jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2000/5/31 2000/04/0015

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 31.05.2000

Index

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

Norm

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

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Gruber, Dr. Blaschek und Dr. Baur als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Böheimer, über die Beschwerde der N Gesellschaft m. b. H. in S, vertreten durch Dr. K, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 30. November 1999, Zl. Senat-AB-99-030, betreffend Nichtigerklärung eines Ausschlusses vom Vergabeverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1) T Gesellschaft m. b. H. in K, 2) F Gesellschaft m. b. H. in R (BRD), und 3) I Gesellschaft m. b. H. in E (BRD), zu Recht erkannt:

Spruch

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

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

Begründung

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

"Nicht offenes Verfahren mit vorangehendem öffentlichem Teilnahmewettbewerb

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

N GesmbH, S, Tel. (Herr GF K).

2. Kategorie der Dienstleistung und Verfahrensart:

Präqualifikation (öffentlicher Teilnahmewettbewerb), Vergabe einer

Dienstleistung, Kategorie 16, 'Müllentsorgung',

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

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

3. Ausführungsort:

Niederösterreich (neu zu errichtende Anlage des Bewerbers).

4.

entfällt.

5.

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

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

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

mindestens 5.

7. Zulassung von Änderungsvorschlägen:

Alternativ- und Änderungsvorschläge sind in Teilbereichen zugelassen.

8. Dauer des Auftrages, Frist der Dienstleistung:

Vertragsbeginn ab 1.1.2004 bis mindestens 31.12.2013, längstens 31.12.2028.

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

15. Juli 1999.

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

wie Ziffer 1.

c) Sprache bzw. Sprachen, in denen sie abzufassen sind:

Deutsch.

10.

entfällt.

11.

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

20. August 1999.

12. Geforderte Kautionen/Sicherheiten:

Vertragserfüllungsbürgschaft/Bankgarantie/Sonstige Sicherheiten

13.

entfällt.

14.

Rechtsform, die die Bietergemeinschaft bei der Auftragserteilung annehmen muss:

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

15. Anforderungen an den Unternehmer:

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

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

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

b) Erklärung des Gesamtumsatzes mit den Leistungen, die Gegenstand

der Ausschreibung sind, in den letzten drei Geschäftsjahren

c)

Benennung von Referenzen

d)

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

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

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

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

16. Kriterien für die Auftragserteilung:

Die Kriterien für die Auftragserteilung und deren Rangfolge werden

in den Vergabeunterlagen bzw. in der Aufforderung zur Anbotabgabe

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

Behandlungspreis

Besondere vertragliche Regelungen/Risiken/Garantien/Sicherheiten Preis für Umschlag und Transport (optionaler Anbotbestandteil)

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

Schlichtungsstelle beim Amt der NÖ Landesregierung.

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

Absendung der Information am 08.1.1999.

19. Tag der Absendung der Bekanntmachung:

25.05.1999.

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

25.05.1999."

Die mitbeteiligten Parteien haben sich an diesem Ausschreibungsverfahren beteiligt und ein Anbot erstellt. Sie wurden jedoch von der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 23. August 1999 vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

Mit Schriftsatz vom 7. Oktober 1999 stellten die mitbeteiligten Parteien beim Unabhängigen Verwaltungssenat im Land Niederösterreich einen Antrag auf Nichtigerklärung aller bisherigen Entscheidungen der Beschwerdeführerin.

Mit dem Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 30. November 1999 wurde die Entscheidung der Beschwerdeführerin entsprechend dem Inhalt ihres Schreibens vom 23. August 1999 im Vergabeverfahren "Präqualifikation (öffentlicher Teilnahmewettbewerb) zur Vergabe einer Dienstleistung, Kategorie 16, 'Müllentsorgung', CPC-Referenz-Nr. 94; hier:

thermische Behandlung und Entsorgung von ca. 130.000 bis 190.000 t Restmüll mit der Option auf weitere 30.000 t pro Jahr ab 1.1.2004 bis mindestens 2013. Eine optionale Beteiligung des Auftraggebers an dem für die Leistungserbringung ausgewählten Unternehmen muss verpflichtend angeboten werden.", die Bietergemeinschaft bestehend aus den mitbeteiligten Parteien im Rahmen des Präqualifikationsverfahrens im Hinblick auf die zweite Stufe des Vergabeverfahrens auszuschließen und im weiteren Vergabeverfahren nicht mehr zu berücksichtigen, sowie die in diesem Zusammenhang von der Beschwerdeführerin getroffene Entscheidung, entgegen der ursprünglichen Ausschreibung das Kriterium der "umfangreichen Erfahrungen auf den Gebieten Planung, Bau und Betrieb von thermischen Anlagen (Müllverbrennungsanlagen, Großkraftwerke u. ä.)" einzuführen, gemäß §§ 24, 25, 27 Abs. 1 und 28 NÖ Vergabegesetz für nichtig erklärt. Zur Begründung führte der Unabhängige Verwaltungssenat, soweit es für das verwaltungsgerichtliche Verfahren von Bedeutung ist, aus, die in Rede stehende Dienstleistung sei von der Beschwerdeführerin im Rahmen eines nicht offenen Vergabeverfahrens zur Ausschreibung gebracht worden. Sie habe sich für die Durchführung dieses Vergabeverfahrens, somit bisher für die Ausschreibung selbst und für die Bewertung der Bewerber im Präqualifikationsverfahren, einer näher bezeichneten Gesellschaft m. b. H. bedient. Die Bekanntmachung betreffend das nicht offene Verfahren mit vorangehendem öffentlichem Teilnahmewettbewerb trage das Datum 25. Mai 1999. Die in dieser Bekanntmachung gewählte Form der Leistungsbeschreibung werde den vergaberechtlichen Anforderungen (Vergleichbarkeit, Risikoverteilung, Angebotsbewertung) im Hinblick auf die notwendige Genauigkeit der Leistungsbeschreibung nicht im erforderlichen Umfang gerecht. Eine Festlegung, in welche Komponente die Komplettdienstleistung "Müllentsorgung" und zu welchem Anteil diese gegliedert sei, sei nicht erfolgt. Eine Leistungsbeschreibung in Form des Wortlautes "Planung, Errichtung und Betrieb einer thermischen Müllverbrennungsanlage" sei darin nicht enthalten. Auch ein Hinweis auf "umfangreiche Erfahrungen auf dem Gebiet der Planung, Bau und Betrieb von thermischen Anlagen (Müllverbrennung, Großkraftwerke u. ä.)" finde sich im gesamten Text dieser Bekanntmachung ebenso nicht wie ein Verweis auf eine staatliche Rechtsvorschrift, die ein derartiges Kriterium zum Inhalt hätte. Im Zeitpunkt der Bekanntmachung wie auch im Zeitpunkt der Bewertung der Bewerber durch das beauftrage Unternehmen seien konkrete, auf eine exakt definierte Leistung bzw. deren Umfang abgestimmte und vom öffentlichen Auftraggeber verlangte Eignungsnachweise bzw. intern festgelegte Auswahlkriterien und eine Gewichtung derselben nicht festgestanden. Aus den den Bewerbern zur Verfügung stehenden Unterlagen im Präqualifikationsverfahren ergebe sich nicht der Ausschluss der Zulassung eines Subunternehmereinsatzes. Die Beschwerdeführerin habe auf Grund der von den mitbeteiligten Parteien vorgelegten Unterlagen zwingend davon ausgehen müssen, dass diese bei ihrer Bewerbung die Dienstleistungskomponente "thermische Behandlung" berücksichtigt hätten. Die Unternehmen der mitbeteiligten Parteien gehörten zur F Gruppe, welche als S Holding Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen sei. Diese Gruppe gehöre mit einem Eigenkapital von 750 Mio. DM und einem Umsatz von 2,1 Mrd. DM in 1998 zu den zwanzig großen Baden-Württembergischen Unternehmen. Die F Gruppe gliedere sich in die F Gesellschaft m.b.H. Entsorgungsmanagement in Deutschland, deren 100 %-ige Tochter die zweitmitbeteiligte Partei sei. Diese habe ihren Sitz in Österreich und es sei die erstmitbeteiligte Partei deren 100 %-ige Tochter. Diese wiederum sei eine 100 %-ige Tochter der F Gruppe und sei zum Zwecke der Planung, Errichtung und des Betriebes von thermischen Abfallverwertungsanlagen in Österreich mit dem Sitz in K gegründet worden. In derselben Zusammensetzung wie im gegenständlichen Vergabeverfahren hätten sich die mitbeteiligten Parteien mit einem Subpartner erfolgreich für die EU-weite Ausschreibung "Dienstleistung thermische Abfallbehandlung des Landes Kärnten" der Kärntner Abfallzweckverbände präqualifiziert. Bei der im Kärntner

Vergabeverfahren erfolgten anschließenden Ausschreibung habe diese Bietergemeinschaft das Thermoselect-Verfahren angeboten und sie sei nach der Offertprüfung als Auftragnehmer empfohlen worden. Für jene Ausschreibung hätten die mitbeteiligten Parteien bereits bei Angebotslegung einen geeigneten Standort für die thermische Behandlungsanlage in Klagenfurt gepachtet gehabt und schon über 50 % der Umweltverträglichkeitserklärung an diesem Standort durchgeführt. Die mitbeteiligten Parteien hätten im gegenständlichen Vergabeverfahren schon in ihrem Bewerbungsschreiben darauf hingewiesen, dass als Subpartner für die Ausführung des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages in Bezug auf die "thermische Behandlung" des Restmülles die Y S.A. vorgesehen sei. Weiters hätten die mitbeteiligten Parteien in ihrem Bewerbungsschreiben umfangreich auf Daten ihrer Bietergemeinschaft (auch im Zusammenhang mit der thermischen Behandlung von Restmüll) und auf das zur Verfügung stehende personelle Know how hingewiesen. Im Speziellen sei von ihnen bereits im Bewerbungsschreiben auf die Erfahrungen des Mitarbeiters Dr. Ing. K., Gesellschafter der F Gruppe, hingewiesen worden. Hingewiesen worden sei weiters, dass die Gruppe weitere Patente im Entsorgungsbereich halte. Die Herren Sch. und K. seien Geschäftsführer der F Technologie Gesellschaft m.b.H. & Co. KG und gleichzeitig Hauptgesellschafter der F/X. Hingewiesen sei ferner darauf worden, dass die handelsrechtliche Geschäftsführerin der X und geschäftsführende Gesellschafterin der F Gesellschaft m.b.H., Frau Diplom-Betriebswirtin B.M., vor dem Wechsel zur F Gruppe verantwortliche Geschäftsführerin der X Gesellschaft m.b.H., einer 100 %-igen Tochter der B AG, welche das viertgrößte Energieversorgungsunternehmen in Deutschland sei, gewesen sei. Die

X Gesellschaft m.b.H. habe nach den Angaben im Bewerbungsschreiben der mitbeteiligten Parteien eine Thermoselect-Anlage mit einer Jahreskapazität von 225.000 t für die Landkreise und die Stadt Karlsruhe errichtet. In der Bewerbung im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weiters darauf hingewiesen worden, dass die mitbeteiligten Parteien bezüglich des Projektes in Niederösterreich von Prof. Dr. Ing. G.H. beraten würden, welcher vormals Mitglied des Vorstandes der B AG gewesen sei und sich eingehend mit der Thermoselect-Technik auseinander gesetzt habe. Wie den Lebensläufen von Frau Diplom-Betriebswirtin B.M., Prof. Dr. Ing. G.H. und weiteren, in den Beilagen zur Bewerbung angeschlossenen Lebensläufen der Mitarbeiter der F entnommen werden könne, seien diese maßgeblich an dem Projekt beteiligt gewesen. Da die Thermoselect-Anlage in Modulbauweise errichtet werde und die Anlagen deshalb technisch nahezu identisch seien, könne das Know-how der Karlsruher Anlage problemlos auf die

F Gesellschaft m.b.H. Entsorgungsmanagement übertragen werden. Im Bewerbungsschreiben der mitbeteiligten Parteien seien unter der Überschrift "technisches Know-how" Hinweise auf die thermische Verwertung des Restmülles des Landes Kärnten, aber auch auf die Erfahrungen bei der fertiggestellten Thermoselect-Anlage in Karlsruhe enthalten. Der beabsichtigte Einsatz des Subunternehmers

Y S.A. mit dem Sitz in der Schweiz sei von den mitbeteiligten Parteien bereits in den Bewerbungsunterlagen genannt worden. Die Planung und Errichtung der thermischen Abfallbehandlungsanlage hätte nach dem Thermoselect-Verfahren erfolgen sollen und wäre von der Y S.A. vorgenommen worden. Betreffend den Betrieb der thermischen Abfallbehandlungsanlage hätte es die Möglichkeit gegeben, im Konzern der F Gruppe vorhandene Kraftwerksmeister heranzuziehen bzw. habe die Möglichkeit bestanden, dass das Bedienungspersonal von der Firma T beigegeben, jedenfalls aber geschult werde. Die zweitmitbeteiligte Partei mit dem Sitz in Deutschland sei Lizenznehmerin betreffend das Thermoselect-Verfahren und beinhalte dieses die Vermarktung desselben in Österreich und in anderen Staaten für den Zeitraum von 1995 bis 2005. Die mitbeteiligten Parteien seien vor Übermittlung des Schreibens vom 23. August 1999, mit welchem ihnen der Ausschluss von der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens mitgeteilt worden sei, zu keinem Zeitpunkt von der Beschwerdeführerin aufgefordert worden, näher konkretisierte Angaben betreffend "umfangreiche Erfahrungen auf den Gebieten der Planung, der Errichtung und des Betriebes von thermischen Abfallbehandlungsanlagen (Großkraftwerken u.ä.)" nachzureichen. Im Rahmen der vorgenommenen Prüfung sei die technische Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Parteien als nicht gegeben erachtet worden. Die übrigen Eignungskriterien seien bejaht worden. Das Thermoselect-Verfahren sei grundsätzlich als geeignetes Verfahren zur thermischen Behandlung von Restmüll anerkannt worden. Die Gesellschaft m.b.H., deren sich die Beschwerdeführerin zur Durchführung des Vergabeverfahrens bedient habe, sei nicht ein behördlich akkreditiertes Unternehmen. Die in diesem gewerbebehördlich genehmigten Betriebsberatungsunternehmen tätigen Sachverständigen seien nicht gerichtlich beeidete Sachverständige, hätten jedoch zum Teil das betriebswirtschaftliche Studium bzw. ein technische Studium abgeschlossen. Mit Rücksicht auf diesen vorhandenen persönlichen Know-how der Beschäftigten sei die Qualifikation dieses Unternehmens im Sinne des § 27 erster Satz BVergG gegeben. Gemäß § 1 Abs. 2 Z. 3

Abfallwirtschaftsgesetz (des Bundes) seien Abfälle, die nicht verwertbar seien, je nach ihrer Beschaffenheit durch biologische, thermische oder chemisch-physikalische Verfahren sonst zu behandeln. Feste Rückstände seien möglichst reaktionsarm und konditioniert geordnet abzulagern (Abfallentsorgung). Die gleiche Textierung enthalte § 1 Abs. 2 Z. 3 NÖ AWG 1992. Bei der Auslegung des Begriffes "thermische Behandlung und Entsorgung" seien gleichzeitig die gesetzlichen Grundlagen nach dem Abfallwirtschaftsgesetzes des Bundes und nach dem NÖ AWG 1992 und auch der Text der der gegenständlichen Ausschreibung zu Grunde liegenden Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 zu berücksichtigen. Einem auf dem Gebiet der Abfallbewirtschaftung und Abfallentsorgung Fachkundigen könne im Hinblick auf den zu Grunde liegenden Text der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 durchaus klar geworden sein, dass im gegenständlichen Fall als Dienstleistung ausschließlich die thermische Behandlung und Entsorgung der dabei anfallenden Reststoffe als verfahrensgegenständliche Dienstleistung der Kategorie 16, CPC-Referenz Nr. 94, zur Vergabe gelangen sollte. Weiters habe aus dem Text der Bekanntmachung durch eine Kombination der Überschriften und des jeweils zu den einzelnen Punkten enthaltenen Textes von einem Fachkundigen darauf geschlossen werden können, dass der jeweilige Bewerber eine neue Anlage (in Niederösterreich) zu errichten habe. Der Text der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 habe aber auch durchaus von einem auf dem Gebiet der Abfallbewirtschaftung und Abfallentsorgung Fachkundigen dahin verstanden werden können, dass die Entsorgung des Mülls sowohl in Form der thermischen Behandlung als auch in Form der Deponierung erfolgen könne. Im Text der Bekanntmachung werde nämlich zunächst die Dienstleistung "Müllentsorgung" (im Sinne des Anhanges 3 "Abfallbeseitigung") mit Fettdruck bezeichnet. Der im Anschluss an die so erfolgte Bezeichnung der Dienstleistung zur näheren Konkretisierung derselben enthaltene weitere Satz im Text sei geeignet, sich sowohl auf die Behandlungsart als Unterbegriff der im Abfallwirtschaftsgesetz genannten Möglichkeiten der Abfallentsorgung als auch wahlweise oder gleichzeitig sich auf den Umfang der zu entsorgenden Tonnagen Restmüll zu beziehen. Um der vergaberechtlichen Anforderung des Bestimmtheitsgebotes zu entsprechen, habe eine Dienstleistung so konkret beschrieben zu sein, dass die vom Leistungserbringer geschuldete und die dem Auftraggeber zustehende Leistung zumindest objektiv ermittelbar sei und unverwechselbar feststehe. Die grundsätzliche Leistungsbeschreibung müsse schon in der öffentlichen Bekanntmachung so konkret sein, dass der Unternehmer die genaue Art und den exakten Umfang, insbesondere auch die Zusammensetzung der Komplettdienstleistung und deren Aufteilung in die verschiedenen Komponenten, sofort erkennen könne. Sei dies auf Grund des nur beschränkt zur Verfügung stehenden Platzes nicht möglich, wäre es Sache des öffentlichen Auftraggebers, im bezughabenden Vergabeverfahren in der öffentlichen Bekanntmachung auf die den Bewerbern zur Verfügung zu stellenden Unterlagen für den Teilnahmeantrag hinzuweisen. Das nicht offene Verfahren sei ein Vergabeverfahren, bei dem der Wettbewerb zwischen den Bietern weitgehend in die erste Stufe des Verfahrens verlagert sei. Da zu diesem Zeitpunkt Angebote noch nicht vorlägen, werde die Eignung der Bieter gemessen und zum Kriterium der Entscheidung gemacht. Der eigentliche Angebotswettbewerb verlagere sich in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens. Die Teilnehmer der zweiten Stufe würden in der ersten Stufe im Wettbewerb untereinander nach objektiven Kriterien ermittelt. Diese seien die Eignungskriterien des § 18 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz in Verbindung mit § 58 Bundesvergabegesetz sowie Art. 32 Abs. 2 Dienstleistungsrichtlinie. Die Eignung der Bewerber sei nicht nur zu bewerten, sondern es seien die Bewertungsergebnisse vom öffentlichen Auftraggeber auch miteinander zu vergleichen bzw. sei als Ergebnis des Vergleiches die Entscheidung über die Aufnahme oder Nichtaufnahme des jeweiligen Bewerbers in die zweite Stufe zu treffen. Die Kriterien für die Aufnahme in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens oder für den Ausschluss des jeweiligen Bewerbers von derselben seien genauso wie die Bestbieterkriterien im Vorhinein vom öffentlichen Auftraggeber festzulegen. Dabei könne der Auftraggeber Mindestkriterien festlegen, bei deren Nichterreichen ein Bewerber aus dem Verfahren bereits in der ersten Stufe ausgeschlossen werde. Die Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer und die Anwendung der Zuschlagskriterien stellten zwei verschiedene Vorgänge dar. Die Leistungsfähigkeit eines Bieters sei ein Eignungskriterium. Die Nachprüfungsbehörde habe im Hinblick auf den Inhalt der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 davon auszugehen, dass jeder Bewerber als Mindestanforderung (auch) die zu erbringende Dienstleistung "thermische Behandlung" von Restmüll im angegebenen Umfang als verpflichtend zur Ausführung gelangenden Teil dieser Ausschreibung habe mit berücksichtigen müssen. Er habe jedoch nicht zwingend davon ausgehen müssen, dass ausschließlich die Müllentsorgung in einer vom Bewerber selbst zu planenden, zu errichtenden und zu betreibenden Müllverbrennungsanlage zu erfolgen habe. Der Bekanntmachung sei in keiner Weise zu entnehmen, dass der jeweilige Bewerber über umfangreiche Erfahrungen auf den Gebieten Planung, Bau und Betrieb von thermischen Anlagen (Müllverbrennung, Großkraftwerke u. ä.) verfügen müsse. Aus der Bestimmung des § 60 Abs. 7 BVergG, welche gemäß

§ 18 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz für verbindlich erklärt werde, ergebe sich eindeutig, dass die vorgesehenen Nachweise vom Unternehmer nur soweit verlangt werden dürften, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sei. Gleiches ergebe sich aus der Dienstleistungsrichtlinie. Auf den konkreten Fall bezogen bedeute dies, dass - in der Bekanntmachung nicht näher determinierte - Referenzen nicht der alleinige Nachweis für die Möglichkeit der Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens seien. Die technische Leistungsfähigkeit gliedere sich in die allgemeine technische Leistungsfähigkeit und in die spezielle technische Leistungsfähigkeit. Die Erstgenannte sei die Fähigkeit eines Unternehmens, Leistungen der geforderten Art so zu erbringen, dass der vom Auftraggeber gewollte technische Erfolg auch tatsächlich erreicht werde, wobei wesentliches Kriterium die gewerberechtliche Befugnis sein werde. Die spezielle technische Leistungsfähigkeit sei die Fähigkeit eines Unternehmens, einen bestimmten Auftrag auch tatsächlich auszuführen. Dabei seien in erster Linie die Personal- und Sachausstattung eines Unternehmens, aber auch seine Erfahrungen in den geforderten oder auch artverwandten Tätigkeitsbereichen zu beachten. Referenzen seien eines von mehreren möglichen Mitteln zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Es seien dies Urkunden, in denen ein öffentlicher (oder privater) Auftraggeber bestätige, dass der jeweilige Bewerber bzw. Bieter Leistungen bestimmter Art und eines bestimmten Umfanges für den Aussteller erbracht und dabei den Vorstellungen des Auftraggebers hinsichtlich der Leistungserbringung entsprochen habe. Sämtliche der im § 60 Abs. 4 BVergG genannten Nachweise seien ebenfalls geeignet, die technische Leistungsfähigkeit des Unternehmers bei Erbringung von Dienstleistungen nachzuweisen. Nach § 60 Abs. 4 BVergG sei als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit u. a. auch das vom Unternehmen durch sein Personal eingebrachte Know-how vorgesehen. Dieses stelle gegenüber den Referenzen sogar einen Nachweis dar, welchem auf Grund der Aktualität erhebliche Bedeutung zukomme. Die belangte Behörde könne sich der Rechtsansicht der Beschwerdeführerin, wonach das Know-how einzelner den jeweiligen Unternehmen des Bewerbers zugehöriger Angestellter nicht die technische Leistungsfähigkeit eines Betriebes widerspiegle, nicht anschließen. Die mitbeteiligten Parteien hätten bereits in ihrem Bewerbungsschreiben umfangreich auch das innerhalb der Firmengruppe zur Verfügung stehende, aktuelle, auf das Bewilligungsmanagement, die Planung und die Errichtung einer thermischen Anlage bezogene und im Betrieb vorhandene persönliche Know-how der Mitarbeiter hingewiesen. Allein die Tatsache, dass bestimmte erfahrene Mitarbeiter erst vor kurzem in die Unternehmen der mitbeteiligten Parteien gewechselt seien bzw. dass das Personal auch in Hinkunft wechseln könne, sei nicht geeignet, auf den Zeitpunkt der Bewerbung der mitbeteiligten Parteien die maßgeblichen persönlich-technischen Ressourcen in Zweifel zu ziehen. Durch den öffentlichen Auftraggeber habe eine entsprechende, auf den konkret zu vergebenden Dienstleistungsauftrag und dessen Leistungsumfang bezogene Festlegung des Anforderungsprofiles an die Bewerber bereits in der öffentlichen Bekanntmachung im Zuge eines Präqualifikationsverfahrens zu erfolgen. Diesem Grundsatz sei durch das bloße Anführen des Wortes "Referenzen" im Punkt 15.c) selbst im Zusammenhalt mit dem übrigen Inhalt des Bekanntmachungstextes nicht entsprochen worden. Wenngleich eine Bekanntmachung der im Vorhinein festgelegten Auswahlkriterien und deren Gewichtung nicht zu erfolgen habe, sei jedenfalls davon auszugehen, dass nur eine auf einen exakt definierten Leistungsgegenstand und Leistungsumfang abgestimmte Forderung nach vom öffentlichen Auftraggeber zu konkretisierenden Nachweisen geeignet sei, den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung zu entsprechen. Eine Festlegung der in Bezug auf die Bewerber anzuwendenden Auswahlkriterien und eine Gewichtung derselben im Vorhinein sei durch die Beschwerdeführerin nicht vorgenommen worden. Insbesondere sei eine Festlegung dahin gehend, welche Großkraftwerksbetreiber ab welcher Leistung bzw. welche sonstigen Anlagenbetreiber als technisch leistungsfähig angesehen worden wären, im Vorhinein nicht festgestanden. Die bloße Festlegung eines ausschlaggebenden Elementes bei der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit in Form der Forderung nach "umfangreichen Erfahrungen auf den Gebieten Planung, Bau und Betrieb von thermischen Anlagen (Müllverbrennung, Großkraftwerke u.ä.)" im Zuge der Auswertung der Bewerbungen sei nicht geeignet, den genannten Grundsätzen des Vergabeverfahrens gerecht zu werden. Die mitbeteiligten Parteien hätten unter Berücksichtigung des der Bekanntmachung zu entnehmenden Dienstleistungsbestandteiles "thermische Behandlung" bereits in ihr Bewerbungsschreiben sowie in die diesem Schreiben angeschlossenen Unterlagen entsprechende Hinweise aufgenommen, auf Grund deren die Beschwerdeführerin im Hinblick auf § 17 NÖ Vergabegesetz in Verbindung mit § 47 Abs. 2 BVergG von sich zu einer Klarstellung verpflichtet gewesen wäre. Die mitbeteiligten Parteien hätten in ihrem Bewerbungsschreiben insbesondere Hinweise betreffend die im Unternehmen vorhandenen personellen Ressourcen und auf das technische Know-how innerhalb des Unternehmens gegeben. Weiters sei davon auszugehen, dass die mitbeteiligten Parteien darin auf den beabsichtigten Einsatz eines Subpartners hingewiesen hätten, wobei einerseits

davon auszugehen gewesen sei, dass die zu vergebende Komplettdienstleistung nicht in ihre Anteile aufgeschlüsselt gewesen sei, ein allfälliger Ausschluss eines Subunternehmereinsatzes der öffentlichen Bekanntmachung nicht zu entnehmen gewesen sei und andererseits die mitbeteiligten Parteien auf Grund des Inhaltes der öffentlichen Bekanntmachung nicht hätten davon ausgehen müssen, dass sie selbst bereits eine Müllverbrennungsanlage oder eine gleichwertige Anlage geplant, errichtet bzw. betrieben haben müssen. Es sei somit festzustellen gewesen, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Parteien wesentliche Grundsätze eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens außer Acht gelassen habe, da der Leistungsgegenstand und der Leistungsumfang nicht unverwechselbar in der öffentlichen Bekanntmachung definiert und eine konkrete Festlegung der geforderten Nachweise in Bezug auf die Eignung in der Bekanntmachung nicht enthalten gewesen seien bzw. gewichtete Auswahlkriterien im Vorhinein nicht festgestanden seien. Weiters sei festzustellen gewesen, dass das im Schreiben vom 23. August 1999, mit dem den mitbeteiligten Parteien ihre Ausschließung vom weiteren Vergabeverfahren mitgeteilt worden sei, erstmals kundgemachte Kriterium der "umfangreichen Erfahrungen auf den Gebieten Planung, Errichtung und Betrieb einer thermischen Anlage (Müllverbrennungsanlage, Großkraftwerke u.ä.)" ein nicht von Anfang an feststehendes, allen Bewerbern im Präqualifikationsverfahren bekanntes und aus der Bekanntmachung zwingend ableitbares Auswahlkriterium gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Die mitbeteiligten Parteien haben sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich die Beschwerdeführerin "durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht auf Nicht-Nichtigerklärung von Entscheidungen im Nachprüfungsverfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat im Land Niederösterreich verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf Nicht-Nichtigerklärung der Entscheidung der beschwerdeführenden Gesellschaft, die Bietergemeinschaft, bestehend aus

X Gesellschaft m.b.H., F Gesellschaft m.b.H. und

I Gesellschaft m.b.H., im weiteren Vergabeverfahren nicht mehr zu berücksichtigen sowie in ihrem Recht auf Nicht-Nichtigerklärung der Entscheidung der beschwerdeführenden Gesellschaft, das Kriterium der 'umfangreichen Erfahrungen auf den Gebieten Planung, Bau und Betrieb von thermischen Anlagen (Müllverbrennungsanlagen, Großkraftwerken u.ä.)' einzuführen". In Ausführung des so bezeichneten Beschwerdepunktes bringt sie zunächst vor, die Auffassung der belangten Behörde, die konkret zu erbringende Dienstleistung sei in der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 nicht unverwechselbar festgelegt worden, entbehre jeglicher Grundlage. Es gehe daraus nämlich unzweifelhaft hervor, dass es sich bei der ausgeschriebenen Dienstleistung nicht wahlweise entweder um die thermische Behandlung oder um die Entsorgung der angegebenen Restmüllmenge, sondern nur um die thermische Behandlung und (nachfolgende) Entsorgung der verbleibenden Abfallmenge handle. Deutlich werde dies aus der Verknüpfung der Begriffe "thermische Behandlung" einerseits sowie "Entsorgung" andererseits durch das Wort "und". Verdeutlicht werde dies noch durch Punkt 3. der Bekanntmachung, aus der sich ergebe, dass in Niederösterreich eine neue Anlage des Bewerbers zu errichten sei. Auch das im Punkt 16. genannte Kriterium des Behandlungspreises wäre sinnentleert, wenn die ausgeschriebene Dienstleistung nicht als thermische Behandlung der angegebenen Abfallmenge und nachfolgende Entsorgung der dabei entstehenden Restabfälle zu verstehen sei. Da es nicht auf das subjektive Verständnis, sondern auf den objektiven Inhalt der Bekanntmachung ankomme, seien die mitbeteiligten Parteien von falschen Vorstellungen über die ausgeschriebene Dienstleistung ausgegangen und hätten ein nicht entsprechendes Angebot erstellt. Sie seien daher zu Recht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, weil sie nämlich in ihrem Bewerbungsschreiben nicht nachweisen hätten können, dass sie über die technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebene Dienstleistung verfügten. Davon abgesehen handle es sich bei der technischen Leistungsfähigkeit um ein Eignungskriterium, das im Gesetz ausdrücklich und umfassend geregelt ist, sodass es nicht erforderlich ist, es in der Bekanntmachung ausdrücklich anzuführen. Dies ergebe sich auch aus § 22 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz, wo für den Sektorenbereich ausdrücklich verlangt werde, dass die Eignungskriterien schriftlich festgelegt und interessierten Unternehmen zur Verfügung gestellt würden. Sowohl nach der

Rechtsprechung des EuGH als auch nach der vergaberechtlichen Literatur in Österreich seien im klassischen Vergabebereich in Bezug auf die Eignungskriterien nur die Nachweise (nicht aber die Eignungskriterien) selbst anzugeben. Daneben seien bereits in der Bekanntmachung die Zuschlagskriterien anzugeben, die aber streng getrennt von den Eignungskriterien zu sehen seien. Die gesetzlich vorgeschriebenen Nachweise seien ausdrücklich im Punkt 15. der Bekanntmachung angegeben gewesen. Die Beschwerdeführerin habe schließlich zu Recht die technische Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei als nicht gegeben beurteilt, weil sich aus den in ihrem Bewerbungsschreiben enthaltenen Unterlagen nicht ergebe, dass die mitbeteiligten Parteien über Erfahrungen beim Bau und Betrieb von thermischen Großanlagen verfügten. Dass es gerade darauf ankomme, ergebe sich eindeutig aus der Vergabebekanntmachung. Dort werde nicht nur die geforderte Dienstleistung als "thermische Behandlung und Entsorgung" des Restmülls beschrieben. Vielmehr werde unter Punkt 3. auch ausdrücklich dargestellt, dass diese Leistung in einer vom Bewerber neu zu errichtenden Anlage in Niederösterreich erbracht werden müsse. Aber auch wenn man tatsächlich einen Verstoß gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen erkennen wolle, so habe es die belangte Behörde unterlassen, dessen Wesentlichkeit näher zu untersuchen. Denn nur wenn es möglich gewesen wäre, dass die mitbeteiligten Parteien ebenso technisch leistungsfähig gewesen wäre wie die übrigen Bewerber im Vergabeverfahren, hätte die belangte Behörde von einem wesentlichen Verstoß ausgehen dürfen. Da aber im vorliegenden Verfahren von vornherein auszuscheiden sei, dass die mitbeteiligten Parteien eine gleichwertige technische Leistungsfähigkeit vorweisen könnten, wie die übrigen Bewerber, seien sie zu Recht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden.

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

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

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

Die belangte Behörde verkennt auch die Rechtslage, wenn sie offensichtlich davon ausgeht, bei dem Kriterium der technischen Leistungsfähigkeit handle es sich um ein "Auswahlkriterium", das zwar (einschließlich seiner Gewichtung) nicht im Vorhinein bekannt gemacht zu werden hat, dessen Festlegung und seine Gewichtung jedoch vom öffentlichen Auftraggeber im Vorhinein vorgenommen werden muss. Wie sich aus den gemäß § 17 Abs. 1 und § 18 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz sinngemäß anzuwendenden Bestimmungen des § 47 Abs. 2 und des § 58 Abs. 2 Z. 3 BVergG ergibt, handelt es sich bei der technischen Leistungsfähigkeit um ein Eignungskriterium, das - auch ohne dass dies in der Ausschreibung ausdrücklich festgehalten wird - gegeben sein muss und dessen Mangel zur Ausschließung des betreffenden Unternehmers vom Vergabeverfahren zu führen hat. Es steht dem Auftraggeber aber gemäß § 18 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz in Verbindung mit § 58 Abs. 2 und § 60 Abs. 4 BVergG offen, schon in der Ausschreibung bestimmte

Angaben zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Unternehmers zu fordern. Tut er dies nicht oder reichen die entsprechend der Ausschreibung vorgelegten Unterlagen nicht aus, die technische Leistungsfähigkeit abschließend zu beurteilen, hat der Auftraggeber vor Ausschließung des betreffenden Unternehmers gemäß § 17 Abs. 1 NÖ Vergabegesetz in Verbindung mit § 47 Abs. 2 BVergG den Bieter aufzufordern, binnen einer angemessenen Frist entsprechende Nachweise beizubringen oder direkt entsprechende Erkundigungen einzuziehen.

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

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

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

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

Wien, am 31. Mai 2000

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2000:2000040015.X00

Im RIS seit

20.11.2000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at