

# TE Vwgh Erkenntnis 2000/5/31 2000/04/0014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.05.2000

## Index

L37133 Abfallabgabe Müllabgabe Sonderabfallabgabe Sondermüllabgabe  
Müllabfuhrabgabe Niederösterreich;  
L72003 Beschaffung Vergabe Niederösterreich;  
L82403 Abfall Müll Sonderabfall Sondermüll Niederösterreich;  
83 Naturschutz Umweltschutz;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

AWG 1990 §1 Abs2 Z3;  
AWG NÖ 1992 §1 Abs2 Z3;  
BVerG 1997 §47 Abs2;  
BVerG 1997 §58 Abs2 Z3;  
BVerG 1997 §58 Abs2;  
BVerG 1997 §60 Abs4;  
LVerG NÖ 1995 §17 Abs1;  
LVerG NÖ 1995 §18 Abs1;  
LVerG NÖ 1995 §27 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Gruber, Dr. Blaschek und Dr. Baur als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Böheimer, über die Beschwerde der N Gesellschaft m. b. H. in S, vertreten durch Dr. K, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 30. November 1999, Zl. Senat-AB-99-027, betreffend Nichtigerklärung eines Ausschlusses vom Vergabeverfahren (mitbeteiligte Partei: U AG in N, vertreten durch E & Partner, Rechtsanwaltssozietät in G), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Das Land Niederösterreich hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 15.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die Beschwerdeführerin hat zwecks Vergabe einer Dienstleistung im nicht offenen Vergabeverfahren mit Datum 25. Mai 1999 folgende Bekanntmachung veröffentlicht:

"Nicht offenes Verfahren mit vorangehendem öffentlichem Teilnahmewettbewerb

1. Name, Anschrift, Telefon-, Telegramm-, Fernschreib- und Fernkopiernummer oder Adresse des Auftraggebers (Vergabestelle):

N GesmbH, Tel. (Herr GF).

2. Kategorie der Dienstleistung und Verfahrensart:

Präqualifikation (öffentlicher Teilnahmewettbewerb), Vergabe einer

Dienstleistung, Kategorie 16, 'Müllentsorgung',

CPC-Referenz-Nr. 94, gemäß CPC-Nomenklatur der Vereinten Nationen.

Hier: Thermische Behandlung und Entsorgung von ca. 130.000 - 190.000 t Restmüll mit der Option auf weitere 30.000 t pro Jahr ab 1.1.2004 bis mindestens 2013. Eine optimale Beteiligung des Auftraggebers an dem für die Leistungserbringung ausgewählten Unternehmen muss verpflichtend angeboten werden.

3. Ausführungsort:

Niederösterreich (neu zu errichtende Anlage des Bewerbers).

4.

entfällt.

5.

Angaben darüber, ob ein Anbot für Teile und/oder für die Gesamtheit der angeforderten Lieferungen eingereicht werden kann:

Gesamtvergabe mit optional zu beauftragenden Zusatzleistungen (Umschlag/Transport/Beteiligungsmöglichkeit).

6. Beabsichtigte Zahl oder Marge von Dienstleistungserbringern, die zur Anbotabgabe aufgefordert werden:

mindestens 5.

7. Zulassung von Änderungsvorschlägen:

Alternativ- und Änderungsvorschläge sind in Teilbereichen zugelassen.

8. Dauer des Auftrages, Frist der Dienstleistung:

Vertragsbeginn ab 1.1.2004 bis mindestens 31.12.2013, längstens 31.12.2028.

9.a) Tag, bis zu dem die Anträge auf Teilnahme eingehen müssen:

15. Juli 1999.

b) Anschrift der Stelle, bei der sie einzureichen sind:

wie Ziffer 1.

c)

Sprache bzw. Sprachen, in denen sie abzufassen sind:

Deutsch.

10.

entfällt.

11.

Tag, bis zu dem die Aufforderung zur Anbotabgabe abgesandt werden muss:

20. August 1999.

12. Geforderte Kautionen/Sicherheiten:

## Vertragserfüllungsbürgschaft/Bankgarantie/Sonstige Sicherheiten

13.

entfällt.

14.

Rechtsform, die die Bietergemeinschaft bei der Auftragserteilung annehmen muss:

Rechtlich zulässige und in Österreich eingetragene Gesellschaft.

Bietergemeinschaften sind zugelassen. Sie müssen eine Rechtsform haben, bei der gewährleistet ist, dass alle Mitglieder der Bietergemeinschaft gesamtschuldnerisch haften. Die Bietergemeinschaften haben die Mitglieder sowie eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigte Vertreter für den Abschluss und die Durchführung des Vertrages zu nennen.

15. Anforderungen an den Unternehmer:

Unternehmen, die ihr Interesse bekunden möchten, sollen dies in der Form des im folgenden beschriebenen Präqualifikationsdokumentes tun.

Es sollten folgende Belege in Kopie beigelegt werden (bei Bietergemeinschaften von allen an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen).

a) die letzten beiden geprüften Jahresberichte des Unternehmens oder entsprechend aussagefähige Unterlagen

b) Erklärung des Gesamtumsatzes mit den Leistungen, die Gegenstand

der Ausschreibung sind, in den letzten drei Geschäftsjahren

c)

Benennung von Referenzen

d)

Bescheinigung der zuständigen Stelle des Mitgliedstaates des Auftragnehmers, aus der hervorgeht, dass der Unternehmer seine Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben nach den Rechtsvorschriften des Landes des öffentlichen Auftraggebers erfüllt hat

e) Angaben über die ihm für die Ausführung der zu vergebenden Leistung zur Verfügung stehende technische und personelle Ausrüstung

f) Nachweise zu Beteiligungsverhältnissen und Betriebsniederlassungen (operativ) in Österreich

Von den Unternehmen können im Vergabeverfahren Alternativ- und Verbesserungsvorschläge zur angefragten Leistung vorgelegt werden. Ein Rechtsanspruch zur Teilnahme am weiteren Verfahren entsteht nicht.

16. Kriterien für die Auftragserteilung:

Die Kriterien für die Auftragserteilung und deren Rangfolge werden

in den Vergabeunterlagen bzw. in der Aufforderung zur Anbotabgabe

dargestellt. Zu den Kriterien werden u.a. gehören:

Behandlungspreis

Besondere vertragliche

Regelungen/Risiken/Garantien/Sicherheiten

Preis für Umschlag und Transport (optionaler Anbotbestandteil)

17. Sonstige Angaben, insbesondere die Stelle, an die sich der Bewerber oder Bieter zur Nachprüfung behaupteter Verstöße gegen Vergabebestimmungen wenden kann:

Schlichtungsstelle beim Amt der NÖ Landesregierung.

18. Tag der Veröffentlichung der Vorinformation im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften:

Absendung der Information am 08.1.1999.

19. Tag der Absendung der Bekanntmachung:

25.05.1999.

20.

Tag des Einganges der Bekanntmachung beim Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft:

25.05.1999."

Die mitbeteiligte Partei hat sich an diesem Ausschreibungsverfahren beteiligt und ein Anbot erstellt. Sie wurde jedoch von der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 23. August 1999 vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

Mit Schriftsatz vom 28. September 1999 stellte die mitbeteiligte Partei beim Unabhängigen Verwaltungssenat im Land Niederösterreich einen Antrag auf Nichtigerklärung aller bisherigen Entscheidungen der Beschwerdeführerin.

Mit Spruchpunkt I. des Bescheides des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 30. November 1999 wurde die Entscheidung der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren "Präqualifikation (öffentlicher Teilnahmewettbewerb) zur Vergabe einer Dienstleistung, Kategorie 16, 'Müllentsorgung', CPC-Referent-Nr. 94; hier: thermische Behandlung und Entsorgung von ca. 130.000-190.000 t Restmüll mit der Option auf weitere 30.000 t pro Jahr ab 1.1.2004 bis mindestens 2013. Eine optionale Beteiligung des Auftraggebers an dem für die Leistungserbringung ausgewählten Unternehmen muss verpflichtend angeboten werden.", die mitbeteiligte Partei im Rahmen des Präqualifikationsverfahrens im Hinblick auf die zweite Stufe des Vergabeverfahrens auszuschließen, gemäß §§ 24, 25, 27 Abs. 1 und 28 NÖ Vergabegesetz für nichtig erklärt.

Mit Spruchpunkt II. dieses Bescheides wurde der unter Punkt 3. "Ausführungsort" im Text der öffentlichen Bekanntmachung des fraglichen Vergabeverfahrens enthaltene Wortlaut "Niederösterreich (neu zu errichtende Anlage des Bewerbers)" gemäß §§ 24, 25, 27 Abs. 1 und 2 und 28 NÖ Vergabegesetz als diskriminierend gestrichen.

Zur Begründung führte der Unabhängige Verwaltungssenat im Wesentlichen aus, die mitbeteiligte Partei habe im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ihren ursprünglichen Antrag auf die mit dem Spruch des angefochtenen Bescheides erledigten Anträge eingeschränkt. Die in der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 gewählte Form der Leistungsbeschreibung werde den vergaberechtlichen Anforderungen (Vergleichbarkeit, Risikoverteilung, Angebotsbewertung) im Hinblick auf die notwendige Genauigkeit der Leistungsbeschreibung nicht im erforderlichen Umfang gerecht. Es fehle eine Festlegung, in welche Komponenten die Komplettdienstleistung "Müllentsorgung" und zu welchem Anteil diese gegliedert sei. Eine Leistungsbeschreibung in Form des Wortlautes "Planung, Errichtung und Betrieb einer thermischen Müllverbrennungsanlage" sei in der Bekanntmachung nicht enthalten. Ein Hinweis auf "umfangreiche Erfahrungen auf dem Gebiete der Planung, Bau und Betrieb von thermischen Anlagen (Müllverbrennung, Großkraftwerke und ähnliches)" finde sich im gesamten Text dieser Bekanntmachung nicht. Auch werde darin nicht auf eine Rechtsvorschrift verwiesen, die ein derartiges Kriterium zum Inhalt hätte. Im Zeitpunkt der Bekanntmachung des Inhaltes sowie im Zeitpunkt vor der Bewertung der Bewerber durch das von der Beschwerdeführerin beauftragte Unternehmen seien konkrete, auf eine exakt definierte Leistung bzw. deren Umfang abgestimmte und vom öffentlichen Auftraggeber verlangte Eignungsnachweise bzw. intern festgelegte Auswahlkriterien und eine Gewichtung derselben nicht festgestanden. Die mitbeteiligte Partei habe in ihrem Bewerbungsschreiben bekannt gegeben, dass es sich beim angebotenen Projekt nicht um eine reine Verbrennung, sondern um ein Splittingverfahren, also um eine thermische Verwertung mit vorgeschalteter mechanisch-biologischer Aufbereitung und nachträglicher Deponierung der nicht brennbaren Restabfälle handle. Im Ergebnis entstehe eine Menge von ca. 80.000 t Leichtfraktion und es würde diese nach dem Inhalt des im bezughabenden Bewerbungsschreiben vorgeschlagenen Projektes in der Steiermark (Niklasdorf) und eventuell an sonstigen Anlagen zur Verbrennung und Verwertung gelangen. Für die Anlage Niklasdorf bestehe laut Bewerbungsschreiben ein Bewilligungsbescheid zweiter Instanz, welcher nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof bekämpft worden sei. Die Beschwerdeführerin halte eine Beteiligung an der Enages im Ausmaß von 10 %. Die restlichen 4 x 35.000 t würden mit ca. 4 x 15.000 t Klärschlamm vermischt und danach einer biologischen Behandlung unterzogen werden. Der auf diese Weise reduzierte Restabfall betrage ca. 4 x 27.000 t. Ein Teil davon würde der thermischen Behandlung in der Zement- oder Papierindustrie zugeführt werden. Für die Deponierung des reduzierten Restabfalles stünden Deponien in den Bundesländern Wien, Niederösterreich, Burgenland und Steiermark zur Verfügung. Für die Verbrennung in der

Zement- und Papierindustrie gebe es Vereinbarungen mit Werken in Oberösterreich und Niederösterreich. Weitere Subunternehmer würden in der späteren Angebotslegung genannt werden. Die mitbeteiligte Partei sei zu 50 % an der E GmbH, zu 37,5 % an der S GesmbH, zu 10 % an der X, zu 100 % an der A GesmbH, welche ihrerseits wiederum zu 50 % an der Y GesmbH beteiligt sei, und weiters zu 100 % an der Z beteiligt. Die Z GesmbH halte ihrerseits wiederum 50 % Anteile an der D GesmbH, 25 % an der G GesmbH und 55 % Anteile an der W GesmbH. Die mitbeteiligte Partei sei im Verhältnis zu den Tochtergesellschaften lediglich die Holdinggesellschaft und operativ nicht tätig. Die F sei zu 100 % Eigentümerin der W und zu 25 % Eigentümer der V, somit auch der X (25 % von 80 %). Die X habe jedenfalls ein Zugriffsrecht auf das Know-how und die technischen Referenzen der U, welche in ausreichender Weise über die spezifischen, besonderen Erfahrungen bei thermischen Kraftwerken verfüge. Zwischen der Z und der X bestehe seit einigen Jahren eine Optionsvereinbarung mit dem Inhalt, dass die Z auf Ressourcen der Enages zurückgreifen könne, sobald die Anlage in Niklasdorf in Betrieb gehe. Weiters sei davon auszugehen, dass die Z die gesamte Müllakquisition und auch die Logistik und Disposition für die Enages übernehme. Dies sei in der zwischen den beiden Unternehmen abgeschlossenen Vereinbarung enthalten. Weitere mündliche Absprachen bestünden mit einem Unternehmen, welches in Niederösterreich seinen Sitz habe und auch in Niederösterreich eine Müllverbrennungsanlage errichten möchte. Die Kapazität dieser Anlage solle im Bereich von 80.000 bis 120.000 t pro Jahr liegen und im Prinzip die gleiche Anlage wie jene in Niklasdorf sein. Die Verträge sähen ein exklusives Zugriffsrecht auf mindestens 50 % der Kapazität für die Z vor. Weiters bestehe eine Optionsvereinbarung der mitbeteiligten Partei mit einem oberösterreichischen Unternehmen, dessen Anlage (in Oberösterreich) bereits errichtet worden sei und sich derzeit im Versuchsstadium befinde. Sobald die Anlage einwandfrei funktioniere, sei die Z berechtigt, an dieses Unternehmen Abfall zu liefern. Dieser Abfall werde zur Gänze übernommen. Die mitbeteiligte Partei habe seit mehreren Jahren Verträge mit Unternehmen der Ziegel- und Zementindustrie abgeschlossen. Diese Unternehmen dürften aufbereiteten Restmüll mitverbrennen. Die mitbeteiligte Partei habe zirka zehn dieser Verträge mit Ziegelunternehmen und zwei Verträge mit Zementunternehmen abgeschlossen. Keiner dieser Verträge sei nach der Bewerbung der mitbeteiligten Partei im gegenständlichen Vergabeverfahren abgeschlossen worden. Die mitbeteiligte Partei sei von dem zur Auswahl der geeigneten Bewerber beauftragten Unternehmen zu keinem Zeitpunkt aufgefordert worden, ihre - auch die thermische Behandlung von Abfällen inkludierenden - Angaben laut Bewerbungsschreiben betreffend Erfahrungen auf den Gebieten der Planung, der Errichtung oder des Betriebes von thermischen Abfallbehandlungsanlagen (Großkraftwerksanlagen oder Ähnliches) zu ergänzen bzw. zu verbessern. Die Beschwerdeführerin habe auf Grund der von der mitbeteiligten Partei mit Schreiben vom 15. Juli 1999 vorgelegten Unterlagen zwingend davon ausgehen müssen, dass die mitbeteiligte Partei bei ihrer Bewerbung die Dienstleistungskomponente "thermische Behandlung" berücksichtigt habe. Die mitbeteiligte Partei sei von der Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt aufgefordert worden, bekannt zu geben, ob sie allfälligen Zugriff auf das Know-how von anderen Unternehmen habe, welcher für die Planung, Errichtung oder den Betrieb einer Müllverbrennungsanlage, wie von der Beschwerdeführerin für wesentlich erachtet, von Bedeutung wäre. Die mitbeteiligte Partei sei lediglich aufgefordert worden, ihre Eigentümer bekannt zu geben. Im Rahmen der für die Beschwerdeführerin von einem Unternehmen vorgenommenen Prüfung sei die technische Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei als nicht gegeben erachtet worden. Die übrigen Eignungskriterien (wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, Befugnis udgl.) seien bejaht worden. Die mitbeteiligte Partei habe von der Beschwerdeführerin ein mit 23. August 1999 datiertes Schreiben erhalten, in dem der dritte Absatz folgenden Wortlaut habe:

"Auf Grund der Vielzahl der eingegangenen Bewerbungen wurden auf Vorschlag unseres Beraters ausschließlich Unternehmen beteiligt, die über umfangreiche Erfahrungen auf den Gebieten der Planung, Bau und Betrieb von thermischen Anlagen (Müllverbrennung, Großkraftwerke u.ä.) verfügen. Wie in der Veröffentlichung des Teilnahmewettbewerbes angekündigt, sind mindestens 5 Bewerber am weiteren Vergabeverfahren beteiligt."

Bei der Beurteilung der Rechtsfrage, ob die Einschränkung der Leistungserbringung in Bezug auf die Komponente "thermische Behandlung" in Form einer Eingrenzung auf die politischen Landesgrenzen Niederösterreichs geeignet sei, eine Diskriminierung der am nicht öffentlichen Verfahren Teilnehmenden zu begründen, sei maßgeblich der Grundsatz des freien Verkehrs von Personen, Waren, Kapital und Dienstleistungen im Sinne der Bestimmungen des EG-Vertrages zu berücksichtigen. Davon ausgehend handle es sich bei der Festlegung des Ausführungsortes in dieser Form (aus näher dargelegten Gründen) um einen nicht unabdingbar notwendigen Zusatz, welcher auf Grund der Festlegung auf politische Grenzen geeignet sei, eine Diskriminierung von Bewerbern bzw. Bietern herbeizuführen. Im Hinblick auf

mögliche Dispositionsmaßnahmen der Bewerber bzw. Bieter sei gleichzeitig davon auszugehen, dass es sich bei dem genannten Zusatz in der öffentlichen Bekanntmachung laut deren Wortlaut im Punkt 3. um einen solchen handle, welcher für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gewesen sei.

Zur Begründung des Spruchpunktes I. wird im angefochtenen Bescheid sodann ausgeführt, gemäß § 1 Abs. 2 Z. 3 Abfallwirtschaftsgesetz (des Bundes) seien Abfälle, die nicht verwertbar seien, je nach ihrer Beschaffenheit durch biologische, thermische oder chemisch-physikalische Verfahren sonst zu behandeln. Feste Rückstände seien möglichst reaktionsarm und konditioniert geordnet abzulagern (Abfallentsorgung). Die gleiche Textierung enthalte § 1 Abs. 2 Z. 3 NÖ AWG 1992. Bei der Auslegung des Begriffes "thermische Behandlung und Entsorgung" seien gleichzeitig die gesetzlichen Grundlagen nach dem Abfallwirtschaftsgesetz des Bundes und nach dem NÖ AWG 1992 und auch der Text der gegenständlichen Ausschreibung zu Grunde liegenden Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 zu berücksichtigen. Einem auf dem Gebiet der Abfallbewirtschaftung und Abfallentsorgung Fachkundigen könne im Hinblick auf den zu Grunde liegenden Text der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 durchaus klar geworden sein, dass im gegenständlichen Fall als Dienstleistung ausschließlich die thermische Behandlung und Entsorgung der dabei anfallenden Reststoffe als verfahrensgegenständliche Dienstleistung der Kategorie 16, CPC-Referenz Nr. 94, zur Vergabe gelangen sollte. Weiters habe aus dem Text der Bekanntmachung durch eine Kombination der Überschriften und des jeweils zu den einzelnen Punkten enthaltenen Textes von einem Fachkundigen darauf geschlossen werden können, dass der jeweilige Bewerber eine neue Anlage (in Niederösterreich) zu errichten habe. Der Text der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 habe aber auch durchaus von einem auf dem Gebiet der Abfallbewirtschaftung und Abfallentsorgung Fachkundigen dahin verstanden werden können, dass die Entsorgung des Mülls sowohl in Form der thermischen Behandlung als auch in Form der Deponierung erfolgen könne. Im Text der Bekanntmachung werde nämlich zunächst die Dienstleistung "Müllentsorgung" (im Sinne des Anhanges 3 "Abfallbeseitigung") mit Fettdruck bezeichnet. Der im Anschluss an die so erfolgte Bezeichnung der Dienstleistung zur näheren Konkretisierung derselben enthaltene weitere Satz im Text sei geeignet, sich sowohl auf die Behandlungsart als Unterbegriff der im Abfallwirtschaftsgesetz genannten Möglichkeiten der Abfallentsorgung als auch wahlweise oder gleichzeitig sich auf den Umfang der zu entsorgenden Tonnagen Restmüll zu beziehen. Um der vergaberechtlichen Anforderung des Bestimmtheitsgebotes zu entsprechen, habe eine Dienstleistung so konkret beschrieben zu sein, dass die vom Leistungserbringer geschuldete und die dem Auftraggeber zustehende Leistung zumindest objektiv ermittelbar sei und unverwechselbar feststehe. Die grundsätzliche Leistungsbeschreibung müsse schon in der öffentlichen Bekanntmachung so konkret sein, dass der Unternehmer die genaue Art und den exakten Umfang, insbesondere auch die Zusammensetzung der Komplettdienstleistung und deren Aufteilung in die verschiedenen Komponenten, sofort erkennen könne. Sei dies auf Grund des nur beschränkt zur Verfügung stehenden Platzes nicht möglich, wäre es Sache des öffentlichen Auftraggebers, im bezughabenden Vergabeverfahren in der öffentlichen Bekanntmachung auf die den Bewerbern zur Verfügung zu stellenden Unterlagen für den Teilnahmeantrag hinzuweisen. Das nicht offene Verfahren sei ein Vergabeverfahren, bei dem der Wettbewerb zwischen den Bietern weitgehend in die erste Stufe des Verfahrens verlagert sei. Da zu diesem Zeitpunkt Angebote noch nicht vorlägen, werde die Eignung der Bieter gemessen und zum Kriterium der Entscheidung gemacht. Der eigentliche Angebotswettbewerb verlagere sich in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens. Die Teilnehmer der zweiten Stufe würden in der ersten Stufe im Wettbewerb untereinander nach objektiven Kriterien ermittelt. Diese seien die Eignungskriterien des § 18 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz in Verbindung mit § 58 Bundesvergabegesetz sowie Art. 32 Abs. 2 Dienstleistungsrichtlinie. Die Eignung der Bewerber sei nicht nur zu bewerten, sondern es seien die Bewertungsergebnisse vom öffentlichen Auftraggeber auch miteinander zu vergleichen bzw. sei als Ergebnis des Vergleiches die Entscheidung über die Aufnahme oder Nichtaufnahme des jeweiligen Bewerbers in die zweite Stufe zu treffen. Die Kriterien für die Aufnahme in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens oder für den Ausschluss des jeweiligen Bewerbers von derselben seien genauso wie die Bestbieterkriterien im Vorhinein vom öffentlichen Auftraggeber festzulegen. Dabei könne der Auftraggeber Mindestkriterien festlegen, bei deren Nichterreichen ein Bewerber aus dem Verfahren bereits in der ersten Stufe ausgeschlossen werde. Die Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer und die Anwendung der Zuschlagskriterien stellten zwei verschiedene Vorgänge dar. Die Leistungsfähigkeit eines Bieters sei ein Eignungskriterium. Die Nachprüfungsbehörde habe im Hinblick auf den Inhalt der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 davon auszugehen, dass jeder Bewerber als Mindestanforderung (auch) die zu erbringende Dienstleistung "thermische Behandlung" von Restmüll im angegebenen Umfang als verpflichtend zur Ausführung gelangenden Teil dieser Ausschreibung habe mit berücksichtigen müssen. Er habe jedoch nicht zwingend davon ausgehen müssen, dass

ausschließlich die Müllentsorgung in einer vom Bewerber selbst zu planenden, zu errichtenden und zu betreibenden Müllverbrennungsanlage zu erfolgen habe. Der Bekanntmachung sei in keiner Weise zu entnehmen, dass der jeweilige Bewerber über umfangreiche Erfahrungen auf den Gebieten Planung, Bau und Betrieb von thermischen Anlagen (Müllverbrennung, Großkraftwerke u. ä.) verfügen müsse. Aus der Bestimmung des § 60 Abs. 7 BVergG, welche gemäß § 18 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz für verbindlich erklärt werde, ergebe sich eindeutig, dass die vorgesehenen Nachweise vom Unternehmer nur soweit verlangt werden dürften, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sei. Gleiches ergebe sich aus der Dienstleistungsrichtlinie. Auf den konkreten Fall bezogen bedeute dies, dass - in der Bekanntmachung nicht näher determinierte - Referenzen nicht der alleinige Nachweis für die Möglichkeit der Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens seien. Die technische Leistungsfähigkeit gliedere sich in die allgemeine technische Leistungsfähigkeit und in die spezielle technische Leistungsfähigkeit. Die Erstgenannte sei die Fähigkeit eines Unternehmens, Leistungen der geforderten Art so zu erbringen, dass der vom Auftraggeber gewollte technische Erfolg auch tatsächlich erreicht werde, wobei wesentliches Kriterium die gewerberechtliche Befugnis sein werde. Die spezielle technische Leistungsfähigkeit sei die Fähigkeit eines Unternehmens, einen bestimmten Auftrag auch tatsächlich auszuführen. Dabei seien in erster Linie die Personal- und Sachausstattung eines Unternehmens, aber auch seine Erfahrungen in den geforderten oder auch artverwandten Tätigkeitsbereichen zu beachten. Referenzen seien eines von mehreren möglichen Mitteln zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Es seien dies Urkunden, in denen ein öffentlicher (oder privater) Auftraggeber bestätige, dass der jeweilige Bewerber bzw. Bieter Leistungen bestimmter Art und eines bestimmten Umfangs für den Aussteller erbracht und dabei den Vorstellungen des Auftraggebers hinsichtlich der Leistungserbringung entsprochen habe. Sämtliche der im § 60 Abs. 4 BVergG genannten Nachweise seien ebenfalls geeignet, die technische Leistungsfähigkeit des Unternehmers bei Erbringung von Dienstleistungen nachzuweisen. Durch den öffentlichen Auftraggeber habe im Sinne dieser Ausführungen eine entsprechende, auf den konkret zu vergebenden Dienstleistungsauftrag und dessen Leistungsumfang bezogene Festlegung des Anforderungsprofils an die Bewerber bereits in der öffentlichen Bekanntmachung im Zuge eines Präqualifikationsverfahrens zu erfolgen. Diesem Grundsatz sei durch das bloße Anführen des Wortes "Referenzen" im Punkt 15.c) selbst im Zusammenhalt mit dem übrigen Inhalt des Bekanntmachungstextes nicht entsprochen worden. Wenngleich eine Bekanntmachung der im Vorhinein festgelegten Auswahlkriterien und deren Gewichtung nicht zu erfolgen habe, sei jedenfalls davon auszugehen, dass nur eine auf einen exakt definierten Leistungsgegenstand und Leistungsumfang abgestimmte Forderung nach - vom öffentlichen Auftraggeber zu konkretisierenden - Nachweisen geeignet sei, den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung zu entsprechen. Eine Festlegung der in Bezug auf die Bewerber anzuwendenden Auswahlkriterien und eine Gewichtung derselben im Vorhinein sei durch die Beschwerdeführerin nicht vorgenommen worden. Da von der mitbeteiligten Partei das Erfordernis "umfangreiche Erfahrungen auf den Gebieten Planung, Errichtung und Betrieb einer thermischen Anlage (Müllverbrennungsanlage, Großkraftwerke u. ä.)" aus der zu Grunde liegenden öffentlichen Bekanntmachung nicht habe abgeleitet werden müssen, erübrige sich ein Eingehen auf die Rechtsansicht, wonach, wolle man das Fehlen von Erfahrungen als nicht sanierbaren Ausscheidungsgrund einer Antragstellerin vorwerfen, dies den Grundsätzen eines fairen und lauten Wettbewerbes widerspreche, da dann eine Expansion von Unternehmen in bislang noch nicht erschlossene Tätigkeitsbereiche nie in Betracht käme. Die bloße Festlegung eines ausschlaggebenden Elementes bei der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit in Form der Forderung nach "umfangreichen Erfahrungen auf den Gebieten Planung, Bau und Betrieb von thermischen Anlagen (Müllverbrennung, Großkraftwerke u. ä.)" im Zuge der Auswertung der Bewerbungen sei nicht geeignet, den nach den einschlägigen Bestimmungen für die Durchführung von Vergabeverfahren geltenden Grundsätzen der Gleichbehandlung, Transparenz bzw. Nichtdiskriminierung aller Bieter bzw. Bewerber gerecht zu werden. Die mitbeteiligte Partei habe unter Berücksichtigung des der öffentlichen Bekanntmachung zu entnehmenden Dienstleistungsbestandteiles "thermische Behandlung" bereits in ihr Bewerbungsschreiben sowie in die diesem Schreiben angeschlossenen Unterlagen (insbesondere in Form des Organigrammes) entsprechende Hinweise aufgenommen, auf Grund deren die Beschwerdeführerin im Hinblick auf § 17 NÖ Vergabegesetz in Verbindung mit § 47 Abs. 2 BVergG von sich aus zu einer Klarstellung verpflichtet gewesen wäre. Aus dem Bewerbungsschreiben der mitbeteiligten Partei lasse sich entgegen dem Standpunkt der Beschwerdeführerin nicht ableiten, dass eine thermische Behandlung jedenfalls nicht geplant sei. In den Beilagen zum Bewerbungsschreiben der mitbeteiligten Partei seien nicht nur Referenzen aus den Bereichen Akquisition, Disposition und Logistik von Abfällen in umfangreichem Ausmaß dargelegt, sondern es seien darüber hinaus auch diverse Beteiligungsverhältnisse der mitbeteiligten Partei an anderen Unternehmen im Wege eines Organigrammes

dargestellt. In Verbindung mit den weiteren Ausführungen im Bewerbungsschreiben hätte die mitbeteiligte Partei eine entsprechend detaillierte Prüfung von sich aus vornehmen müssen. Die Beschwerdeführerin habe somit in Bezug auf die Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei wesentliche Grundsätze eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens außer Acht gelassen, weil der Leistungsgegenstand und der Leistungsumfang nicht unverwechselbar in der öffentlichen Bekanntmachung definiert gewesen seien, ein diskriminierender Zusatz darin aufgenommen gewesen und eine konkrete Festlegung der geforderten Nachweise in Bezug auf die Eignung in der Bekanntmachung nicht enthalten gewesen seien bzw. gewichtete Auswahlkriterien im Vorhinein nicht festgestanden seien. Weiters sei davon auszugehen, dass das Kriterium der "umfangreichen Erfahrungen auf den Gebieten Planung, Errichtung und Betrieb einer thermischen Anlage (Müllverbrennungsanlage, Großkraftwerke u. ä.)" ein nicht von Anfang an feststehendes, allen Bewerbern im Präqualifikationsverfahren bekanntes und aus der Bekanntmachung zwingend ableitbares Auswahlkriterium gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Die mitbeteiligte Partei stellt in ihrer Gegenschrift einen gleichartigen Antrag.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Bescheid "in ihrem Recht auf Nicht-Nichtigerklärung von Entscheidungen im Nachprüfungsverfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat im Land Niederösterreich verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf Nicht-Nichtigerklärung der Entscheidung der Beschwerdeführerin, die mitbeteiligte Partei im weiteren Vergabeverfahren nicht mehr zuzulassen (Spruchteil I.), sowie in ihrem Recht auf Nicht-Nichtigerklärung des Punktes 3. der Bekanntmachung vom 25.5.1999 über das 'Nicht offene Verfahren mit vorangehendem öffentlichem Teilnahmewettbewerb' (Spruchteil II.)." In Ausführung des so bezeichneten Beschwerdepunktes bringt sie zunächst vor, die Auffassung der belangten Behörde, die konkret zu erbringende Dienstleistung sei in der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 nicht unverwechselbar festgelegt worden, entbehre jeglicher Grundlage. Es gehe daraus nämlich unzweifelhaft hervor, dass es sich bei der ausgeschriebenen Dienstleistung nicht wahlweise entweder um die thermische Behandlung oder um die Entsorgung der angegebenen Restmüllmenge, sondern nur um die thermische Behandlung und (nachfolgende) Entsorgung der verbleibenden Abfallmenge handle. Deutlich werde dies aus der Verknüpfung der Begriffe "thermische Behandlung" einerseits sowie "Entsorgung" andererseits durch das Wort "und". Verdeutlicht werde dies noch durch Punkt 3. der Bekanntmachung, aus der sich ergebe, dass in Niederösterreich eine neue Anlage des Bewerbers zu errichten sei. Auch das im Punkt 16. genannte Kriterium des Behandlungspreises wäre sinnentleert, wenn die ausgeschriebene Dienstleistung nicht als thermische Behandlung der angegebenen Abfallmenge und nachfolgende Entsorgung der dabei entstehenden Restabfälle zu verstehen sei. Da es nicht auf das subjektive Verständnis, sondern auf den objektiven Inhalt der Bekanntmachung ankomme, sei die mitbeteiligte Partei von falschen Vorstellungen über die ausgeschriebene Dienstleistung ausgegangen und habe ein nicht entsprechendes Angebot erstellt. Sie sei daher zu Recht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, weil sie nämlich in ihrem Bewerbungsschreiben nicht nachweisen habe können, dass sie über die technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebene Dienstleistung verfüge. Davon abgesehen handle es sich bei der technischen Leistungsfähigkeit um ein Eignungskriterium, das im Gesetz ausdrücklich und umfassend geregelt ist, sodass es nicht erforderlich ist, es in der Bekanntmachung ausdrücklich anzuführen. Dies ergebe sich auch aus § 22 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz, wo für den Sektorenbereich ausdrücklich verlangt werde, dass die Eignungskriterien schriftlich festgelegt und interessierten Unternehmen zur Verfügung gestellt würden. Sowohl nach der Rechtsprechung des EuGH als auch nach der vergaberechtlichen Literatur in Österreich seien im klassischen Vergabebereich in Bezug auf die Eignungskriterien nur die Nachweise (nicht aber die Eignungskriterien) selbst anzugeben. Daneben seien bereits in der Bekanntmachung die Zuschlagskriterien anzugeben, die aber streng getrennt von den Eignungskriterien zu sehen seien. Die gesetzlich vorgeschriebenen Nachweise seien ausdrücklich im Punkt 15. der Bekanntmachung angegeben gewesen. Die Beschwerdeführerin habe schließlich zu Recht die technische Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei als nicht gegeben beurteilt, weil sich aus den in ihrem Bewerbungsschreiben enthaltenen Unterlagen nicht ergebe, dass die

mitbeteiligte Partei über Erfahrungen beim Bau und Betrieb von thermischen Großanlagen verfüge. Dass es gerade darauf ankomme, ergebe sich eindeutig aus der Vergabebekanntmachung. Dort werde nicht nur die geforderte Dienstleistung als "thermische Behandlung und Entsorgung" des Restmülls beschrieben. Vielmehr werde unter Punkt 3. auch ausdrücklich dargestellt, dass diese Leistung in einer vom Bewerber neu zu errichtenden Anlage in Niederösterreich erbracht werden müsse. Aber auch wenn man tatsächlich einen Verstoß gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen erkennen wolle, so habe es die belangte Behörde unterlassen, dessen Wesentlichkeit näher zu untersuchen. Denn nur wenn es möglich gewesen wäre, dass die mitbeteiligte Partei ebenso technisch leistungsfähig gewesen wäre wie die übrigen Bewerber im Vergabeverfahren, hätte die belangte Behörde von einem wesentlichen Verstoß ausgehen dürfen. Da aber im vorliegenden Verfahren von vornherein auszuschließen sei, dass die mitbeteiligte Partei eine gleichwertige technische Leistungsfähigkeit vorweisen könne, wie die übrigen Bewerber, sei sie zu Recht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Gemäß § 27 Abs. 2 NÖ Vergabegesetz komme als Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen 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. Auch wenn man der Ansicht der belangten Behörde folgen wollte, dass die Festlegung Niederösterreichs als Ausführungsort diskriminierend sei, so betreffe dies doch nicht die Anforderungen hinsichtlich technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Leistungsfähigkeit. Davon abgesehen sei diese Forderung in der Bekanntmachung (aus näher dargestellten Gründen) keineswegs diskriminierend.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag sich zunächst nicht der Rechtsansicht der belangten Behörde anzuschließen, die Umschreibung des Leistungsgegenstandes in der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 könne - von einem Fachkundigen - auch dahin verstanden werden, dass der betroffene Restmüll wahlweise thermisch zu behandeln oder (unmittelbar) zu entsorgen sei. Gegen ein derartiges Verständnis spricht schon rein grammatikalisch die Verbindung der Worte "Behandlung" und "Entsorgung" durch das Wort "und". Wie die Beschwerdeführerin zutreffend hervorhebt, drückt dieses Wort - im Gegensatz zu den Worten "oder" oder "bzw." die Alternativen anzeigen - eine Kumulierung aus. Schon nach dem reinen Wortlaut der in der Bekanntmachung enthaltenen Leistungsbeschreibung ist daher der betroffene Restmüll sowohl thermisch zu behandeln als auch zu entsorgen, was sinnvollerweise nur dahin verstanden werden kann, dass zunächst die thermische Behandlung vorzunehmen und die sodann verbleibenden Rückstände anderweitig zu entsorgen sind.

Im Gegensatz zur Meinung der belangten Behörde führt zum gleichen Ergebnis auch eine an der für die Abfallwirtschaft geltenden Rechtslage orientierte Auslegung. Denn sowohl nach § 1 AWG als auch nach § 1 NÖ AWG 1992 gilt für die Abfallwirtschaft der Grundsatz, dass die trotz Abfallvermeidung anfallenden Abfälle primär zu verwerten sind. Nach § 1 Abs. 2 Z. 3 AWG (gleich lautend mit § 1 Abs. 2 Z. 3 NÖ AWG 1992) sind die sodann verbleibenden nicht verwertbaren Abfälle je nach ihrer Beschaffenheit durch biologische, thermische oder chemisch-physikalische Verfahren sonst zu behandeln. Feste Rückstände sind möglichst reaktionsarm und konditioniert geordnet abzulagern (Abfallentsorgung). Wie sich aus der Verwendung des Wortes "Rückstände" ergibt, sind daher nicht verwertbare Abfälle (= Restmüll) zunächst biologisch, thermisch oder chemisch-physikalisch zu behandeln und erst die sodann verbleibenden Rückstände sind entsprechend abzulagern.

Geht man davon aus (was wohl zu unterstellen ist), dass die Beschwerdeführerin die Absicht hatte, im Wege des Vergabeverfahrens eine Dienstleistung zur gesetzeskonformen Beseitigung des Abfalls zu vergeben, muss daher auch unter diesem Gesichtspunkt die in der Bekanntmachung enthaltene Leistungsbeschreibung im Sinn einer thermischen Behandlung des gesamten betroffenen Restmülls mit anschließender Entsorgung der Rückstände verstanden werden.

Der Verwaltungsgerichtshof teilt auch nicht die Rechtsansicht der belangten Behörde, in der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 sei als einzige zulässige Möglichkeit des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit die Vorlage von Referenzen vorgesehen gewesen. Tatsächlich betreffen auch die in Punkt 15. lit. e (technische und personelle Ausrüstung) und lit. f (Beteiligungsverhältnisse und Betriebsniederlassungen (operativ) in Österreich) dieser Bekanntmachung die technische Leistungsfähigkeit der sich bewerbenden Unternehmen. Denn gemäß § 60 Abs. 4 BVergG (welche Bestimmung gemäß § 18 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz sinngemäß anzuwenden ist) kann bei Dienstleistungsaufträgen der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Unternehmers u. a. durch (Z. 1) Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der

Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen und (Z. 5) durch eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung der Dienstleistung verfügen wird, erbracht werden.

Schließlich verkennt die belangte Behörde auch die Rechtslage, wenn sie offensichtlich davon ausgeht, bei dem Kriterium der technischen Leistungsfähigkeit handle es sich um ein "Auswahlkriterium", das zwar (einschließlich seiner Gewichtung) nicht im Vorhinein bekannt gemacht zu werden hat, dessen Festlegung und seine Gewichtung jedoch vom öffentlichen Auftraggeber im Vorhinein vorgenommen werden muss. Wie sich aus den gemäß § 17 Abs. 1 und § 18 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz sinngemäß anzuwendenden Bestimmungen des § 47 Abs. 2 und des § 58 Abs. 2 Z. 3 BVergG ergibt, handelt es sich bei der technischen Leistungsfähigkeit um ein Eignungskriterium, das - auch ohne dass dies in der Ausschreibung ausdrücklich festgehalten wird - gegeben sein muss und dessen Mangel zur Ausschließung des betreffenden Unternehmers vom Vergabeverfahren zu führen hat. Es steht dem Auftraggeber aber gemäß § 18 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz in Verbindung mit § 58 Abs. 2 und § 60 Abs. 4 BVergG offen, schon in der Ausschreibung bestimmte Angaben zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Unternehmers zu fordern. Tut er dies nicht oder reichen die entsprechend der Ausschreibung vorgelegten Unterlagen nicht aus, die technische Leistungsfähigkeit abschließend zu beurteilen, hat der Auftraggeber vor Ausschließung des betreffenden Unternehmers gemäß § 17 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz in Verbindung mit § 47 Abs. 2 BVergG den Bieter aufzufordern, binnen einer angemessenen Frist entsprechende Nachweise beizubringen oder direkt entsprechende Erkundigungen einzuziehen.

Es kann im gegebenen Zusammenhang allerdings dahingestellt bleiben, ob die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall - wie die belangte Behörde meint - gegen die sich aus § 17 NÖ Vergabegesetz in Verbindung mit § 47 Abs. 2 BVergG ergebende Verpflichtung zu weiteren Erhebungen verstoßen hat, weil gemäß § 27 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz eine im Zuge des Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers nicht schon dann für nichtig zu erklären ist, wenn sie im Widerspruch zu den Bestimmungen dieses Gesetzes oder der hiezu erlassenen Verordnungen steht (Z. 1), sondern nur dann, wenn sie für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist (Z. 2).

Es wäre daher Sache der belangten Behörde gewesen, zunächst zu prüfen, ob das Eignungskriterium der technischen Leistungsfähigkeit, dessen Fehlen von der Beschwerdeführerin als Begründung für die Ausschließung der mitbeteiligten Partei vom weiteren Vergabeverfahren herangezogen wurde, tatsächlich gegeben ist. Nur wenn dies der Fall sein sollte, wäre das Tatbestandsmerkmal des § 27 Abs. 1 Z. 2 NÖ Vergabegesetz für die Nichtigerklärung der Ausschließung der mitbeteiligten Partei vom weiteren Vergabeverfahren gegeben.

Ähnliches gilt für den im Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides enthaltenen Ausspruch über die Streichung der Beschränkung des Ausführungsortes der ausgeschriebenen Leistung auf Niederösterreich. Auch wenn diese räumliche Beschränkung, wie die belangte Behörde meint, objektiv gesehen diskriminierend sein sollte, so könnte dies im Sinne des § 27 Abs. 1 Z. 2 leg. cit. eine Nichtigerklärung des diesbezüglichen Teiles der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 nur dann rechtfertigen, wenn im konkreten Fall auch tatsächlich eine Diskriminierung der mitbeteiligten Partei in der Form eingetreten ist, dass bei Wegfall dieses Kriteriums ihr Angebot nicht vom weiteren Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden dürfen.

Da somit der Sachverhalt in wesentlichen Punkten einer Ergänzung bedarf, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 31. Mai 2000

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2000:2000040014.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

**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)