abs3, daß an den Vorarbeiten für eine Ausschreibung unmittelbar oder mittelbar beteiligte Unternehmer sowie mit ihnen verbundene Unternehmer ... von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen sind. § 7 Abs1 verpflichtet die Auftraggeber - generell, daher auch für Verhandlungsverfahren bei Dienstleistungsaufträgen - in ihren Bekanntmachungen zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes die Bezeichnungen und Codes des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge (CPV), ABl.Nr.S 169 vom 3.9.1996 (nunmehr kundgemacht in BGBl II Nr.272/1997 und in dieser Fassung verbindlich seit 20.9.1997), zu verwenden.

Gemäß § 9 Abs2 leg.cit ist, von (hier nicht anwendbaren) gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, jedes beabsichtigte Verhandlungsverfahren öffentlich bekanntzumachen.

§ 10 Abs1 leg.cit bestimmt, daß ... an einem

Verhandlungsverfahren nur solche Unternehmer teilnehmen,

die vom Auftraggeber zur Abgabe von Angeboten eingeladen

werden. Gemäß Abs2 leg.cit hat dieser Einladung zur

Angebotsabgabe ... eine öffentliche Erkundung des

Bewerberkreises (§ 11) vorauszugehen.

Die öffentliche Erkundung des Bewerberkreises beginnt

gemäß § 11 Abs1 OöVergG mit der Bekanntmachung, einen

Auftrag ... im Verhandlungsverfahren vergeben zu wollen.

In der Bekanntmachung sind Unternehmer aufzufordern, sich um die Teilnahme am Vergabeverfahren zu bewerben.

Gemäß Abs2 leg.cit hat die Bekanntmachung jedenfalls den Termin, bis zu dem die Teilnahmeanträge eingelangt sein müssen, die Zuschlagskriterien (hier: Bestbieterprinzip gilt in vollem Umfang) 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 bekanntzumachen, welche zur Eignungsprüfung erforderlichen Unterlagen dem Teilnahmeantrag beizuschließen sind. Abs5 leg.cit ordnet an, daß die Eignung der Bewerber gemäß § 29 zu überprüfen und hierüber ein Prüfbericht zu verfassen ist. Die Eignungsvoraussetzungen für die Bewerber sind im § 29 OöVergG abschließend geregelt und betreffen die gewerbliche Befugnis, die Zuverlässigkeit und die Leistungsfähigkeit, letztere unter finanziell/wirtschaftlichen Gesichtspunkten einerseits und technisch/fachlichen Gesichtspunkten andererseits. § 11a Abs1 OöVergG bestimmt, daß die nach der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises zum weiteren Verfahren zugelassenen Bewerber vom Auftraggeber gleichzeitig schriftlich aufzufordern sind, ihre Angebote einzureichen. Dieser Aufforderung sind die Ausschreibungsunterlagen und allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen. Gemäß Abs2 leg.cit sind Bewerber, die nicht zur Abgabe von Angeboten eingeladen werden, hievon unverzüglich, jedenfalls aber innerhalb von acht Tagen nach Abschluß des Auswahlverfahrens, schriftlich zu verständigen.

Die Verfahrensregel für das Nachprüfungsverfahren ist, auch auf Berufungsebene vor dem Tribunal, das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG). Gemäß § 56 AVG hat der Erlassung eines Bescheides ... die Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes, soweit er nicht von vornherein klar gegeben ist, nach den §§ 37 und 39 voranzugehen. Bei der Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes hat die Nachprüfungsbehörde iSd § 39 Abs.2 AVG amtswegig vorzugehen; sie kann insbesondere auch eine mündliche Verhandlung nach den §§ 40 bis 44 von Amts wegen oder auf Antrag durchführen. Gemäß § 59 Abs1 AVG hat der Spruch eines Bescheides ua jedenfalls die (für die Erledigung der Angelegenheit) angewendeten Gesetzesbestimmungen anzuführen.

Nicht strittig im Verfahren vor dem Oö. Verwaltungssenat ist, daß es sich im Nachprüfungsfall um einen dem OöVergG unterliegenden Dienstleistungsauftrag im Überschwellenwertbereich handelt, die Dienstleistung im wesentlichen

geistig-schöpferischer Art ist und ein solcher Auftrag im Verhandlungsverfahren zulässigerweise vergeben werden kann (§ 8 Abs2 iVm § 43a Abs1 und § 43d Abs1 Z3 OöVergG). In der Begründung des angefochtenen Bescheides vertrat die belangte Behörde - zutreffend - die Rechtsansicht, daß es sich beim nachzuprüfenden Verfahren um ein (öffentlich bekanntgemachtes) Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Erkundung des Bewerberkreises (§ 11 leg.cit) handelte. Allerdings ist ein Vergabeverfahren dieser Ausprägung, wie die Gemeinde in ihrer Stellungnahme vom 6.2.1998 zum Nachprüfungsantrag richtig festhielt, gemäß der Richtlinien-Vorgabe und landesgesetzlicher Umsetzung stets ein zweistufiges Verfahren (vgl Platzer/Öhlinger; EU-konforme Ausschreibungen, Leitfaden, Verlag Österreich 1997, 126 f). Die erste Stufe ("Auswahlverfahren") ist von der Eignungsprüfung geprägt und dient allein der Ermittlung der Teilnehmer, die zweite Stufe (das "weitere" Verfahren) ist den Verhandlungen über den Auftragsgegenstand (und über den Preis) - auf der Grundlage der von den ausgewählten, geeigneten Bewerbern (=Teilnehmern) über Aufforderung eingereichten Angebote - vorbehalten. In der ersten Stufe ist der Auftraggeber unter allen Umständen verpflichtet, die Bewerber einer Überprüfung hinsichtlich ihrer Befugnis, ihrer technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und ihrer Zuverlässigkeit zu unterziehen und schon dabei - wie bei den nachfolgenden Verhandlungen - das Gleichbehandlungsprinzip strikt zu beachten. Auf die Einhaltung dieser Vorgangsweise haben die Bewerber einen vor den Vergabekontrollorganen durchsetzbaren Rechtsanspruch. Auch schon in der ersten Stufe muß der Auftraggeber allfällige Unterlagen an alle Bewerber in gleicher Weise weitergeben, er darf keine Unterlagen zurückhalten oder gar nur einzelnen Bewerbern zur Verfügung stellen (aaO, 127). Die Zweistufigkeit des Verhandlungsverfahrens mit öffentlicher Erkundung des Bewerberkreises ist keineswegs dispositiv. Schon die öffentliche Bekanntmachung muß die säuberliche Trennung beider Stufen im Auge behalten, dh eindeutig erkennen lassen, daß es zunächst nur um den ersten Schritt geht und dieser exklusiv der Eignungsprüfung und Auswahl der Unternehmer gewidmet ist. Inhärente Mischformen in diesem System kennt das OöVergG nicht. Herauszustreichen ist, daß der Auftraggeber (den oder) die Teilnehmer am weiteren Verfahren jedenfalls nur aus dem Kreis geeigneter Bewerber auswählen darf. Für die somit erforderliche Beurteilung der Eignung, einen (Dienstleistungs-)Auftrag auszuführen, sind - objektivierende - Eignungskriterien vorgegeben. In der gesetzlichen Fixierung solcher Kriterien aber ist die - schon für die erste Stufe gebotene - Gleichbehandlung der Bewerber grundgelegt. Naheliegenderweise ist der Auftraggeber daher an den Katalog gemäß § 29 OöVergG der Eignungskriterien und deren Nachweise gebunden; er darf diesen Katalog nicht aus eigenem Gutdünken erweitern. Die Hineinnahme "freier", dh anderer, vom Auftraggeber wie auch immer bezeichneter und gestalteter Auswahlkriterien in die Bekanntmachung und ihre Verwendung für Zwecke der Eignungsbeurteilung ist, weil dem Grunde nach der Subjektivierung des Beurteilungsvorganges Tür und Tor öffnend, nicht statthaft. Daher dürfen Aufforderungen des Auftraggebers, mit dem Teilnahmeantrag bestimmte Konzepte oder Angebote vorzulegen, die direkt oder indirekt bereits die Leistung als solche im Auge haben, nicht mit den von § 29 leg.cit vorgegebenen Eignungskriterien und ihren Nachweisen vermengt werden; derartige Aufforderungen sind der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens vorbehalten. Nur allein für das "verdeckte" Verhandlungsverfahren (ohne vorgängige öffentliche Erkundung des Bewerberkreises) erlaubt das Gesetz die formale Verbindung von Aufforderung zur Angebotsabgabe und Angaben zur Eignungsbeurteilung in einem Akt, wenngleich auch diesfalls die Eignungskriterien als solche eindeutig erkennbar bleiben müssen (vgl § 29 Abs7 leg.cit). Im Grunde ihrer Behauptungen, bezogen auf die erste Stufe, machte die Nachprüfungswerberin zunächst Rechtswidrigkeit zufolge unzulässiger "Auswahlkriterien" (eigentlich: Eignungskriterien) geltend. Sie ist damit im Recht. Die beiden letzten Unterpunkte aus den "weiteren Auswahlkriterien" der Bekanntmachung ALZ Nr. 17/1997, nämlich "Vorlage eines Konzeptes für infrastrukturelle Überlegungen für das Gemeindegebiet R mit dem Schwerpunkt Wohnen im Alter" (folgend kurz: Konzept) und "Wirtschaftlich günstigstes Angebot" finden im § 29 OöVergG keine Deckung. Beide Punkte wurden zwar, wie die Stellungnahme vom 6.2.1998 zum Nachprüfungsantrag bestätigt, von der Auftraggeberin unmißverständlich als Teil der Eignungsbeurteilung verstanden und bekanntgemacht. Diese Punkte sind jedoch keine Eignungskriterien/-nachweise im Sinne der gesetzlichen Auflistung, weder zur gewerblichen Befugnis noch zur Zuverlässigkeit noch zur Leistungsfähigkeit aus finanziell/wirtschaftlicher und technisch/fachlicher Sicht. Wenn nicht schon mit der Nachprüfungswerberin als zweifelhaft gewertet werden muß, ob das Konzept überhaupt in einer sachlichen Beziehung zur Leistung "Baubetreuung" resp. "Projektmanagement im Bauwesen" (so die entsprechende, von der Gemeinde allerdings nicht - siehe unten - verwendete Leistungsbeschreibung im CPV unter Code-Nr. 74206000) steht, könnte allenfalls eine indirekte Beziehung zum Auftragsgegenstand im Teilbereich Planung gesehen werden. Das "Wirtschaftlich günstigste Angebot" hingegen stellt sich zufolge des Wortlautes und des ausdrücklichen Querverweises auf das bzgl. Zuschlagskriterium (= Bestbieterprinzip) der Dienstleistungs-Richtlinie 92/50/EWG als direkte

Aufforderung zur Angebotsabgabe im ganzen Auftragsgegenstand dar. Im übrigen können beide Punkte auch keineswegs als "andere Nachweise" iSd § 29 Abs4 Z3a OöVergG und somit auch nicht auf diesem Umweg als hier zulässige Eignungskriterien gedeutet werden. Im Ergebnis erweist sich die inhaltlich solcherart gestaltete öffentliche Bekanntmachung bzw öffentliche Erkundung des Bewerberkreises in diesen beiden, mit dem Behauptungsvorbringen relevierten Punkten als rechtswidrig. Mit der Behauptung der Nachprüfungswerberin, der Bekanntmachung habe schon die gesetzlich gebotene Eindeutigkeit gefehlt und sei für den interessierten Unternehmer nicht klar genug zu erkennen gewesen, ob es sich nur um die Teilnehmerauswahl oder bereits um die Aufforderung zur Angebotsabgabe handle, hat sich die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid nicht wirklich auseinandergesetzt. Wäre sie den Behauptungen im einzelnen nachgegangen, hätte ihr auffallen müssen, daß schon die Beschreibung des Auftragsgegenstandes durch CPV-Code nichts zur Eindeutigkeit der Bekanntmachung beigetragen hat. Im Gegenteil: Die in der Bekanntmachung ALZ Nr. 17/1997 angegebene Code-Nummer ist der CPV-Abteilung "Bauarbeiten" entnommen und beschreibt als Gegenstand des Verhandlungsverfahrens nicht den Dienstleistungsauftrag "Baubetreuung", sondern den Bauauftrag "Bauarbeiten für Altenheime, Kinderheime und andere Wohnheime". Geradezu konträr zur Zielsetzung der Anordnung gemäß § 7 Abs1 OöVergG verstärkte die unzutreffend, nämlich auch in Widerspruch zur Auflistung der prioritären Dienstleistungen in der Anlage II/A zum OöVergG vorgenommene CPV-Beschreibung die von der Nachprüfungswerberin also zu Recht gerügte Zweideutigkeit der öffentlichen Bekanntmachung. Die bloß oberflächliche Einlassung der belangten Behörde in das Vorbringen der Nachprüfungswerberin zu diesem Punkt zeigt sich auch in folgendem: Die belangte Behörde hat sich mit Fragen des rechtlich zulässigen Inhaltes der öffentlichen Bekanntmachung nicht (nachvollziehbar) auseinandergesetzt und dadurch aber - konkludent - den Inhalt der öffentlichen Bekanntmachung als rechtens befunden. Es ist aus dem vorgelegten Verfahrensakt andererseits jedoch nicht erkennbar, daß die belangte Behörde eigene Ermittlungen angestellt hätte zum bezüglichen, in diesem Zusammenhang nicht unwesentlichen Sachvorbringen der Nachprüfungswerberin, wonach ein Drittel der Bewerber kein Offert betreffend das "Wirtschaftlich günstigste Angebot" gelegt hätte und im übrigen hiefür nähere Ausschreibungsunterlagen nicht zu erhalten, ja solche Unterlagen gar nicht existent gewesen seien.

Steht aber nach der Aktenlage fest, daß die Auftraggeberin die Eignungsprüfung der drei für das weitere Verfahren ausgewählten Teilnehmer (auch) anhand unzulässiger Kriterien, denen immerhin der höchste Gewichtungsfaktor zukam, vorgenommen hat, dann war die Auswahlentscheidung insoweit auf eine rechtswidrige Grundlage gestützt (§ 61 Abs1 Z1 OöVergG) und war darüber hinaus die Entscheidung, wie sogleich zu zeigen ist, für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß (§ 61 Abs1 Z2 OöVergG). Zusammenfassend ist für den neuerlichen Verfahrensgang bei der Nachprüfungsbehörde in dieser Angelegenheit als Zwischenergebnis zugrunde zu legen, daß bereits im eben beschriebenen Umfang die behauptete Rechtsverletzung gemäß § 61 Abs1 OöVergG vorliegt und insofern das erste Tatbestandsmerkmal für eine Feststellung iS des § 61 Abs4 legcit erfüllt ist.

Bezogen auf das weitere Verfahren (zweite Stufe) aber behauptete die Nachprüfungswerberin den wesentlichen Einfluß der Vornahme der Eignungsbeurteilung anhand unzulässiger Kriterien auf den Ausgang des Verhandlungsverfahrens dadurch, daß im speziellen das Kriterium ?Konzept? zur Bevorzugung eines bestimmten Bewerbers geführt, für die anderen Bewerber jedoch diskriminierend gewirkt habe. Der Umstand, daß nur ein bestimmter Bewerber als einziger ein solches Konzept innerhalb der hiefür zu knapp bemessenen Frist habe vorlegen können, sei nur dadurch zu erklären, daß dieser Bewerber durch einen Informationsvorsprung in einer begünstigten Ausgangsposition sich befunden habe. Es müsse daher angenommen werden, daß der solchermaßen begünstigte und schließlich bestbewertete Bewerber an Vorarbeiten für das Projekt unmittelbar oder mittelbar beteiligt gewesen sei, was jedoch bedeute, daß er vom weiteren Vergabeverfahren von Gesetzes wegen ausgeschlossen gewesen wäre.

Tatsächlich haben, wie aus der Aktenlage ersichtlich, nur vier von 20 Bewerbern (ein weiterer, jedoch verspäteter Teilnahmeantrag blieb ungeprüft) das in Rede stehende Konzept vorgelegt; drei davon wurden mit nur je einem Punkt, einer mit fünf Punkten (= Höchstnote) bewertet. Dieser von der Auftraggeberin bei der Eignungsprüfung (nicht nur beim Einzelkriterium Konzept, sondern insgesamt) höchstbewertete Bewerber war einer von den für das weitere Verfahren von der Auftraggeberin ausgewählten drei Bewerbern; auf eben diesen Bewerber bezieht sich die Behauptung der Nachprüfungswerberin eines Informationsvorsprunges beim Konzept bzw einer Beteiligung an Vorarbeiten; an ihn als Bestbieter wurde nach Beendigung des Verhandlungsverfahrens der schließliche Zuschlag erteilt.

Wäre hingegen - und dies betrifft den Kern des geltend gemachten Rechtsschutzanliegens - dieser Bewerber, das Zutreffen der behaupteten Teilnahme an Vorarbeiten vorausgesetzt, am weiteren Verfahren gemäß § 28 Abs6 Z4 iVm § 5 Abs3 OöVergG daher nicht beteiligt worden, dann wird - der ausgeschlossene Bewerber weggedacht - ein dem zweiten Tatbestandsmerkmal für die Feststellung gemäß § 61 Abs4 OöVergG entsprechendes Ergebnis sichtbar, wonach der schließliche Zuschlag nicht dem eigentlichen (in der Reihung der iSd § 31 Abs1 leg.cit günstigsten Angebote nächsten) Bestbieter erteilt worden wäre.

Ob aber im Tatsachenbereich zutrifft, daß - wie behauptet - jener (realiter mit dem Zuschlag bedachte) Bewerber an Vorarbeiten beteiligt war, ist eine nach den Umständen dieses Falles wesentliche Sachfrage und wurde der belangten Behörde als entscheidender Punkt des geltend gemachten Rechtsschutzanspruches vorgetragen. Die Lösung dieser Sachfrage hätte die belangte Behörde in einem von ihr zu führenden Ermittlungsverfahren amtswegig und unter Abklärung aller von der Nachprüfungswerberin aufgestellten, plausiblen (siehe oben) Behauptungen nachzugehen gehabt. Dabei wäre die Konzentration des Beweisverfahrens (förmliche Zeugenvernehmung von Vertretern des zum Zuge gekommenen Bestbieters, Vernehmung von Gemeindefunktionären, Urkundenvorlage uam) in einer mündlichen Verhandlung in Anwesenheit aller Beteiligten schon aus Gründen der Verfahrensökonomie geboten gewesen. Ein Ermittlungsverfahren in dieser von § 56 AVG ins Auge gefaßten Qualität hat die belangte Behörde jedoch nicht geführt. Nach Lage des vorgelegten Aktes erschöpften sich ihre Bemühungen zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes in der Einholung einer Stellungnahme der auftraggebenden Gemeinde zum Nachprüfungsantrag und in der Gewährung des rechtlichen Gehörs zu dieser Stellungnahme. Daß die belangte Behörde die ihr von Verfahrensgesetzes wegen zugedachte Aufgabe einer erschöpfenden Feststellung der hier maßgebenden Lebenssachverhalte gänzlich verkannte, wird im übrigen aus der Begründung des angefochtenen Bescheides, der obendrein, entgegen der Anordnung des § 59 Abs.1 AVG, in seinem Spruch die angewendeten Gesetzesbestimmungen nur diffus anführt, deutlich. Daraus ist zu entnehmen, daß die Nachprüfungsbehörde, auch entgegen § 60 AVG, auf das wesentliche Sachvorbringen der Nachprüfungswerberin entweder gar nicht oder nur unter Verkennung der vergaberechtlich vorgegebenen Zweistufigkeit des zu prüfen gewesenen Verhandlungsverfahrens eingeht. Indem etwa die belangte Behörde zur, wie aufzuzeigen war, wesentlichen Frage des Konzeptes nur ausführt, daß die

"Gemeinde ... damit nicht ein umfassendes Konzept

(forderte), sondern ... nur sicherstellen (wollte), daß

der Bieter grundsätzliche Kenntnisse in den Belangen des Altenheimewesens besitzt", gibt sie insoweit - ohne eigene Reflexion - unkritisch nur die bezügliche Passage aus der Stellungnahme der Gemeinde vom 6.2.1998 wieder. Dies erklärt auch, daß die belangte Behörde - zumindest nach Ausweis der Aktenlage - nicht nachgeprüft hat, ob die Bewerber aus der in der öffentlichen Bekanntmachung enthaltenen Formulierung des Kriteriums ?Konzept? die - nachträglich - einschränkende Interpretation der Gemeinde, wonach damit ohnehin nur ein höchstens zweiseitiges Thesenpapier zur "Heimphilosophie" der interessierten Unternehmen angesprochen gewesen sei, wirklich haben erkennen können und ob die Gemeinde diese Interpretation allen oder nur bestimmten oder überhaupt keinem der Bewerber(n) vor der Auswahlentscheidung bekanntgegeben hatte; auch aus der erwähnten Stellungnahme der Gemeinde geht diesbezüglich nichts hervor. In diesem Zusammenhang fällt weiters auf, daß die belangte Behörde sich mit der Vorlage nur eines Teilaktes durch die Auftraggeberin begnügte: Diese schloß ihrer Stellungnahme vom 6.2.1998 neben dem Schriftwechsel zu den beiden Ausschreibungsbekanntmachungen nur den spez. Schriftwechsel mit der Nachprüfungswerberin und das schon erwähnte Bewertungsprotokoll an. Hingegen offenbar nicht vorgelegt hat die Gemeinde die ihr vom Gesetz (§ 29 Abs6 OöVergG) - als Kern des Prüfberichtes im Sinne des § 11 Abs5 leg.cit - aufgetragene Niederschrift über ihre für die Eignungsbeurteilung maßgeblichen Erwägungen (aus dem Bewertungsprotokoll gehen Erwägungen gerade nicht hervor!). Der Gemeinde ist freilich zugute zu halten, daß die belangte Behörde nach Ausweis des Verfahrensaktes die Vervollständigung der Aktenunterlagen durch die Auftraggeberin auch nicht verlangt hatte.

Anders als zB im Land NÖ hat der Landesvergabegesetzgeber in Oberösterreich nicht den unabhängigen Verwaltungssenat (als ein den Anforderungen des zweiten Teiles der Rechtsmittel-Richtlinie genügendes Gericht), sondern die Landesregierung als erste Instanz im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren bestimmt. Auf diese Weise ist in Entsprechung des bzgl. allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechtes die gerichtsförmige Kontrolle aller einschlägigen Entscheidungen der Nachprüfungsbehörde gewährleistet (vgl Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Juristische Schriftenreihe Bd. 114, Verlag Österreich 1997, 92 f). Damit

ist aber auch festgelegt, daß der Landesregierung als Nachprüfungsbehörde im Anrufungsfall die volle Tatsachenkompetenz zukommt und sie den korrespondierenden Ermittlungsauftrag daher verantwortlich wahrzunehmen hat. Eine - faktische - Delegierung der Ermittlungspflicht an die unabhängige Berufungsinstanz im Wege schlichter Nichtvornahme der Feststellung widerspricht dem gesetzlichen Auftrag und wäre auch mit den Vorgaben des Art2 Abs8 der Rechtsmittel-Richtlinie unvereinbar. Dieses Grundgerüst nun bezogen auf den vorliegenden Fall hat im Ergebnis die belangte Behörde durch Unterlassung der Ermittlungstätigkeit in entscheidenden Punkten den von der frustrierten Gesellschaft begehrten Rechtsschutz in Wahrheit verweigert. Sie verkannte, daß die zum Nachprüfungsantrag von ihr eingeholte Stellungnahme der Gemeinde als Partei im Nachprüfungsverfahren das ordnungsgemäße Ermittlungsverfahren nicht substituieren konnte, weil die Partei doch jederzeit im Verfahren das ihrer Auffassung nach Erfolg versprechende Vorbringen erstatten kann (vgl die unter Anm. 5 bei Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 5.A 1996, zit. VwGH-Jud. vom 15.12.1992, 92/11/0162). Nicht nur aber die gehäufte Verkennung der Rechtslage, sondern auch das Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder das Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens überhaupt wertet die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zum Gleichheitssatz; zB Erk vom 25.6.1994, B 1676/92; vom 27.9.1995, B 316/94; je mit Vorjudikatur) als willkürliches, in die Verfassungssphäre eingreifendes Verhalten der Behörde.

Aus allen diesen Gründen erwies sich - vor dem Hintergrund einer mit bestimmten Behauptungen beantragten (Nichtigerklärung bzw) Feststellung iSd § 61 Abs.4 OöVergG - der dem Oö. Verwaltungssenat vorliegende Sachverhalt in diesem Fall als so mangelhaft, daß die Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch die belangte Behörde unvermeidlich erscheint. Es war daher wie im Spruch zu entscheiden. Für die Zurückverweisung sprechen im übrigen auch Kostengründe, weil die mündliche Verhandlung vor der Nachprüfungsbehörde im Vergleich mit dem erheblich aufwendigeren Verfahren vor der Kammer des Oö. Verwaltungssenates eine Ersparnis an Kosten bedeutet.

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, http://www.wien.gv.at/uvs/index.html

© 2024 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at