

TE Bvwg Erkenntnis 2015/1/27 W134 2015765-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.01.2015

Entscheidungsdatum

27.01.2015

Norm

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §151 Abs6

BVergG 2006 §2 Z20 lita

BVergG 2006 §27

BVergG 2006 §28 Abs1 Z3

BVergG 2006 §29 Abs1 Z2

BVergG 2006 §30 Abs1 Z3

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs2

BVergG 2006 §68

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 27 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 28 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W134 2015765-2/17E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie DI Dr. Sabine Weniger als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Gerd Trötz Müller als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "ANZ St.Pölten-Möblierungsleistungen", der Auftraggeberin Kammer für Arbeiter und Angestellte für Niederösterreich, Windmühlgasse 28, 1060 Wien, vertreten durch XXXX, aufgrund der Anträge der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 15. Dezember 2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 20.01.2015 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie DI Dr. Sabine Weniger als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Gerd Trötz Müller als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "ANZ St.Pölten-Möblierungsleistungen", der Auftraggeberin Kammer für Arbeiter und Angestellte für Niederösterreich, Windmühlgasse 28, 1060 Wien, vertreten durch römisch 40, aufgrund der Anträge der römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 15. Dezember 2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 20.01.2015 zu Recht erkannt:

A)

I. Dem Antrag "auf Nichtigerklärung der Ausschreibung" wird stattgegeben. Die Ausschreibung des oben genannten Vergabeverfahrens wird für nichtig erklärt.römisch eins. Dem Antrag "auf Nichtigerklärung der Ausschreibung" wird stattgegeben. Die Ausschreibung des oben genannten Vergabeverfahrens wird für nichtig erklärt.

II. Dem Antrag "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr durch den Ausspruch, dass der Antragsgegner schuldig ist, die vom Antragsteller entrichteten Antragsgebühren in gesetzlicher Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird stattgegeben.römisch zwei. Dem Antrag "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr durch den Ausspruch, dass der Antragsgegner schuldig ist, die vom Antragsteller entrichteten Antragsgebühren in gesetzlicher Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution € 769,50 zu bezahlen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 15.12.2014, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausschreibung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Ausgeschrieben sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Bei dem gegenständlichen Auftrag handle es sich um einen Lieferauftrag. Auftragsgegenstand sei die Erstmöblierung des "ArbeitnehmerInnen Zentrums St. Pölten" sowie die Erneuerung bzw. Ergänzung der Möblierung in Teilen der Betriebsstellen des Auftraggebers. Das zweistufige Verfahren befinde sich in der ersten Stufe, das Ende der Teilnahmeantragsfrist sei mit 23.12.2014, 12:00 Uhr festgelegt. Zur Rechtswidrigkeit der Aufforderung zur Angebotsabgabe gab die Antragstellerin zusammengefasst folgendes an:

Das gegenständliche Verfahren solle als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenwertbereich durchgeführt werden. Dies widerspreche § 27 BVergG, wonach im Oberschwellenbereich grundsätzlich ein offenes oder ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu wählen sei. Für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes gebe es keine Anhaltspunkte, zumal im gegenständlichen Fall Lieferleistungen vergeben würden. § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG halte dafür keinen passenden Ausnahmetatbestand bereit, der die Wahl des Verhandlungsverfahrens rechtfertigen könne.Das gegenständliche Verfahren solle als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenwertbereich durchgeführt werden. Dies widerspreche Paragraph 27, BVergG, wonach im Oberschwellenbereich grundsätzlich ein offenes oder ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu wählen sei. Für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes gebe es keine Anhaltspunkte, zumal im gegenständlichen Fall Lieferleistungen vergeben würden. Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG halte dafür keinen passenden Ausnahmetatbestand bereit, der die Wahl des Verhandlungsverfahrens rechtfertigen könne.

Die in den Teilnahmeantragsunterlagen festgelegten Unternehmens- und Personalreferenzen seien diskriminierend und unbestimmt.

Die völlige Unbestimmtheit der Teilnahmeantragsunterlagen zeige sich in der Umsetzung eines organisatorischen/aktivitätsbezogenen Arbeitskonzeptes insofern deutlich, als der Auftraggeber ohne nähere Konkretisierung "entsprechende Unterlagen" wie zB. Fotos fordere.

Es gäbe in den Ausschreibungsunterlagen unsachliche Bewertungssprünge. Auffällig und unsachlich sei jedenfalls, dass keine lineare Bewertung stattfinde, sondern vielmehr Staffelungen und damit einhergehende extreme Bewertungssprünge vorgesehen seien.

Nach dem vom Auftraggeber vorgesehenen Bewertungssystem würden durch höhere Multiplikationsfaktoren zusätzliche Punkte vergeben, wenn ein Referenzprojekt mehrere Sonderflächen umfasse. Dabei werde der Multiplikationsfaktor und damit die Punkte bei mehreren Kombinationen erhöht. Dabei sei völlig unverständlich und unsachlich, dass bei einer Kombination aus kleinen und großen Sonderflächen gar keine Erhöhung des Multiplikationsfaktors stattfinde.

Die für eine "Mittelzonenmöblierung in der Ausschreibung enthaltene Definition erweise sich im Ergebnis als zu unbestimmt.

Die Ausschreibung enthalte eine Reihe von Anforderungen, die jene Unternehmen bevorzugen würden, die ihre Hauptniederlassung im Nahebereich des Auftraggebers hätten. Die Anforderungen seien diskriminierend, zumal nicht nur Unternehmen aus dem EU- Ausland faktisch ausgeschlossen, sondern auch österreichische Bewerber benachteiligt würden.

Weitere Rechtswidrigkeiten seien folgende:

- -Strichaufzählung
der Umstand, dass die Rahmenvereinbarung auf drei Jahre abgeschlossen und zweimal um jeweils ein Jahr verlängert werden könne, was im Widerspruch zu § 151 Abs 6 BVergG stehe, der Umstand, dass die Rahmenvereinbarung auf drei Jahre abgeschlossen und zweimal um jeweils ein Jahr verlängert werden könne, was im Widerspruch zu Paragraph 151, Absatz 6, BVergG stehe,
- -Strichaufzählung
eine mögliche Änderung der Zuschlagskriterien während der Verhandlungsverfahrens,
- -Strichaufzählung
die Notwendigkeit der Vorlage bestimmter Eignungsnachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag,
- -Strichaufzählung
der zu lange zurückreichende Abschlusszeitpunkt eines Referenzprojektes,
- -Strichaufzählung
die bei dem Auswahlkriterien maximal mögliche Gesamtpunktzahl sei nicht nachvollziehbar,
- -Strichaufzählung
sowie die Definition eigener Ausschlussgründe, die dem Auftraggeber nicht zustehe.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 17.12.2014 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Niederösterreich, vertreten durch XXXX, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 24.11.2014, in der EU am 25.11.2014 erfolgt. Die Höhe des Auftragswertes betrage EUR 2,3 Mio. Das zweistufige Verhandlungsverfahren befinde sich in der ersten Stufe. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 17.12.2014 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Niederösterreich, vertreten durch römisch 40, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 24.11.2014, in der EU am 25.11.2014 erfolgt. Die Höhe des Auftragswertes betrage EUR 2,3 Mio. Das zweistufige Verhandlungsverfahren befinde sich in der ersten Stufe.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 22.12.2014, W 134 2015765-1/2E, wurde der Auftraggeberin die Öffnung der Teilnahmeanträge für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schreiben vom 22.12.2014 brachte die Auftraggeberin, soweit entscheidungsrelevant, vor, dass auf Basis einer funktionalen Leistungsbeschreibung von den Unternehmern die folgenden geistigen Dienstleistungen zu erbringen seien:

"Auf Basis dieser Anforderungen erfolgt die Erstellung eines Möbelbaukastens, welcher alle Möbelemente des Bieters gemäß der funktionalen Beschreibung in der Rahmenvereinbarung beinhaltet

in weiterer Folge müssen die ABW-Elemente konzeptionell und planerisch in Raumstandards übersetzt werden

dann ist eine Möblierungsplanung (Masterplan) auf Basis der Raumstandards und der ABW-Layoutplanung zu erstellen sowie

die Detailplanung der zum überwiegenden Bereiche zu erstellen."

Erst nachdem alle oben genannten geistigen Dienstleistungen, welche überwiegend dem Leistungsbild der architektonischen Innenraumgestaltung gemäß dem Leistungsbild der Honorarrichtlinie für Architekten 2004 entsprechen würde, erbracht worden seien, könne der genaue Umfang der Leistung (Art und insbesondere auch die genaue Anzahl der Möbel) bestimmt werden und die Lieferung und Montage der Möbel erfolgen. Bei ABW-Planungen handle es sich nicht um übliche Planungsleistungen, die als Nebenleistungen zur Lieferung erbracht werden könnten. Es sei vielmehr eine innovative, tief gehende und auch vielschichtige aktivitätsbezogene Möblierungsplanung notwendig, welche den jeweiligen Ausstattungskategorien angepasst sei. Auch ergebe sich der Umfang der zu beauftragenden Leistung (Anzahl und Art der Möbel) erst durch die Erbringung der geistigen Dienstleistung (Detailplanung). Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung sei somit sogar zwingend erforderlich, um eine ausreichende Vergleichbarkeit der Leistungen vor Zuschlagserteilung zu erzielen und die kreativen Denkansätze der am Verfahren teilnehmenden Unternehmen in vergleichbare Bahnen lenken zu können.

Weiters gab die Auftraggeberin zu Punkt 1.3.3 des Nachprüfungsantrags (unsachliches Kriterium Multifunktionalität) an, dies sei eine bewusste Entscheidung der Auftraggeberin gewesen. Da eine große Sonderfläche zugleich auch eine kleine Sonderfläche darstelle, wäre für den Fall einer großen und einer kleinen Sonderfläche der Multiplikationsfaktor für 2 kleine Sonderflächen vorzusehen.

Zu Punkt 1.5.5 des Nachprüfungsantrags (betreffend Punkt 6 der Teilnahmeantragsunterlage) gab die Auftraggeberin an, es handle sich (wie in der Skala auch ersichtlich, um die Gewichtung der Punkteanzahl und nicht um einen Multiplikationsfaktor.

Zu Punkt 1.5.6 des Nachprüfungsantrags (betreffend Punkt 7 der Teilnahmeantragsunterlage) gab die Auftraggeberin an, die Teilnahmeunterlagen seien in ihrer Gesamtheit zu lesen und zu interpretieren, womit etwaigen Mängeln keinesfalls ihre allfällige Behebbarkeit abgesprochen werde, sofern nichts gegenteiliges ausdrücklich in den Teilnahmeunterlagen festgelegt worden sei.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 15.01.2015 und die Auftraggeberin mit Schreiben vom 16.01.2015 eine weitere Stellungnahme abgegeben.

Am 20.01.2015 hat im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Im Folgenden werden die abgegebenen Stellungnahmen auszugsweise wiedergegeben:

"Mag. Gruber: Welche rechtliche Grundlage gibt es für die Wahl des Verhandlungsverfahrens?

Dr. Stephan HEID: Wir haben uns bei der Wahl der Verfahrensart auf § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG gestützt. In sinngemäßer Anwendung der Überlegungen zB zur Zulässigkeit der Vergabe von Totalunternehmerleistungen (Planung + Ausführung) gem. § 28 Abs. 1 Z 3 BVergG handelt es sich auch im gegenständlichen Fall um die Vergabe komplexer gemischter Leistungen, nämlich Lieferleistungen, samt entsprechenden konzeptionellen Ausarbeitungen und Planungen. Gegebenenfalls ist auch eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 1 Z 3 BVergG (geistige Dienstleistungen) möglich. Dr. Stephan HEID: Wir haben uns bei der Wahl der Verfahrensart auf Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG gestützt. In sinngemäßer Anwendung der Überlegungen zB zur Zulässigkeit der Vergabe von Totalunternehmerleistungen (Planung + Ausführung) gem. Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG handelt es sich

auch im gegenständlichen Fall um die Vergabe komplexer gemischter Leistungen, nämlich Lieferleistungen, samt entsprechenden konzeptionellen Ausarbeitungen und Planungen. Gegebenenfalls ist auch eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG (geistige Dienstleistungen) möglich.

Dr. Stephan HEID: Ähnlich einer Totalunternehmer-Ausschreibung wird auch bei der gegenständlichen Ausschreibung das "Liefer-SOLL" durch die Bieter im Hinblick auf Art und Menge der Möbel unterschiedlich gelöst. Vor diesem Hintergrund werden die Bieter zur Abgabe individueller Umsetzungskonzepte (siehe OZ 13) aufgefordert und diese sodann in einzelnen Verhandlungsrunden derart erörtert, dass der AG durch Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen zweiter Fassung zu vergleichbaren Angeboten gelangt.

Mag. Gruber: Worin genau besteht die Dienstleistung?

Dr. Stephan HEID: Die Dienstleistung im Sinne einer konzeptionellen bzw. Planungsleistung besteht in der Abgabe eines individuellen Umsetzungskonzeptes, welches insbesondere von den Bietern individuell auszuarbeitende Raumtypen enthält (unterschiedliche Lösungen der vom AG gestellten Aufgaben) sowie der korrespondierenden CAD-Masterplanung, welche bei jedem Bieter anders aussieht, mit entsprechenden individuellen Renderings. Vereinfacht gesagt, handelt es sich um geistige, schöpferische Innenarchitekturleistungen.

Mag. Gruber: Wie hoch ist der Wert der Dienstleistung?

Dr. Stephan HEID: Wir haben als geschätzten Auftragswert 2,3 Mio. Euro, siehe Punkt 1.5 der Ausschreibungsunterlagen. Nach der einschlägigen Honorarordnung für Innenarchitektur (Honorarleitlinie für Architekten 2004, Abschnitt B) beträgt das Planerhonorar rund 10% dieses Auftragswertes, sprich rund 200.000,- Euro exkl. USt.

Mag. Gunter ESTERMANN: Die ASt bringt vor, dass der Stellungnahme OZ 13 zu entnehmen sei, dass die AG sehr wohl in der Lage ist Menge und Qualität der anzubietenden Möbel festzulegen. Der Umstand, dass die Bieter die Möglichkeit erhalten sollen zusätzliche Möbel anzubieten oder vorzuschlagen ändert nichts daran, dass Menge und Qualität festgelegt werden können, zumal der AG selbst von einem Möbelbaukasten spricht (OZ 13, Seite 3) und offenbar laut seiner Stellungnahme (OZ 13, Seite 4) geplant ist, diese Mengen und Qualitäten für alle Bieter durch Erstellung einer konstruktiven Leistungsbeschreibung (OZ 13, Seite 5) in gleicher Weise festzulegen, um vergleichbare Angebote zu erhalten. Eine globale Preisgestaltung sei daher schon aus diesem Grund möglich. Dazu kommt, dass die von der AG erwähnte Rechtsprechung betreffend Totalunternehmerausschreibung hier schon allein deshalb nicht einschlägig ist, weil bei diesen Totalunternehmerausschreibungen die Leistungsbeschreibung und der konkrete Leistungsumfang erst nach Beauftragung erarbeitet wird. Im vorliegenden Fall, seien die Planungsleistungen bereits im Zuge des Vergabeverfahrens von den Bietern zu erbringen und die endgültige konstruktive Leistungsbeschreibung wird eben nicht vom AN entwickelt sondern vom AG bereits im Zuge des Vergabeverfahrens. Schließlich ist Voraussetzung des vom AG herangezogenen Ausnahmetatbestandes, dass eine globale Preisgestaltung objektiv nicht möglich ist. Der Umstand, dass der AG hier eine funktionale Leistungsbeschreibung vornehmen möchte, ändert nichts daran, dass er dies auch in anderer Weise von vornherein konstruktiv durchführen könnte und damit jedenfalls eine globale Preisgestaltung möglich wäre. Bezüglich der vom AG angestellten Berechnungen der Honorarleitlinie Innenarchitektur ist anzumerken, dass hier offensichtlich als Bemessungsgrundlage nicht alleine die Ausführungsleistung als Bemessungsgrundlage, sondern die Gesamtleistung inkl. Planungsleistung herangezogen wird und darüber hinaus in der Praxis gegenüber der Honorarleitlinie deutliche Abschläge angeboten werden.

Dr. Stephan HEID: Die AG verweist darauf, dass gem. §§ 320 ff BVergG auch im Hinblick auf die Wahl der zulässigen Verfahrensart nicht die objektive Rechtmäßigkeit des Verfahrens im Wege eines Nachprüfungsantrages in Frage gestellt werden kann, sondern nur die Geltendmachung der Verletzung subjektiver Bieterrechte. Im hier gegebenen Zusammenhang ist in keinerlei Weise ersichtlich, in welchem subjektiven Bieterrecht die ASt durch die Wahl der Verhandlungsverfahrens verletzt sein könnte, zumal die ASt - wovon die AG ausgeht - alle an sie gestellten Anforderungen in konzeptueller bzw. planlicher Hinsicht in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens erfüllen könnte. Dr. Stephan HEID: Die AG verweist darauf, dass gem. Paragraphen 320, ff BVergG auch im Hinblick auf die Wahl der zulässigen Verfahrensart nicht die objektive Rechtmäßigkeit des Verfahrens im Wege eines Nachprüfungsantrages in Frage gestellt werden kann, sondern nur die Geltendmachung der Verletzung subjektiver Bieterrechte. Im hier

gegebenen Zusammenhang ist in keinerlei Weise ersichtlich, in welchem subjektiven Bieterrecht die ASt durch die Wahl der Verhandlungsverfahrens verletzt sein könnte, zumal die ASt - wovon die AG ausgeht - alle an sie gestellten Anforderungen in konzeptueller bzw. planlicher Hinsicht in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens erfüllen könnte.

Mag. Gunter ESTERMANN: Selbstverständlich ist die ASt durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens in erheblichem Ausmaß beschwert. Dies alleine schon deshalb, weil die ASt. bei diesem Verfahren einen wesentlich geringeren Grad an Transparenz in Kauf nehmen müsste, beispielsweise deshalb, weil keine öffentliche Angebotsöffnung erfolgt und dazu kommt, dass das Verhandlungsverfahren zumindest allgemein ein erhöhtes Manipulationsrisiko aufweist. Darüber hinaus, ist die ASt. auch deshalb beschwert, weil sie bei einem Verhandlungsverfahren einen wesentlich höheren Aufwand für die Teilnahme am Vergabeverfahren hat. Dies nicht nur durch die gesonderte Bewerbung in der ersten Verfahrensstufe, sondern vor allem dadurch, dass sie sich in der zweiten Verfahrensstufe an Verhandlungen beteiligen müsste und schließlich auch mehrere Angebote legen müsste.

DI Dr. Sabine WENIGER: In welcher Form wird diese geistige Dienstleistung vergütet?

Dr. Stephan HEID: Wir gehen wie bei einer Totalunternehmerausschreibung davon aus, dass die entsprechenden Planungsleistungen den Ausführungsleistungen (hier Lieferleistungen) anteilmäßig zugeschlagen werden. Die Planungsleistung ist in der Angebotsphase durch den Bieter zu erbringen. Im Zuge des Abrufes der Rahmenvereinbarung wird dann die jeweilige Größe der einzelnen Abrufpakete gesondert festgelegt werden.

Mag. Gruber: Gibt es Risiken iSd § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG und wenn ja welche?
Mag. Gruber: Gibt es Risiken iSd Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und wenn ja welche?

Dr. Stephan HEID: Aus der Sicht der AG gibt es keine solchen Risiken. Selbstverständlich ist die AG grundsätzlich in der Lage eine konstruktive Ausschreibung im Gegenstand zu machen, allerdings hat sie sich beim gegenständlichen Vorhaben bewusst für den Weg der funktionalen Leistungsbeschreibung, der Abgabe von Innenarchitekturkonzepten und sonstiger Ausarbeitungen entschieden, um das entsprechende Bieter Know-How - gleich wie bei ein Totalunternehmerausschreibungen - bereits in der Angebotsphase zu generieren. Die Wahl der Ausschreibungsmethode liegt - sofern wie hier keinerlei Umgehungsabsicht vorliegt - ausschließlich in der sachgemäßen Entscheidungsbefugnis des AG."

Mag. Gruber: Ist die Tabelle auf Seite 8 (zu Punkt 1.3.3) des Nachprüfungsantrages richtig gerechnet?

Dr. Stephan HEID: Die Tabelle ist richtig gerechnet. Das Berechnungsbeispiel der ASt berücksichtigt aber nicht, die AG-seitig vorgegebenen Multiplikationsfaktoren für die sogenannte Mittelzonenmöblierung, bei deren Berücksichtigung entsprechend sachliche Ergebnisse bei Wertung der Referenzen resultieren. Es gilt auch hier das zur obigen Tabelle gesagte.

Mag. Gunter ESTERMANN: Ist die Mittelzonenmöblierung unbedingt nötig um im Rahmen der Auswahlkriterien Punkte zu erhalten?

Dr. Stephan HEID: Nein.

Mag. Gruber: Ad 1.5.5 des Nachprüfungsantrages: Ist die dort angestellte Rechnung richtig gerechnet?

Dr. Stephan HEID: Nein, unserer Auffassung nach sind die jeweils unter der Rubrik maßgeblichen "maximal erreichbaren Punktezahlen (gewichtet)" ausschlaggebend, die eine maximal mögliche Gesamtpunkteanzahl von 100 Punkten ergeben. Selbst für den Fall des Zutreffens der Annahme der ASt. würde sich keinerlei Änderung in der Bewertung ergeben.

Dr. Stephan HEID: Die AG verweist in Zusammenhang mit Punkt 1.5.6 des Nachprüfungsantrages nochmals darauf, dass mit der gegenständlichen Formulierung, nicht die Frage der grundsätzlichen Behebbarkeit oder nicht Behebbarkeit von Mängeln, über die der AG nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden gar nicht disponieren darf, präjudiziert werden sollte.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:
römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Niederösterreich, vertreten durch XXXX, hat einen Lieferauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im

Oberschwellenwertbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 2,3 Mio. Das zweistufige Verhandlungsverfahren befindet sich in der ersten Stufe. (Schreiben der Auftraggeberin vom 17.12.2014). Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Niederösterreich, vertreten durch römisch 40, hat einen Lieferauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenwertbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 2,3 Mio. Das zweistufige Verhandlungsverfahren befindet sich in der ersten Stufe. (Schreiben der Auftraggeberin vom 17.12.2014).

Punkt 5.1.2 der Teilnahmeantragsunterlage lautet auszugsweise:

"5.1.2 Art des Referenzprojektes

Je nach Art des jeweiligen Referenzprojektes, werden die zugehörigen Basispunkte mit folgendem Multiplikationsfaktor vervielfacht:

Unternehmensreferenz für Möblierungsleistungen bei Bürogebäuden

Art des Referenzprojektes

Art Multiplikationsfaktor

Bürogebäude - Möblierungsplanung ohne Innenarchitekturleistung 0,5

Bürogebäude - Möblierungsplanung mit eigener Innenarchitekturleistung 1

Bürogebäude - Möblierungsplanung mit eigener Innenarchitekturleistung + Umsetzung eines organisatorischen/aktivitätsbezogenen Arbeitskonzeptes' 1,5

+ Sonderflächen: Seminar- bzw Konferenzflächen² Klein: zwischen 200 m² und 400 m² MP-Faktor + 0,1

+ Sonderflächen: Seminar- bzw Konferenzflächen² Groß: > 400 m² MP-Faktor + 0,2

+ Sonderfläche: Bürobereiche für Beratungszentren³ Klein: zwischen 200 m² und 400 m² MP-Faktor + 0,1

+ Sonderfläche: Bürobereiche für Beratungszentren³ Groß: > 400 m² MP-Faktor + 0,2

+ Sonderfläche: Mittelzonenmöblierung'

Klein: zwischen 250 m² und 500 m²

Klein: zwischen 250 m² und 500 m²

MP-Faktor + 0,1 MP-Faktor + 0,1

+ Sonderfläche: Mittelzonenmöblierung⁴ Groß: > 500 m² MP-Faktor + 0,2

+ Multifunktionalität (bei 2 von 3 der oben angeführten Sonderflächen - Klein) MP-Faktor + 0,1

+ Multifunktionalität (bei 3 von 3 der oben angeführten Sonderflächen - Klein) MP-Faktor + 0,2

+ Multifunktionalität (bei 2 von 3 der oben angeführten Sonderflächen - Groß) MP-Faktor + 0,3

+ Multifunktionalität (bei 3 von 3 der oben angeführten Sonderflächen - Groß) MP-Faktor + 0,4

(Teilnahmeantragsunterlage aus dem Akt des Vergabeverfahrens)

Punkt 6. der Teilnahmeantragsunterlage lautet auszugsweise:

"6. AUSWAHL DER BEWERBER

Die Auswahlkriterien werden von der Auftraggeberin bei Erreichung der vollen Punktezahl wie folgt bewertet:

Auswahl der Bewerber

Auswahlkriterien Maximal erreichbare Punktezahl Gewichtung maximal erreichbare Punktezahl (gewichtet)

Möblierungsleistungen

bei Bürogebäuden 200 60 % 60

Qualifikation des

Projektleiters 200 40% 40

Maximal mögliche Gesamtpunktezahl 100"

(Teilnahmeantragsunterlage aus dem Akt des Vergabeverfahrens)

Punkt 7. der Teilnahmeantragsunterlage lautet auszugsweise:

"7. Abgabetermin und Form des Teilnahmeantrages

[...]Fehlende Angaben werden nicht gewertet, falsche Angaben und fehlende Nachweise führen zum Ausschluss des Bewerbers vom Verfahren." (Teilnahmeantragsunterlage aus dem Akt des Vergabeverfahrens)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

3. a) Zur Wahl des Verhandlungsverfahrens:

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens rechtswidrig sei, weil § 29 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 dafür keinen passenden Ausnahmetatbestand bereithalte. Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens rechtswidrig sei, weil Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 dafür keinen passenden Ausnahmetatbestand bereithalte.

Die Auftraggeberin beruft sich für die Wahl des Verhandlungsverfahrens auf § 29 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006. In sinngemäßer Anwendung der Überlegungen zB zur Zulässigkeit der Vergabe von Totalunternehmerleistungen (Planung + Ausführung) gem. § 28 Abs. 1 Z 3 BVergG handle es sich auch im gegenständlichen Fall um die Vergabe komplexer gemischter Leistungen, nämlich Lieferleistungen, samt entsprechenden konzeptionellen Ausarbeitungen und Planungen. Es handle sich um geistige, schöpferische Innenarchitekturleistungen. Die Auftraggeberin beruft sich für die Wahl des Verhandlungsverfahrens auf Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. In sinngemäßer Anwendung der Überlegungen zB zur Zulässigkeit der Vergabe von Totalunternehmerleistungen (Planung + Ausführung) gem. Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG handle es sich auch im gegenständlichen Fall um die Vergabe komplexer gemischter Leistungen, nämlich Lieferleistungen, samt entsprechenden konzeptionellen Ausarbeitungen und Planungen. Es handle sich um geistige, schöpferische Innenarchitekturleistungen.

§ 27 BVergG 2006 lautet: Paragraph 27, BVergG 2006 lautet:

"§ 27. Die Auftraggeber können bei der Vergabe von Aufträgen frei zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen."

§ 29 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 lautet: Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 lautet:

"§ 29. (1) Lieferaufträge können im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn

1....

2. es sich um Lieferungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen."

Zu berücksichtigen ist, dass grundsätzlich entsprechend der Judikatur des EuGH Ausnahmen eng auszulegen sind und die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, demjenigen obliegt der sich auf sie berufen will (EuGH 10.04.2003, C-20/01 und C-28/01, Kommission/Deutschland, Rz 58).

Zu prüfen ist vorerst, welche Leistungen Gegenstand des zu vergebenden Auftrages sind. Wie sich aus den Ausführungen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung ergibt besteht die Dienstleistung darin, dass der Bieter aufgrund des ABW-Layoutplanes und des ABW-Elementekatalogs individuelle architektonische Innenarchitekturkonzepte auszuarbeiten hat, die sich bei allen Bietern inhaltlich nach Anzahl, Maße, Konfiguration, etc.

der jeweils eingesetzten Möbel unterscheiden. Am Beispiel der Bibliothek ist es somit Aufgabe des Bieters, die entsprechenden Regale, Tische, Schallelemente, EDV-Geräte usw. vorzusehen. Dieses Konzept erhält die Auftraggeberin als Erstangebot. In der Folge wird mit den Bietern über das jeweilige Erstangebot verhandelt um Know-How zu generieren und zB bessere Lösungsansätze in die auftraggeberseitigen ABW-Vorgaben (insbesondere ABW-Elemente) integrieren zu können. Dieser Know-How Gewinn fließt in die Ausschreibungsunterlage zweiter Fassung ein, die es nunmehr den Bietern aufgrund optimierter AG-Vorgaben ermöglicht, vergleichbare Angebote zu erstellen (Seite 5 des Verhandlungsprotokolls der mündlichen Verhandlung).

Somit ist die Planungsleistung in der Angebotsphase durch den Bieter zu erbringen (Seite 7 des Verhandlungsprotokolls der mündlichen Verhandlung). Der genaue Umfang und die Anzahl der Leistungspakete kann erst nach dem durchgeführten Verhandlungsverfahren und der dadurch gewonnenen konstruktiven Leistungsbeschreibung festgestellt werden (Punkt 2. des Schreibens der Auftraggeberin vom 16.01.2015).

Aus diesen Ausführungen der Auftraggeberin ergibt sich, dass die geistig schöpferischen Innenarchitekturleistungen (anders als bei Totalunternehmerleistungen) nicht Gegenstand des zu vergebenden Auftrages sind, sondern im Zuge des Vergabeverfahrens geleistet werden sollen. Die Ausführungen der Auftraggeberin, wonach es sich im gegenständlichen Fall um Lieferungen im Sinne des §§ 29 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 handeln würde, die ihrer Natur nach eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen würde, kann daher nicht nachvollzogen werden. Entsprechend den Ausführungen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung liegen auch keine Risiken im Sinne des §§ 29 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 vor. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens kann somit nicht rechtmäßig auf § 29 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 gestützt werden, da nicht ersichtlich ist, warum es sich bei dem gegenständlichen Auftrag um Lieferungen handeln sollte, die ihrer Natur nach eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen. Es handelt sich vielmehr um die Vergabe eines Lieferauftrages, dem kein wie immer gearteter Ausnahmecharakter zukommt und bei dem sich die Wahl der Vergabeverfahrensart nach § 27 BVergG 2006 richtet. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens kann aber auch nicht rechtmäßig auf § 30 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 gestützt werden, da der zu vergebende Auftrag keine Dienstleistungen umfasst. Aus diesen Ausführungen der Auftraggeberin ergibt sich, dass die geistig schöpferischen Innenarchitekturleistungen (anders als bei Totalunternehmerleistungen) nicht Gegenstand des zu vergebenden Auftrages sind, sondern im Zuge des Vergabeverfahrens geleistet werden sollen. Die Ausführungen der Auftraggeberin, wonach es sich im gegenständlichen Fall um Lieferungen im Sinne des Paragraphen 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 handeln würde, die ihrer Natur nach eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen würde, kann daher nicht nachvollzogen werden. Entsprechend den Ausführungen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung liegen auch keine Risiken im Sinne des Paragraphen 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vor. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens kann somit nicht rechtmäßig auf Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 gestützt werden, da nicht ersichtlich ist, warum es sich bei dem gegenständlichen Auftrag um Lieferungen handeln sollte, die ihrer Natur nach eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen. Es handelt sich vielmehr um die Vergabe eines Lieferauftrages, dem kein wie immer gearteter Ausnahmecharakter zukommt und bei dem sich die Wahl der Vergabeverfahrensart nach Paragraph 27, BVergG 2006 richtet. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens kann aber auch nicht rechtmäßig auf Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 gestützt werden, da der zu vergebende Auftrag keine Dienstleistungen umfasst.

Der Verwaltungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 6. 3. 2013 aus (VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139):

"§ 325 Abs. 2 BVergG 2006 sieht somit als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. April 2010, Zl. 2008/04/0077, und vom 22. Juni 2011, Zl. 2009/04/0128).""§ 325 Absatz 2, BVergG 2006 sieht somit als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Artikel 2, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein

Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären vergleiche die hg. Erkenntnisse vom 22. April 2010, ZI. 2008/04/0077, und vom 22. Juni 2011, ZI.2009/04/0128)."

Im gegenständlichen Fall ist aufgrund der rechtswidrigen Wahl der Verfahrensart die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil bei Streichung der entsprechenden Bestimmungen die Ausschreibung einen gänzlich anderen Inhalt bekäme und ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. Dies deshalb, weil ein Bieter bei einem Verhandlungsverfahren einen höheren Aufwand für die Teilnahme am Vergabeverfahren hat als bei einem offenen oder nicht offenen Verfahren, weil er sich an Verhandlungen beteiligen und mehrere Angebote legen müsste. Dies ist auch der Grund warum der Antragstellerin jedenfalls die Geltendmachung der Verletzung subjektiver Bieterrechte zusteht.

3. b) Zum Kriterium Multifunktionalität (Punkt 5.1.2 der Teilnahmeantragsunterlage):

Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass das von der Auftraggeberin vorgesehene Bewertungssystem, welches zusätzliche Punkte durch höhere Multiplikationsfaktoren vergebe, wenn ein Referenzprojekt zugleich mehrere Sonderflächen umfasse, unverständlich und unsachlich sei, weil bei einer Kombination aus kleinen und großen Sonderflächen keine Erhöhung des Multiplikationsfaktors statfinde. Die Antragstellerin hat dies anhand eines Berechnungsbeispiels in einer Tabelle dargelegt.

Die Auftraggeberin hat dazu ausgeführt, dass dies eine bewusste Entscheidung der Auftraggeberin gewesen sei. Da eine große Sonderfläche zugleich auch eine kleine Sonderfläche darstelle, wäre für den Fall einer großen und einer kleinen Sonderfläche der Multiplikationsfaktors für 2 kleine Sonderflächen vorzusehen. Die Auftraggeberin hat dazu in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass die von der Antragstellerin vorgelegte Tabelle richtig gerechnet sei, dieses Berechnungsbeispiel jedoch nicht berücksichtige, dass bei den auftraggeberseitig vorgegebenen Multiplikationsfaktoren für die sogenannte Mittelzonenmöblierung sachliche Ergebnisse bei Wertung der Referenzen resultieren würden. Die Auftraggeberin hat jedoch eingestanden, dass die Mittelzonenmöblierung nicht unbedingt nötig sei, um im Rahmen der Auswahlkriterien Punkte zu erhalten.

Wie die Auftraggeberin selbst zugestanden hat, ist das von der Antragstellerin vorgelegte Berechnungsbeispiel richtig gerechnet. Dies bedeutet im Ergebnis, dass ein Bewerber mehr Punkte (im Wege eines höheren Multiplikationsfaktors) für ein Referenzprojekt erhält, wenn ein Referenzprojekt 2 kleine Sonderflächen, 3 kleine Sonderflächen, 2 große Sonderflächen oder 3 große Sonderflächen beinhaltet. Bei einer Kombination aus kleinen und großen Sonderflächen ergibt sich jedoch keine Erhöhung des Multiplikationsfaktors, sodass ein solches Referenzprojekt im Gegensatz zu den oben genannten Referenzprojekten nicht entsprechend mehr Punkte (im Wege eines höheren Multiplikationsfaktors) erhält. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Wenn die Auftraggeberin dazu ausführt, dass eine große Sonderfläche zugleich auch eine kleine Sonderflächen darstelle, so widerspricht sie damit ihrer eigenen Definition von großen bzw. kleinen Sonderflächen in der Tabelle von Punkt 5.1.2 der Teilnahmeantragsunterlage. Wenn die Auftraggeberin weiters ausführt, dass hier eine bewusste Entscheidung von ihr vorliege, ist nicht nachvollziehbar, warum sie bestimmten Sonderflächen bewusst nicht höher bewerten will, andere jedoch schon. Die Auftraggeberin bleibt hierfür eine sachliche Begründung schuldig und ist eine solche auch nicht ersichtlich. Auch ist das Argument der Auftraggeberin nicht nachvollziehbar, wonach eine Mittelzonenmöblierung sachliche Ergebnisse bei Wertung der Referenzen ergeben würde, da Referenzen mit einer Mittelzonenmöblierung nicht zwingend erforderlich sind. Das genannte Auswahlkriterium widerspricht daher § 2 Z. 20 lit. a BVergG 2006, weil sich danach die Qualität der Bewerber nicht sachlich beurteilen lässt und ist daher rechtswidrig. Wenn die Auftraggeberin dazu ausführt, dass eine große Sonderfläche zugleich auch eine kleine Sonderflächen darstelle, so widerspricht sie damit ihrer eigenen Definition von großen bzw. kleinen Sonderflächen in der Tabelle von Punkt 5.1.2 der Teilnahmeantragsunterlage. Wenn die Auftraggeberin weiters ausführt, dass hier eine bewusste Entscheidung von ihr vorliege, ist nicht nachvollziehbar, warum sie bestimmten Sonderflächen bewusst nicht höher bewerten will, andere jedoch schon. Die Auftraggeberin bleibt hierfür eine sachliche Begründung schuldig und ist eine solche auch nicht ersichtlich. Auch ist das Argument der Auftraggeberin nicht nachvollziehbar, wonach eine Mittelzonenmöblierung sachliche Ergebnisse bei Wertung der Referenzen ergeben würde, da Referenzen mit einer

Mittelzonenmöblierung nicht zwingend erforderlich sind. Das genannte Auswahlkriterium widerspricht daher Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a, BVergG 2006, weil sich danach die Qualität der Bewerber nicht sachlich beurteilen lässt und ist daher rechtswidrig.

Im gegenständlichen Fall ist aufgrund dieses rechtswidrigen Auswahlkriteriums die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil bei Streichung der entsprechenden Bestimmungen die Ausschreibung einen gänzlich anderen Inhalt bekäme und ein anderer Bieterkreis (nämlich diejenigen Bieter mit einer Kombination aus kleinen und großen Sonderflächen) angesprochen würde (vgl. VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139). Im gegenständlichen Fall ist aufgrund dieses rechtswidrigen Auswahlkriteriums die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil bei Streichung der entsprechenden Bestimmungen die Ausschreibung einen gänzlich anderen Inhalt bekäme und ein anderer Bieterkreis (nämlich diejenigen Bieter mit einer Kombination aus kleinen und großen Sonderflächen) angesprochen würde (vergleiche VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139).

3. c) Zum Ausschluss der Bewerber (Punkt 7 der Teilnahmeantragsunterlage):

Die Antragstellerin hat aufgezeigt, dass gemäß Punkt 7 der Teilnahmeantragsunterlage fehlende Nachweise zum Ausschluss des Bewerbers vom Verfahren führen. Dem Auftraggeber stehe es nicht zu eigene Ausschlussgründe zu definieren und die Rechtsprechung zur Behebbarkeit von Mängeln zu übergehen.

Die Auftraggeberin hat dazu ausgeführt, dass mit der gegenständlichen Formulierung nicht die Frage der grundsätzlichen Behebbarkeit oder Nichtbehebbarkeit von Mängeln, über die die Auftraggeberin nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden gar nicht disponieren darf, präjudiziert werden sollte.

Aufgrund des in den Feststellungen wiedergegebenen Auszuges von Punkt 7 der Teilnahmeantragsunterlage führen fehlende Nachweise zum Ausschluss des Bewerbers vom Verfahren. Dies ist rechtswidrig, weil es den §§ 68 und 129 BVergG 2006 widerspricht. Aufgrund des in den Feststellungen wiedergegebenen Auszuges von Punkt 7 der Teilnahmeantragsunterlage führen fehlende Nachweise zum Ausschluss des Bewerbers vom Verfahren. Dies ist rechtswidrig, weil es den Paragraphen 68 und 129 BVergG 2006 widerspricht.

Im gegenständlichen Fall ist aufgrund dieses rechtswidrigen Kriteriums die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil bei Streichung der entsprechenden Bestimmung ein anderer Bieterkreis (nämlich diejenigen, die nicht bereit sind am Vergabeverfahren teilzunehmen, wenn bereits das Fehlen eines Nachweises zum Ausschluss des Bewerbers führt) angesprochen würde (vgl. VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139). Im gegenständlichen Fall ist aufgrund dieses rechtswidrigen Kriteriums die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil bei Streichung der entsprechenden Bestimmung ein anderer Bieterkreis (nämlich diejenigen, die nicht bereit sind am Vergabeverfahren teilzunehmen, wenn bereits das Fehlen eines Nachweises zum Ausschluss des Bewerbers führt) angesprochen würde (vergleiche VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139).

Im Übrigen wird darauf verwiesen, dass der Auftraggeberin im Punkt 6. Auswahl der Bewerber in der Tabelle "Auswahl der Bewerber" bei der Nennung der maximal erreichbaren Punktezahl (200) offenkundig ein Rechenfehler unterlaufen ist, da die Tabelle nur dann nachvollziehbar ist, wenn statt der Zahl 200 die Zahl 100 stünde.

Aufgrund dieses Ergebnisses erübrigt sich ein Eingehen auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) II.): 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch zwei.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen

einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt € 769,50 entrichtet. Da dem Hauptantrag stattgegeben wurde, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (vgl. VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Rechtslage ist eindeutig, weshalb keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (VwGH 28.5.2014, Ro 2014/07/0053). Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Rechtslage ist eindeutig, weshalb keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (VwGH 28.5.2014, Ro 2014/07/0053).

Schlagworte

Ausnahmebestimmung, Behebbarkeit von Mängeln, Beweislast, Bewertung, Dienstleistungen, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, geistig schöpferische Dienstleistung, Kalkulation, Lieferauftrag, Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigklärung der Ausschreibung, objektiver Erklärungswert, Pauschalgebührenersatz, Punktevergabe, Rahmenvereinbarung, Rechtfertigung, Referenzprojekt, Sachlichkeitsprüfung, Schaden, Verfahrensart, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, Wahl des Vergabeverfahrens, Zuschlagskriterien

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W134.2015765.2.00

Zuletzt aktualisiert am

18.02.2015

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at