

TE Lvwg Erkenntnis 2018/1/29 LVwG-314-12/2017-R5, LVwG-314-13/2017-R5, LVwG-314-14/2017-R5

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.01.2018

Entscheidungsdatum

29.01.2018

Norm

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §271 Abs2

Text

Im Namen der Republik!

Erkenntnis

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch sein Mitglied Dr. Herzog über die Anträge 1. der B-I E & C GmbH, F vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph Ganahl LL.M., Dornbirn, 2. der M I – Dipl.-Ing. J G Z-GmbH, F, vertreten durch Bartlmä Madl Rechtsanwälte OG, Wien, und 3. der b m b gmbH, K, vertreten durch Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Wien, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Gemeinde K betreffend das Vergabeverfahren „Wasserversorgung ‚W bis H‘ – Einreichphase“ zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 3, 4 Abs 2 sowie 12 Abs 1 lit b und Abs 2 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird den Anträgen stattgegeben und die Entscheidung der Auftraggeberin vom 09.11.2017, den Zuschlag der A+P Z GmbH, K, erteilen zu wollen, für nichtig erklärt.

Gemäß § 24 Abs 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat die Auftraggeberin den Antragstellern jeweils die Hälfte der Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag, somit jeweils insgesamt 169,65 Euro, binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Begründung

1. Nachprüfungsanträge:

1.1. In einem am 15.11.2017 beim Landesverwaltungsgericht eingelangten Schriftsatz stellte die Erstantragstellerin (B-I E & C GmbH) den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte sie im Wesentlichen Folgendes vor:

„...“

1. Sachverhalt

...

Nunmehr wurde der Antragstellerin von der Antragsgegnerin und vergebenden Stelle am 09.11.2017 wiederum die Absicht der Auftraggeberin bekannt gegeben, dem Büro A P, K den Zuschlag zu erteilen. Dieses Schreiben enthält neuerlich – mit Ausnahme standardisierter, nicht individualisierter und durchgängig allgemein gehaltener Ausführungen - keine nachvollziehbare Begründung, aus welcher sich die konkreten Gründen und Umstände erhellen, die für die vorgenommene Bewertung herangezogen wurden. Es wurde lediglich auf einen Auszug des Prüfberichts vom 08.11.2017 verwiesen

...

2. Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Vorarlberg

...

3. Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages

...

4. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Gemäß den Bestimmungen des Vorarlberger Vergabennachprüfungsgesetzes (VVergNG) kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden bereits entstanden ist oder zu entstehen droht (vgl. §§ 3 und 4 leg. cit.).

Bei der Antragstellerin handelt es sich um ein in Vorarlberg ansässiges, renommiertes Ingenieurbüro, welches seit vielen Jahren im gegenständlichen Bereich tätig ist. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin bereits die „erste Bauetappe“ des gegenständlichen Projektes für die Auftraggeberin betreut und begleitet hat, sodass bereits aus diesem Umstand das rechtliche Interesse der Antragstellerin an einem Vertragsabschluss manifest ist.

Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Verfahren droht der Antragstellerin ein finanzieller Nachteil, zumal ihr dadurch die Chance genommen wird, den Zuschlag für das gegenständliche Projekt zu erhalten. Der der Antragstellerin drohende Schaden besteht jedenfalls im entgangenen Umsatz in Höhe des von der Antragstellerin angebotenen Honorarangebots sowie des sich daraus ergebenden Gewinns samt Deckungsbeitrag.

Die Voraussetzungen für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag liegen sohin jedenfalls vor und ist dieser daher jedenfalls zulässig.

5. Gebühren

...

6. Begründung und Ausführung der Beschwerdepunkte

Die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes sollen sämtlichen Bietern ein faires, gesetzmäßiges und wettbewerbsneutrales Verfahren garantieren.

Den einzelnen Bietern steht insbesondere das Recht zu, dass die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung ordnungsgemäß und individuell begründet wird.

Zur Einhaltung der vorangeführten Verfahrensgarantien gehört insbesondere auch das Recht auf Ausscheidung von Angeboten, die den Ausschreibungsbedingungen widersprechen, von Alternativ- und Abänderungsangeboten, wenn sie nicht zugelassen waren oder die Mindestanforderungen eines Angebots nicht erfüllen.

Zu den einzelnen rechtswidrigen Punkten wird Folgendes ausgeführt:

a)

Unter Punkt 1.4 (Zuschlagskriterien) wurde angeführt, dass die Gewichtung Preis:Qualität im Ausmaß von 50:50 erfolgt. Im Auszug aus dem Prüfbericht ist ausgeführt, dass das Angebot der Antragstellerin niedriger ist als die untere

Preiskorridorgrenze und dieses Daher 100 Punkte erhalte, sodass sich aus er Multiplikation mit der Gewichtung von 50 % eine endgültige Punkteanzahl für das Preiskriterium von 50 ergebe

b)

Bei der Qualität wurden folgende Unterkategorien vorgesehen:

- Abwicklungskonzept
- Planungsqualität
- Kontrollen
- Schlüsselpersonal

In dem der Antragstellerin übermittelten Auszug aus dem Prüfbericht wurde ausgeführt, dass in Reaktion auf betreffende Kritikpunkte im Nachprüfungsverfahren die Kommission am 8.11.2017 erneut vollzählig zusammengekommen sei und die Punktevergabe beim Zuschlagskriterium „Qualität“ gemeinsam begründet habe. Klarstellend wurde festgehalten, dass die Bewertung durch die einzelnen Kommissionmitglieder entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen autonom nach subjektiven Kriterien erfolgt sei; insofern könne es sich bei der, aufgrund der vorstehenden Rechtsprechung freiwilligen – verbalen Begründung „lediglich“ um eine grundlegende Darstellung der „Bewertungsströme“ der Kommission handeln, was auch immer darunter zu verstehen sein mag.

Diese allgemeinen Vorbemerkungen sind viel zu allgemein gehalten und vermögen die Antragstellerin wiederum nicht in die Lage versetzen, die Kommissionsentscheidung aus objektiven Gründen nachzuvollziehen.

Insoweit hat sich durch die neuerliche Zusammenkunft der Kommission und den Prüfbericht keine Änderung ergeben.

c)

Zu den einzelnen „Qualitätskriterien“ und die mangelhafte Begründung wird Folgendes ausgeführt:

? Abwicklungsqualität

Es handelt sich hier um eine bloße floskelhafte „Standardbegründung“, die naturgemäß auf alle Angebote, mithin auch auf jenes der Antragstellerin zu beziehen ist. Die Begründung, dass die geplanten Vorgänge zur Erreichung der Projektziele, der Projektkosten und der Finanzierung eine rasche und reibungsfreie Bewilligungsphase erwarten lassen und die erforderlichen Projektinhalte vollumfänglich bzw. darüber hinaus bearbeitet werden, wird wohl von allen anerkannten Ingenieurbüros, die an der Ausschreibung teilgenommen haben erfüllt werden. Was unter einer „wirkungsvollen Projektabwicklung – und Dokumentation“ zu verstehen ist, bleibt im Dunkeln.

Dass die technischen Fragestellungen im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Wasserversorgung und die Minimierung von Kosten vom Bestbieter im Detail während der Einreichphase bearbeitet werden, ist gar nicht möglich, sondern erfolgt dies ausschließlich im Rahmen der Ausführungsphase.

Darüber hinaus wird festgehalten, dass es für die Projektwerber auf den vorgesehenen 3 Seiten gar nicht möglich ist, im Detail die einzelnen Punkte auszuarbeiten und zu dokumentieren.

Für die Antragstellerin ist nicht nachvollziehbar, was die Auftraggeberin mit der Formulierung „die Bearbeitung orientiert sich an einer für Vorarlberger Behörden und Förderstellen üblichen Planungsstruktur“ ausdrücken will. Es ist davon auszugehen, dass diese Ausführung für sämtliche Bieter Anwendung findet.

Eine nachvollziehbare Begründung liegt wiederum nicht vor.

? Planungsqualität:

Im Rahmen der Ausschreibung war eine Kostenreduktion nicht gefordert und ist eine derartige „Zusage“ im Zuge der Abgabe von Ausschreibungsangeboten gar nicht möglich. Das Baukostenbudget (€ 2,6 Mio.) wurde von der Auftraggeberin festgelegt.

Vollkommen unklar ist die Begründung, wonach der Bestbieter die Bearbeitung so durchführe, dass zusätzliche Finanzbeiträge weiterer Stellen zu erwarten seien und Beiträge der Standardförderstelle optimiert würden. Der Antragstellerin sind alle Förderstellen bekannt. Es gibt hier keine Optimierungsmöglichkeiten, weil die zuzuerkennenden Förderbeträge gesetzlich geregelt und der Höhe nach bestimmt sind.

Zusätzliche Finanzbeiträge weiterer Stellen sind nicht vorhanden und liegen solche auch nicht vor. Diesbezüglich liegt wiederum keine nachvollziehbare Begründung vor.

Weshalb durch den von der angeblichen Bestbieterin gewählten Bearbeitungsansatz die Vertretung des Bauherren gegenüber Behörden, Grundbesitzern und Fördergebern deutlich intensiver sein soll, erschließt sich für die Einspruchswerberin nicht. Begriffe wie „deutlich intensiver“ sind vollkommen unbestimmt und ist eine derartige Begründung einer objektiven Überprüfung nicht zugänglich.

Dem der Antragstellerin übermittelten Auszug aus dem Prüfbericht ist zu entnehmen, dass die Kostenfortschreibung bereits als Aufgabe im Leistungsverzeichnis vorgegeben und dies daher kein besonderer zusätzlicher Angebotsvorteil sei. Auch die technische Projektoptimierung in Form einer Weiterentwicklung des Projekts zu einem Notverbund mit dem Ortsteil „Stuben“ sei dem Bauherrn bekannt und erkenne dieser darin keinen neuen Aspekt.

Auch diese Begründung ist standardisiert und versetzt den Bieter nicht in die Lage, das Ausschreibungsergebnis objektiv zu überprüfen.

? Kontrollen:

Weshalb der von der angeblichen Bestbieterin gewählte Bearbeitungsansatz im Vergleich zu den anderen Bietern eine deutlich bessere Überwachung und Einhaltung der Qualitäten erwarten lässt, ist nicht nachvollziehbar und vermag eine derartige Begründung aufgrund ihrer Unbestimmtheit auch keine taugliche Grundlage für die Zuschlagserteilung zu bilden. Begriffe und Begründungen wie „wesentlich umfangreichere und tiefgreifendere Prüfungen und Kontrollen“ sind allgemein, floskelhaft und nicht nachvollziehbar und vermögen auch keine taugliche Begründung für die angefochtene Zuschlagsentscheidung bilden.

In der Begründung ist festgehalten, dass vom Bieter keine Kontrollen zu Projektinhalten und Rahmenbedingungen vorgeschlagen werden. In offensichtlichem Widerspruch hierzu wird jedoch ausgeführt, dass die angesprochene „externe Kontrolle“ in Form von Abstimmungsgesprächen mit den Amtssachverständigen oder dem Bauherrn von der Jury nicht als Kontrolle betrachtet werde, da es nicht Aufgabe des Bauherrn oder der Amtssachverständigen sei, Kontrollen durchzuführen. Es werden daher geringe Abschläge wegen der ausschließlich internen Kontrolle vorgenommen.

Diese Begründung ist bereits in sich selbst widersprüchlich. Zum einen werden die angebotenen externen Kontrollen nicht als Kontrollen betrachtet; zum anderen werden wegen der ausschließlich internen Kontrollen Abschläge vorgenommen, was sachlich in keinster Weise nachvollziehbar ist.

? Schlüsselpersonal:

Auch die Einspruchswerberin hat für alle Funktionen langjährige erfahrene Personen namhaft gemacht und für alle Funktionen Regelungen für die Stellvertretung getroffen.

Ausgeführt wird in der Begründung, dass das Planungsteam (Projektleitung, Projektbearbeitung, Förderung) jeweils nur einfach besetzt sei und die Personen im Kernteam noch geringe Erfahrungen mit fertig umgesetzten Wasserbau- oder Förderungsprojekten hätten. Das Team sei geeignet, eine Standardbearbeitung durchzuführen, sodass sich geringfügige Abschläge aus der teilweise geringen Erfahrung der vorgesehenen Mitarbeiter und der teilweise fehlenden Stellenvertretung ergeben.

Diese Begründung ist geradezu grotesk. Die Antragstellerin hat für alle Funktionen langjährige und erfahrene Personen namhaft gemacht und auch für alle Funktionen Regelungen für die Stellvertretung getroffen.

Die Antragstellerin gehört zu den erfahrensten und renommiertesten Büros in diesem Bereich, sodass der diesbezügliche Abschlag nicht sachlich gerechtfertigt sein kann.

Zusammenfassend kann sohin festgehalten werden, dass die vorgenommene Punktebewertung und somit die Begründung der Entscheidung in keinster Weise nachvollziehbar ist, weshalb das Vergabeverfahren bereits aus diesem Grund rechtswidrig ist. Gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVerG 2006) ergibt sich, dass die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter einen Anspruch auf eine vollständige Information, insbesondere auf Bekanntgabe der Gründe für die Ablehnung ihres Angebots und Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots

haben. Diese Bestimmung ist eine Schutzbestimmung zu Gunsten der nicht zum Zuge gelangenden Bieter, die diese in die Lage versetzen soll, die Gründe für die Ablehnung des eigenen Angebots und die Merkmale und Vorteile des erfolgenden Angebots zu prüfen.

Ohne einen nachvollziehbaren Vergleich der Beurteilungen zwischen den einzelnen Angeboten ist dieser gesetzlichen Bestimmung nicht Genüge getan. Auch die Nachreihung gegenüber dem erfolgreichen Angebot muss für den Bieter nachvollziehbar begründet sein.

Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) legt an die Begründungsverpflichtung im Bundesvergabegesetz einen strengen Maßstab an. Der Bieter muss in die Lage versetzt werden, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einbringen zu können, ohne Kenntnis über zusätzliche Begründungselemente zu haben. Diesbezüglich orientiert sich der VwGH an der europäischen Rechtsprechung.

Die Begründung der Antragsgegnerin vermag im vorliegenden Fall diesen strengen Anforderungen der Rechtsprechung bei Weitem nicht zu genügen, zumal an dieser Stelle noch einmal besonders hervorgehoben wird, dass die Auftraggeberin allen drei unterlegenen Bietern dieselbe, floskelhafte und nicht individualisierte Begründung zukommen hat lassen, welcher Umstand bereits für sich alleine genommen eine Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsabsicht in sich birgt.

Beweis:

? Vergabeakt (samt vollständiger Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen sowie dem Protokoll über die Anbotseröffnung und dem Hearing, welche Vorlage der Auftraggeberin aufgetragen werden möge:

? Schreiben vom 09.11.2017 (mitgeteilte Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin);

? Überweisungsbestätigung Pauschalgebühr

? PV, für welche der GF Ing. A H namhaft gemacht wird

? Weitere Beweise vorbehalten.

Aus vorstehenden Gründen stellt die Antragstellerin die nachstehenden

ANTRÄGE:

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg möge

1. ein Nachprüfungsverfahren einleiten;
2. eine mündlichen Verhandlung durchführen;
3. die angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin, sohin die am 09.11.2017 mitgeteilte Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären.“

1.2. In einem am 16.11.2017 beim Landesverwaltungsgericht eingelangten Schriftsatz stellte die Zweitantragstellerin (M I – Dipl.-Ing. J G Z-GmbH) den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabennachprüfungsgesetz. In diesem brachte sie im Wesentlichen Folgendes vor:

„I.

...

1. Sachverhalt

...

2. Zur Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags

2.1. Die Gemeinde K ist als Gebietskörperschaft jedenfalls eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006, daher auch Sektorenauftraggeber (§ 164 BVergG 2006), weil die Wasserversorgung der Allgemeinheit bzw das Bereitstellen und Betreiben des dafür erforderlichen Rohrleitungsnetzes eine Sektorentätigkeit ist (§ 168 Abs 1 Z 1 BVergG 2006), weshalb ihre Auftragsvergaben den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegen, wovon auch in den gegenständlichen Angebotsbestimmungen richtig ausgegangen wird (Seite 1 der

Angebotsanfrage). Die Antragsgegnerin ist als Vorarlberger Gemeinde dem Land Vorarlberg zuzurechnen, weshalb die Nachprüfung ihrer Auftragsvergaben gemäß Art 14b Abs 2 B-VG iVm § 1 Abs 1 des Vorarlberger Vergabenaachprüfungsgesetzes (VVergNG; LGBl 1/2003 idGF) in den Vollziehungsbereich des Landes Vorarlberg fällt.

2.2. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde auch noch nicht der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, weshalb das angerufene Landesverwaltungsgericht als Vergabekontrollbehörde des Landes zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sowie zur Nichtigerklärung der gemäß § 2 Abs 1 VVergNG gesondert anfechtbaren Zuschlagsentscheidung im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig ist (§ 11 Abs 1 VVergNG).

2.3. Gemäß § 3 und § 4 Abs 2 VVergNG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht:

Die Antragstellerin ist ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Planungsarbeiten befugter Unternehmer mit Sitz in F, weshalb ihr ein grundsätzliches Interesse am Vertragsabschluss schon deshalb nicht abzusprechen ist (BVA 3.3.2008, N/0012-BVA/07/2008-33 = RPA 2008 84 [Hofer]); umso mehr als sie in diesem Bereich auch schon seit mehr als 20 Jahren tätig ist. Dementsprechend ist sie gerade dabei, ein Wasserversorgungsprojekt der Gemeinde K in R zu planen und in der Ausführung als örtliche Bauaufsicht zu begleiten. Das Interesse am Vertragsabschluss ergibt sich aber auch daraus, dass der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren von der Auftraggeberin die Angebotsunterlagen übermittelt wurden, um sich am gegenständlichen Vergabeverfahren als Bieter mittels Angebot beteiligen zu können (§ 2 Z 12 BVergG 2006), wobei sich die Antragstellerin durch Abgabe eines Angebotes am Vergabeverfahren tatsächlich auch beteiligt hat. Weiters bringt die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss dadurch zum Ausdruck, dass sie bei der Vergabekontrollbehörde unter Beauftragung eines Kosten verursachenden Rechtsanwalts schon zuvor und nunmehr wieder einen Nachprüfungsantrag gestellt und dafür eine Pauschalgebühr entrichtet hat, um auf diese Weise ihr (subjektives) Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens und damit letztlich auch ihre Chance auf den Zuschlag zu wahren.

Durch die (weiter unten näher dargestellte) rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin entsteht der Antragstellerin auch ein (finanzieller und sonstiger) Schaden bzw droht ihr ein solcher aus folgenden Gründen zu entstehen: Im Allgemeinen muss ein öffentlicher Auftraggeber die Regeln für öffentliche Aufträge beachten. Durch die nach wie vor bestehende Absicht der Auftraggeberin, nicht der Antragstellerin, sondern der mitbeteiligten Partei den Zuschlag zu erteilen, besteht für die Antragstellerin weiterhin die Gefahr eines Schadens, weil sie damit um ihre Chance auf den Zuschlag gebracht werden kann. Die Antragstellerin sieht sich daher gezwungen, die von der Auftraggeberin mitgeteilte Zuschlagsentscheidung wieder anzufechten, will sie sich ihre Chance auf den Zuschlag in einem gesetzmäßigen und fairen, lauterem und wettbewerbsneutralen Vergabeverfahren erhalten. Ansonsten drohen ihr der Umsatz in der Höhe des von ihr angebotenen Preises sowie der anteilige Gewinn daraus samt Deckungsbeitrag, letztlich aber auch die Möglichkeit zu entgehen, diesen Auftrag in anderen Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber als Referenz anzugeben. Aus anwaltlicher Vorsicht wird vorsorglich auch noch darauf hingewiesen, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, schon dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist; ins Einzelne gehende „genaueste“ Darlegungen sind jedenfalls nicht erforderlich (VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127 uva).

2.4. Der gegenständliche Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung ist gemäß § 7 Abs 1 lit a VVergNG binnen sieben Tagen einzubringen. Die Frist beginnt mit der (elektronischen) Absendung der Entscheidung. Der Antragstellerin wurde die Entscheidung per E-Mail am 9.11.2017 übermittelt, weshalb die Antragsfrist am 16.11.2017 endet. Der Nachprüfungsantrag ist daher fristgerecht gestellt worden.

2.5. Nach § 2 Abs 1 der Vorarlberger Vergabebührenverordnung (VVV; LGBl 52/2010 idF der Verlautbarung über die Wertanpassung für das Jahr 2017 durch ABI 41/2016) ist für Nachprüfungsanträge in einem Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich eine Gebühr in Höhe von EUR 261,00 zu entrichten, doch reduziert sich die Gebühr auf 80 % dieses Betrags, wenn – wie hier – dieselbe Antragstellerin im selben Vergabeverfahren bereits einen Nachprüfungsantrag gestellt hat (§ 2 Abs 5 VVV), weshalb eine Gebühr von EUR 209,00 (aufgerundet) zu entrichten ist. Die nach § 2 Abs 2 VVV für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entrichtende Pauschalgebühr

von 50 % beträgt somit EUR 105,00 (aufgerundet). Mit dem in Kopie beigeschlossenen Erlagschein wurde daher eine entsprechend reduzierte Pauschalgebühr in Höhe von EUR 314,00 entrichtet. Der Nachprüfungsantrag ist somit auch ordnungsgemäß vergebührt worden.

3. Bezeichnung der verletzten Rechte (Beschwerdepunkte)

Die Antragstellerin erachtet sich grundsätzlich in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen und fairen, lauterer sowie wettbewerbsneutralen Vergabeverfahrens und in ihren Rechten auf Gleichbehandlung und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs verletzt, insbesondere auch in ihren Rechten auf ordnungsgemäße Bewertung der Angebote, auf ordnungsgemäße Begründung der Zuschlagsentscheidung und/oder auf Zuschlagsentscheidung bzw. -erteilung zu ihren Gunsten, vorsichtshalber aber auch auf Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, von Alternativ- und Abänderungsangeboten, wenn sie nicht zugelassen waren, nicht neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot gelegt wurden oder die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie von fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind; vorsichtshalber auch in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und damit auf Teilnahme an einem neuen Vergabeverfahren.

4. Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung

4.1. Sowohl aus § 131 Abs 1 als auch aus § 272 Abs 1 BVergG 2006 ergibt sich ein Anspruch der im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter auf Information, insbesondere auf Bekanntgabe der Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes und Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes, andernfalls nicht beurteilt werden kann, ob der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung rechters getroffen hat und ihre Bekämpfung aussichtsreich erscheint (Aicher in Schramm/Aicher/ Fruhmann, BVergG², 3. Lfg [2013] § 131 und § 272, jeweils Rz 23). Damit soll gewährleistet sein, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon zeitnah zum Beginn der Anfechtungsfrist die Information besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt (Aicher aaO, Rz 24). Das setzt einen nachvollziehbaren Vergleich der Beurteilungen der nicht zum Zuge kommenden Angebote mit dem erfolgreichen Angebot voraus, wofür die Begründung des Auftraggebers dem Bieter die notwendige Informationsbasis geben muss, denn die inhaltliche Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung kann sich daraus ergeben, dass entweder das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu gut oder das Angebot des nicht zum Zuge gekommenen Bieters zu schlecht bewertet wurde (Aicher aaO, Rz 27). Die Nachreihung gegenüber dem erfolgreichen Angebot muss für die Bieter nachvollziehbar sein (Aicher aaO, Rz 27).

4.2. Auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist die Zuschlagsentscheidung objektiv mit Rechtswidrigkeit behaftet, wenn die Zuschlagsentscheidung nicht jene Begründungstiefe enthielte, die ein Bieter zur Einbringung eines berechtigten Nachprüfungsantrages benötigt. Entscheidend ist daher zunächst, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen (VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224 unter Verweis auch auf EuGH 28.1.2010, Rs. C-406/08, wonach es für den effektiven Rechtsschutz darauf ankommt, ob der Bieter in die Lage versetzt wird, wirksam einen Nachprüfungsantrag einzubringen). Dementsprechend ist die unterlassene oder mangelhafte Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 – und damit auch im Sinne der damit vergleichbaren Bestimmung des § 12 Abs 2 VVergNG – schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was in der Regel anzunehmen ist (siehe etwa VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081 zur unterlassenen Begründung und VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224 zur mangelhaften Begründung; weiters ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 85 ff). Etwas anderes gilt nach der Rechtsprechung dann, wenn es um die Bewertung von „künstlerisch-ästhetischen“ Kriterien geht (VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 0019) oder in der Ausschreibung bestandfest festgelegt wurde, dass die Bewertung (hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Qualität) durch die Mitglieder der Bewertungskommission „autonom nach subjektiven Kriterien“ erfolgt (VwGH 21.1.2014, 2011/04/0133), weil (nur) bei einer solchen Vorgangsweise die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung der einzelnen Mitglieder durch die erfolgte Punktevergabe für die jeweiligen Subkriterien ausreichend gegeben ist, weshalb sich eine verbale Begründung für die Entscheidung der Bewertungskommission nur auf einen Hinweis auf die von den einzelnen Mitgliedern vergebenen Punkte beschränken kann.

4.3. Wie schon oben festgehalten worden ist, werden in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die Merkmale und

Vorteile des präsumtiven Bestbieters bei den Qualitätskriterien zwar wortreich, letztlich aber nur floskelhaft und inhaltsleer geschildert, zumal nicht einmal offengelegt wird, wieviele Punkte die mitbeteiligte Partei bei welchem Qualitätskriterium wofür konkret erhalten hat. Es sind aber auch sonst keine Vorteile zum Angebot der Antragstellerin zu erkennen, weshalb die angegebene Gesamtpunktedifferenz (79,3 Punkte/94,2 Punkte) nicht nachvollziehbar ist. Auch wenn die von der Antragstellerin beim jeweiligen Qualitätskriterium, also die bei den Kriterien „Abwicklungsqualität“, „Planungsqualität“, „Kontrollen“ und „Schlüsselpersonal“ jeweils erreichten Punkte nunmehr offengelegt werden, lässt sich auf Grund der schwammigen Informationen in der Zuschlagsentscheidung bzw im Prüfbericht nachwievornicht beurteilen, ob jeweils das Angebot der mitbeteiligten Partei zu gut oder das Angebot der Antragstellerin zu schlecht bewertet worden ist, zumal sich daraus auch nicht ableiten lässt, inwieweit die Anforderungen des Auslobers, also die im Leistungsverzeichnis beschriebenen Leistungen, nur „teilweise“, „vollständig“ oder „übererfüllt“ werden. Auch diese (zweite) Zuschlagsentscheidung ist daher praktisch begründungslos, weil für die Antragstellerin überhaupt nicht nachvollziehbar ist, inwieweit und warum ihr Angebot jeweils schlechter als das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bewertet wurde. Das scheint selbst der vergebenden Stelle bewusst zu sein, wird von ihr (auf Seite 4 ihres Prüfberichtes) doch selbst zugestanden, dass die Auftraggeberin „eine cursorische verbale Begründung der Punktevergabe“ vorgenommen hat, weshalb es sich ‚bei der [...] verbalen Begründung ‚lediglich‘ um eine grundlegende Darstellung der ‚Bewertungsströme‘ der Kommission handelt“. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung ist daher schon deshalb rechtswidrig, weil sie nicht nachvollziehbar begründet ist; insbesondere lässt sich die Bewertung auch nicht durch die erfolgte Punktevergabe nachvollziehen, zumal diese nicht bzw nicht vollständig offengelegt wird.

4.4. Außerdem besteht der Verdacht, dass vom Auftraggeber völlig willkürlich, somit unter Verletzung der Pflicht zur Gleichbehandlung der Bieter, völlig beliebige Aspekte einer Bewertung unterzogen worden sind, die nach dem jeweiligen Qualitätskriterium gar nicht Gegenstand der Bewertung sind, was natürlich auch nicht zulässig ist, zumal der Auftraggeber damit gegen die Festlegungen der Ausschreibung verstößt (vgl nur BVA 28.7.2010, N/0051-BVA/10/2010-37). Eine Bestbieterermittlung, die sich auf andere als die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien stützt, ist daher jedenfalls rechtswidrig (BVA 28.5.2010, N/0036-BVA/13/2010-27); insbesondere ist auch schon entschieden worden, dass die Berücksichtigung von „Einsparungsfaktoren“ nicht zulässig ist, wenn ein solches Zuschlagskriterium weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen enthalten war (BVA 7.11.2005, 07N-102/05-26). Das hat natürlich auch für das gegenständliche Verhandlungsverfahren zu gelten, zumal sich die Auftraggeberin eine nachträgliche Änderung der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien nicht vorbehalten hat (§ 105 Abs 5 bzw § 254 Abs 5 BVergG 2006), was daher auch in einem Verhandlungsverfahren nicht zulässig ist (BVA 1.7.2004, 06N-52/04-20 ua). Soweit in der Zuschlagsentscheidung zu lesen ist, dass die Punktevergabe von jedem Kommissionsmitglied „autonom nach subjektiven Kriterien“ erfolgt ist, wird von der Antragsgegnerin mehr oder weniger selbst zugestanden, dass sie von ihren eigenen Festlegungen nachträglich abgewichen ist, weil von der Jury völlig beliebig irgendwelche Aspekte bewertet worden sind, die in der Ausschreibung nicht vorgesehen sind, zB „Einreichprojekt in üblicher Qualität mit üblicher Bearbeitungstiefe“, „besondere Vorzüge, die der Auftraggeber auch nutzen kann und will“, „kostensenkende Methodik“, „Kostenvorteile“, „geringere Investitionskosten“ und „Vorschläge für zusätzliche Fördermittel“, „langjährig erfahrene Personen“ usw. Aber auch die Anwendung eines Entzerrungsfaktors (EZF) ist in der Ausschreibung nicht vorgesehen.

4.5. Im Übrigen ist die Zuschlagsentscheidung bzw der Prüfbericht in sich widersprüchlich, was die Annahme einer vollkommen willkürlichen Bewertung bestätigt, wofür auch die unterschiedlichen Begründungsversuche bei der ersten und bei der zweiten Zuschlagsentscheidung sprechen, sodass man sich überhaupt nicht mehr auskennt, was bei der Punktevergabe entscheidend war bzw sein soll:

So wird etwa beim Qualitätskriterium „Planungsqualität“ (auf Seite 6 des Prüfberichtes) ausgeführt, dass es „grundsätzlich positiv ist, dass frühzeitig eine Kostenverfolgung beginnt“, dennoch hat die Antragstellerin hierfür keine zusätzlichen Punkte erhalten, weil sich die „Zuschläge“ bei ihr offenbar nur daraus ergeben, dass die statische Untersuchung technische und kostenmäßige Sicherheit bringt und ein Vorteil ist. Während die Antragstellerin also für den als „positiv“ gewerteten Aspekt der frühzeitigen Kostenverfolgung keine Punkteaufschläge erhalten hat, hat die mitbeteiligte Partei hierfür offenbar sehr wohl Aufschläge erhalten, wenn (auf Seite 8 des Prüfberichtes) als besonderer Vorteil ihres Angebots hervorgehoben wird, dass ihr Vorschlag „zu einem frühen Zeitpunkt zu Kostenklarheit[führt]“. Im Übrigen wurde aber weder ein Ideenwettbewerb durchgeführt, noch ist festgelegt worden, dass ein solcher

bewertet wird; auch Alternativen sind nicht zugelassen, sodass der präsumtive Zuschlagsempfänger einen alternativen Leistungsvorschlag gar nicht anbieten konnte; insbesondere daher auch nicht eine „kostensenkende“ Methodik. Soweit zu lesen ist, dass „Vorschläge für zusätzliche Fördermittel“ nur von der mitbeteiligten Partei gemacht werden, ist insbesondere wieder einzuwenden, dass die Gemeinde immer den gleichen Fördersatz erhält, egal wer der Planer ist.

Soweit, wohl für das Qualitätskriterium „Schlüsselpersonal“, als Merkmal und Vorteil des in Aussicht genommenen Bestbieters hervorgehoben wird, dass für die Planungshaupttätigkeiten „qualifizierte, langjährig erfahrene Personen“ namhaft gemacht wurden, ist auch hier zu bemängeln, dass sowohl in den Ausschreibungsunterlagen, aber auch beim Hearing nicht danach, sondern (nur) nach der Anzahl der betreuten Projekte gefragt wurde. Von der Antragstellerin wurden daher ihr Geschäftsführer als Projektleiter und ein Mitarbeiter als Projektant (Ing.) mit mehreren hundert Projekten angegeben. Nach Kenntnis der Antragstellerin kann auch der Bestbieter keine Person angegeben haben, die mehr Erfahrung hat, zumal auch der von der Antragstellerin genannte Projektant 23 Jahre und ihr Geschäftsführer (Projektleiter) 20 Jahre Erfahrung haben. Zudem dürften beim Bestbieter nicht nur das Schlüsselpersonal, sondern auch sonstige Mitarbeiter als „Stellvertreter“ bewertet worden sein, doch stehen bei ihm mit 21 Mitarbeitern1 weit weniger Fachkräfte zur Verfügung, als bei der Antragstellerin, die 31 Mitarbeiter in unterschiedlichen Fachdisziplinen beschäftigt. Es besteht daher auch hier der Verdacht, dass der für den Zuschlag ausgewählte Bieter durch eine beliebige Bewertung aus unsachlichen Gründen bevorzugt werden soll.

4.6. Die Zuschlagsentscheidung ist daher nicht nur deshalb rechtswidrig, weil die Antragstellerin wegen mangelhafter Begründung der Zuschlagsentscheidung nicht in die Lage versetzt wurde, die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung und damit auch die Erfolgsaussichten ihres Nachprüfungsantrags hinlänglich genau beurteilen zu können, sondern die Antragstellerin ist durch die Bewertung der Jury auch diskriminiert worden. Es wurde nämlich bewertet, was nicht gefragt wurde, und es werden Vorteile beim Bestbieter angeführt, die nicht durch den Planer beeinflusst oder entschieden werden können.

Beweis: wie bisher;

weitere Beweise vorbehalten.

II.

5. Einstweilige Verfügung

...

6. Anträge

Die Antragstellerin stellt daher die folgenden

ANTRÄGE

an das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg, es möge

? zur Prüfung der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Nachprüfungsverfahren einleiten,

? eine mündliche Verhandlung durchführen,

? die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin, nämlich die von der vergebenden Stelle mit E-Mail vom 9.11.2017 mitgeteilte Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären,

? die gemeinsam mit

? ...

? die Auftraggeberin zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen ihres ausgewiesenen Rechtsbeistandes verpflichten.“

1.3. In einem am 16.11.2017 beim Landesverwaltungsgericht eingelangten Schriftsatz stellte die Drittantragstellerin (b m b gmbH) den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenaachprüfungsgesetz. In diesem brachte sie im Wesentlichen Folgendes vor:

„...“

1. Sachverhalt

1.1. ...

1.2. ...

1.3. ...

1.4. ...

2. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

2.1. Die Gemeinde K ist öffentliche Auftraggeberin sowie auch Sektorenauftraggeberin.

2.2. Mangels bisheriger Zuschlagserteilung bzw. Widerruf ist das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.

2.3. Angefochten werden die Zuschlagsentscheidung vom 09.11.2017 sowie sämtliche zeitlich vorhergehenden, nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen. Die Rechtswidrigkeit dieser Entscheidungen wird unter Punkt 3. dieses Schriftsatzes noch im Detail ausgeführt.

2.4. Die angefochtene Entscheidung stammt vom 09.11.2017 und ist der Antragstellerin an diesem Tag zugegangen. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag ist daher jedenfalls fristgerecht.

Beweis: wie bisher

2.5. Da die Antragstellerin im selben Vergabeverfahren bereits einen Nachprüfungsantrag gestellt hat, wurden nach Maßgabe des § 2 Abs. 1, 2 und 5 Vorarlberger Vergabegebührenverordnung Gebühren für den Nachprüfungsantrag in der Höhe von € 209,- sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von € 131,-, gesamt sohin € 340,-, entrichtet.

Beweis: Zahlungsbeleg vom 15.11.2017 (Beilage ./2)

2.6. Aufgrund der bisherigen Beteiligung der Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren sind Kosten angefallen, die zumindest € 3.500,- exkl. USt betragen. Diese Aufwendungen wären jedenfalls frustriert, wenn die gegenständlichen Vergaberechtswidrigkeiten bestehen blieben und die Antragstellerin den gegenständlichen Auftrag nicht erhält. Darüber hinaus droht der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Der entgangene Gewinn und die vorgenannten frustrierten Aufwendungen stellen jedenfalls einen Schaden dar (vgl. etwa BVA 23.04.2001, N-40/01-10). Bestandteil des Schadens sind auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren, die derzeit rund € 6.000,- (exkl. USt) betragen und von den Vertretern der Antragstellerin mit Unterfertigung der gegenständlichen Eingabe bescheinigt werden.

Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Beweis: wie bisher

GF DI M M

2.7. Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein evidentes und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Auch dadurch hat sie ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Dieses Interesse am Vertragsabschluss wird schließlich auch durch diesen Nachprüfungsantrag bestätigt. Die Rechte der Antragstellerin können nur durch den vorliegenden Antrag gewahrt werden.

Beweis: wie bisher

2.8. Die Antragstellerin wird durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Bewertung, ihrem Recht auf Zuschlagserteilung an die Antragstellerin sowie in ihrem Recht auf Widerruf verletzt.

Beweis: wie bisher

3. Zu den Vergabeverstößen

3.1. Zuschlagskriterien

3.1.1. Nach den Vorgaben des BVerG 2006 hat ein Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben, wenn der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Zuschlagskriterien haben eine eindeutige und neutrale Bewertung der Angebote ermöglichen. Die Kriterien und ihre Gewichte sind so anzugeben, dass abschätzbar ist, wie sich eine Angebotsänderung auf die Gesamtbewertung auswirken kann (vgl. Bogner, Rz 30 zu § 80, Exkurs II, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006). (VwGH 22.04.2009, 2007/04/0065). Da sich die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben muss (vgl. Hackl/Schramm/ Öhler, Rz 111 zu § 80 im zitierten Kommentar), hat sich der Auftraggeber einer - aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlichen (Aicher, Rz 14 zu § 130 im zitierten Kommentar) - Bewertungsmethode zu bedienen, die eine nachträgliche Verschiebung der Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander im Rahmen der Bewertung der Angebote ausschließt (VwGH 22.04.2009, 2007/04/0065).

Das Gebot einer objektiven und transparenten Bestbieterermittlung erfordert, dass der Auftraggeber die Zuschlagskriterien inhaltlich ausreichend zu konkretisieren hat, andernfalls selbst eine ausführliche Begründung der Bestbieterermittlung nichts am Anschein einer willkürlichen Vorgehensweise zu ändern vermag. Nach der Judikatur müssen Zuschlagskriterien demnach so gefasst werden, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (EuGH vom 18.10.2001, Rs C-19/00, SIAC Construction Ltd; BVA vom 12.05.2003, 02N-19/03-31; BVA vom 09.02.2004, 10N-137/03-20). Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Sub-Zuschlagskriterien (VKS Wien vom 01.07.2010, VKS-5746/10). Die Zuschlagskriterien müssen so ausgestaltet sein, dass sie eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten (Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 79 Rz 72 unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien).

Entscheidend ist einerseits, dass den Bietern gegenüber im Hinblick auf die Einschätzung ihrer Erfolgsaussichten (ex ante) transparent dargelegt wird, worauf es dem Auftraggeber bei dem jeweiligen Zuschlagskriterium ankommt und wie sich folglich eine Angebotsänderung auswirken könnte (in diesem Sinne UVS Tirol vom 25.06.2009, 2008/K4/2682-8; weiters Hörmandinger in Gast [Hrsg.], BVerG - Leitsatzkommentar, E 73 und 77 zu § 79). Andererseits ist die Konkretisierung der Zuschlagskriterien im Hinblick auf die (ex post) sicherzustellende Nachvollziehbarkeit der Ermittlung des Bestbieters unerlässlich (in diesem Sinne Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 79 Rz 95) (BvWG 30.05.2014, W139 2008219-1).

Zuschlagskriterien dürfen daher zusammengefasst keine Elemente enthalten, die einem Auftraggeber eine (mehr oder weniger) willkürliche Auswahl eröffnen würden.

3.1.2. Weiters ist ein Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung jedenfalls auch an seine eigenen Festlegungen gebunden (BVA 11.12.2007, N/0104-BVA/09/2007-042; BVA 24.2.2012, N/0007-BVA/13/2012-19; u.v.a.). Es mag zwar sein, dass gegenständlich keine Anfechtung der Ausschreibung erfolgt ist. Das ändert aber jedenfalls nichts daran, dass ? sich die Auftraggeberin zum einen im Rahmen der Bestbieterermittlung gegenständlich selbst nicht an die festgelegten Zuschlagskriterien gehalten hat und

? zum anderen die Zuschlagskriterien so mangelhaft gefasst sind, dass eine vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung von vornherein nicht möglich ist und dementsprechend ein zwingender Widerrufgrund vorliegt.

Das betrifft sowohl das Zuschlagskriterium „Preis“ als auch das Zuschlagskriterium „Qualität“.

3.1.3. Zuschlagskriterium „Preis“

Hinsichtlich der Bewertung des Zuschlagskriteriums „Preis“ verweist die Auftraggeberin auf einen der Zuschlagsentscheidung beigelegten Auszug aus dem Prüfbericht vom 08.11.2017. In diesem wird der Bewertung des Zuschlagskriteriums „Preis“ ein „Grundpreis LMVM“ von € 130.545,60 als Bemessungsgrundlage zugrunde gelegt und davon ausgehend eine untere Preiskorridorgrenze von € 99.867,- ermittelt, unterhalb der die maximale Punktzahl zum Tragen kommen soll. Dazu wird angeführt:

Kann aus technischen Gründen nicht dargestellt werden, auf die PDF-Version wird verwiesen!

Damit weicht die Auftraggeberin aber von den festgelegten Zuschlagskriterien ab. Insbesondere ist unzutreffend, dass „laut Ausschreibung vom Auslober ein Honorar nach LM-VM von 130.545,60 erwartet“ worden sein soll.

Ein derartiger „Grundpreis“ ist der Ausschreibung nicht zu entnehmen.

Ein diesbezüglicher Betrag ist in der Ausschreibung vielmehrgar nicht angegeben. Dieser wurde von der Auftraggeberin erst nachträglich im Rahmen der Bestbieterermittlung herangezogen.

Eine solche nachträgliche Ergänzung von Zuschlagskriterien kann aber jedenfalls nicht in Betracht kommen. Dies würde einem Auftraggeber entgegen den Vorgaben der Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnen, einerseits nachträglich die Gewichtung der Zuschlagskriterien zueinander zu beeinflussen und andererseits die Bemessungsgrundlage im Nachhinein willkürlich so anzusetzen, dass ein vom Auftraggeber präferiertes Resultat herauskommt.

Festzuhalten ist, dass der im Prüfbericht zugrunde gelegte „Grundpreis“ (insbesondere unter Berücksichtigung des Leistungsbilds) zum einen der Höhe nach nicht nachvollziehbar ist. In der angefochtenen Entscheidung wird auch nicht einmal angeführt, wie sich dieser ermitteln soll.

Zum anderen wurde dieser von der Auftraggeberin auch tatsächlich genau so angesetzt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin trotz eines gegenüber der Antragstellerin deutlich höheren Angebotspreises – gerade noch (!) – die maximale Punktzahl bekommen würde. Eine derartige Vorgehensweise kann jedenfalls nicht zulässig sein.

Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise wären im Rahmen der Bestbieterermittlung ausschließlich die Zuschlagskriterien – so wie sie in der Ausschreibung festgelegt sind – heranzuziehen gewesen. Die Ausschreibung enthält in Bezug auf die Bemessungsgrundlage in Punkt 1.4.1 aber insoweit lediglich die Festlegung „Standardhonorar laut LMVM“.

Auf dieser Basis ist – jedenfalls bei objektiver Betrachtungsweise – mangels Festlegung einer hinreichend bestimmten Bemessungsgrundlage eine nachvollziehbare Bewertung und Bestbieterermittlung gar nicht möglich und das Vergabeverfahren dementsprechend zu widerrufen.

Den vergaberechtlichen Bestimmtheitserfordernissen an Zuschlagskriterien kann die genannte Festlegung jedenfalls nicht genügen. Selbst für einen fachkundigen Bieter ist das „Standardhonorar laut LMVM“ alleine auf Basis der Angaben in der Ausschreibung im Vorhinein nicht eindeutig ziffernmäßig bestimmbar.

Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, dass dies der Fall ist (was freilich bestritten bleibt), ist festzuhalten, dass der von der Auftraggeberin tatsächlich herangezogene „Grundpreis“ einem nachvollziehbaren Honoraransatz gemäß LMVM größenordnungsmäßig nicht entsprechen würde.

Ein solcher wäre unter Berücksichtigung des gegenständlichen Leistungsbilds jedenfalls deutlich niedriger anzusetzen, als der von der Auftra

Quelle: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg LVwg Vorarlberg, <http://www.lvwg-vorarlberg.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at