jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2008/3/28 2006/04/0030

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.03.2008

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2002 §20 Z29 lita;
BVergG 2002 §69 Abs1;
BVergG 2002 §72;
BVergG 2002 §74 Abs1;
BVergG 2002 §80 Abs1 Z2;
B-VG Art130 Abs2;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Schiffkorn, über die Beschwerde der S in S, vertreten durch Dr. Peter Hauser, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Haunspergstraße 33, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 6. Dezember 2005, Zl. UVS 443.20-2/2005-16, betreffend Nachprüfungsverfahren nach dem Steiermärkischen Vergabe-Nachprüfungsgesetz (mitbeteiligte Partei: Land Steiermark, Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Fachabteilung 18 C-STED, 8010 Graz, Landhausgasse 7), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Steiermark Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 6. Dezember 2005 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Ausschreibung betreffend "Lieferung von 42.000 t Natriumchlorid für den Straßen-Winterdienst Wintersaison 2005/2006 für

Autobahnen und Landesstraßen" durch die mitbeteiligte Partei gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002, BGBl. I Nr. 99 in der Fassung BGBl. II Nr. 206/2005 (BVergG 2002), sowie des Steiermärkischen Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, LGBl. Nr. 43/2003 (StVergNaG), abgewiesen (Spruchpunkt I.).

Darüber hinaus wurde mit dem angefochtenen Bescheid der Antrag der Beschwerdeführerin auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren abgewiesen (Spruchpunkt II.).

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die mitbeteiligte Partei habe ein offenes Verfahren zur Lieferung von 42.000 t Natriumchlorid für den Straßenwinterdienst für Autobahnen und Landesstraßen im Land Steiermark durchgeführt. Zur Ausschreibung stellte die belangte Behörde wie folgt fest:

"Punkt B 5 'Alternativangebote' der Ausschreibung lautet:

'Alternativen werden nicht berücksichtigt'.

Punkt B 12 'Vadium' der Ausschreibung lautet:

'Der Bieter hat im Angebot den Nachweis über den

Erlag eines Vadiums von

EUR 200.000,-- (rd. 5% des geschätzten Auftragswertes) beizulegen.

...'

Punkt B 14.1 'Bewertung der Angebot' der Ausschreibung lautet:

'Aus jenen nicht gemäß § 98 BVergG ausgeschiedenen Angeboten wird der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich besten Angebot ereilt. Das technisch und wirtschaftlich beste Angebot ist jenes mit dem geringsten bewerteten Gesamtpreis (siehe Punkt 14.5 - 14.7). Die Vorgabewerte müssen erfüllt sein.'

Aus Punkt 14.5 bis 14.7 ergibt sich, dass der 'geringste bewertete Gesamtpreis' sich aus dem Produkt des netto Angebotspreises, des Faktors für Sulfatgehalt und des Faktors des NaCl-Gehaltes ergibt.

In der Ausschreibung wird auf keinerlei einschlägige Normen Bezug genommen.

Punkt B 14.2 der Ausschreibung - 'Bewertung der Kornverteilung' lautet:

'Vorgabewerte: < 016,mm max. 5,0%

0,16 mm - 0,8 mm 85 % bei stetiger Kornverteilung

>0,8 mm max. 10,0 %'

Ein Nichterfüllen dieser Vorgabewerte führt gemäß Teil E der Ausschreibungsunterlagen zur Ausscheidung des Angebots.

Gemäß RVS 13.41 Punkt 4.3.2.1 hat die Kornverteilung des NaCl einen stetigen Verlauf aufzuweisen, wobei der Anteil kleiner als 0,15 mm und der Anteil größer als 3 mm jeweils nicht mehr als 5% ausmachen darf.

Nach der TL-Streu dagegen sollen keine Körner über 5 mm enthalten sein, wobei eine produktionsbedingte Toleranz von 2% zulässig ist.

Punkt B 14.5 der Ausschreibung 'Bewertung NaCl-Gehalt' lautet:

Vorgabe: Mindestanteil NaCl 98%

Bewertungsfaktor: Der NaCl-Gehalt wird auf 100% hochgerechnet

FNaCl = 100 % .

NaCl-Gehalt laut Angebot

Punkt B 14.6 der Ausschreibung 'Bewertung SO4-2-Gehalt' lautet:

Vorgabe: Maximalanteil 2000 mg/kg

Bewertungsfaktor: F SO4-2 = Einheitspreis + Sulfatgehalt

(mg/kg)* Euro * 0,015

Einheitspreis

Punkt B 14.7 der Ausschreibung 'Ermittlung des bewerteten

Gesamtpreises' lautet:

GP (bew) = Angebotspreis (brutto x F(NaCl) x F(SO4-2)

Punkt C 11.2 der Ausschreibung 'Vertragsstrafe für Lieferverzug im Winter' lautet:

'Für Lieferverzug im Zeitraum der Wintereinlagerung beträgt die Vertragsstrafe netto Euro 10,-- pro Tonne und Kalendertag.'

Punkt C 15 der Ausschreibung 'Über- und Unterschreitung der Gesamtmenge' lautet:

'Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die ausgeschriebene bzw. in Aussicht gestellte Menge "(abhängig)" von Witterungseinflüssen deutlich nach oben oder nach unten variieren kann. Eine Änderung des angebotenen Einheitspreises kann dadurch jedoch nicht eintreten.'

Punkt C 16 der Ausschreibung 'Vertragsdauer' lautet:

'Dieser Vertrag tritt mit Auftragerteilung in Kraft und endet mit 31. Oktober 2006. Dem Auftraggeber steht frei den Vertrag zweimal um jeweils zwei Jahre durch einseitige Erklärung zu verlängern.

Voraussetzung für die Verlängerung ist eine schriftliche Einverständniserklärung des Auftragnehmers. Die Preissteigerung ist im Falle der Vertragsverlängerung in der schriftlichen Erklärung des Bieters anzuführen, dazu ist der Verbraucherpreisindex 2000 der Statistik Austria heranzuziehen. Ausgangswert für die Wertsicherungsberechnung ist die im Monat der Angebotslegung verlautbarte Verbraucherpreiszahl. Dieser Vertrag endet jedenfalls mit 31. Oktober 2006.'

Punkt C 18 der Ausschreibung 'Elektronische Abwicklung' lautet:

'Der Auftragnehmer erklärt sich bereit, im Zuge der laufenden Modernisierung des Rechnungswesens beim Auftraggeber den Lauf der Lieferscheine und der Rechnungen anzupassen. Dabei müssen die Lieferscheine am elektronischen Weg übermittelt werden und im Rechnungswesensystem des Landes Steiermark integrierbar sein. Dem Auftragnehmer entstehen beim Zahlungslauf und Zahlungsziel keine Nachteile, es ist mit einer Verkürzung des Rechnungslaufes und einer schnelleren Anweisung zu rechnen. Die Kosten zur Anpassung des Systems beim Auftragnehmer sind vom Auftragnehmer abzudecken.' "

Weiters stellte die belangte Behörde fest, technische Alternativen zum ausgeschriebenen Natriumchlorid, das hieße andere Auftaumittel, seien durchwegs teurer und auf Grund ihrer spezifischen Eigenschaften für andere Ausbringungsmethoden oder Gegebenheiten, z.B. Temperaturverhältnisse, vorgesehen. Die Beschwerdeführerin biete selbst sowohl Stein- als auch Siedesalz an, wobei sie jede technisch mögliche Körnung liefern könne. Im "Salzsegment" träten mehrere Unternehmen am Markt auf, welche Salze in der ausgeschriebenen technischen Form, sei es Siede-, Stein- oder Meersalz, liefern könnten. Die mitbeteiligte Partei habe nachvollziehbar und glaubwürdig darlegen können, dass am Streusalzmarkt keine monopolistischen Verhältnisse herrschten und die Ausschreibungsbedingungen sowohl durch Siede-, Stein- als auch Meersalz erfüllt werden könnten. Den Angaben der Beschwerdeführerin, wonach lediglich die S-AG in der Lage sei, Siedesalz zu angemessenen Preisen zu liefern, könne nicht gefolgt werden. So habe ein von der Beschwerdeführerin belieferter Bieter in einem "Kärntner Streusalz-Vergabeverfahren" den Zuschlag erhalten.

Zur Erfüllung der ausschreibungsgemäß geforderten SAP-Kompatibilität (SAP steht für die Unternehmensbezeichnung "Systeme, Anwendungen, Produkte in der Datenverarbeitung") sei lediglich ein Excel-Programm erforderlich, das einen SAPkompatiblen Lieferschein generieren könne. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach eine Schnittstelle um ca. EUR 15.000,-- bis EUR 20.000,-- programmiert werden müsse, sei für die belangte Behörde nicht nachvollziehbar.

Sodann führte die belangte Behörde weiter aus, dem von der Beschwerdeführerin vorgelegten Gutachten von Prof. S. komme für das gegenständliche Verfahren keine Bedeutung zu, da das gesamte Gutachten auf einer angenommenen Salzlösung von 10 g/Liter aufgebaut sei, wogegen die mitbeteiligte Partei nachvollziehbar und glaubwürdig darlegen habe können, dass in ihrem Aufgabenbereich je nach Witterungsbedingungen weitaus höhere Streumengen erforderlich seien. Dies ergebe sich aus der Literatur, wonach eine 10 %ige Natriumchlorid-Lösung, das heißt 100 g/l

einen Gefrierpunkt von ca. -7 Grad C habe, was bedeute, dass eine solche Streumenge zum Auftauen einer 1 mm starken Eisschicht auf 1 m2 erforderlich sei. Es sei daher davon auszugehen, dass in der Praxis durchaus konzentriertere Solen mit 100 g/l und mehr entstünden.

Sodann führte die belangte Behörde zum Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrem Nachprüfungsantrag wie folgt aus:

Zum Ausschluss von Alternativangeboten:

Im konkreten Fall handle es sich bei dem ausgeschriebenen Natriumchlorid (NaCl) um Streusalz, das sich auf Grund seiner Eigenschaften und der in der Ausschreibung verlangten Bedingungen für bestimmte Temperaturbereiche und Ausbringungstechniken eigne. Eine technische Alternative zu NaCl wäre dann vergleichbar, wenn sich der von der mitbeteiligten Partei beabsichtigte spezifische Einsatzzweck, die technische Ausbringungsmethode usw. auch mit einer Alternative in gleichartiger Weise erfüllen bzw. ausführen ließe. Technische Alternativen zu NaCl hätten aber unterschiedliche Eigenschaften mit unterschiedlichen Einsatzzwecken etc. bzw. wären durchwegs erheblich teurer, sodass eine hinreichende Vergleichbarkeit zum ausgeschriebenen Natriumchlorid nicht gegeben sei. Somit seien technische Alternativen mangels Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Lieferung von NaCl zu Recht gemäß § 69 Abs. 1 BVergG 2002 ausgeschlossen worden. Diesbezüglich sei es nicht erforderlich gewesen, die wichtigen Gründe (gemeint: i.S. des § 69 Abs. 1 BVergG 2002) bereits in der Ausschreibung anzuführen. Eine Beschränkung auf Teilleistungen komme auf Grund des Gegenstandes der Ausschreibung nicht in Frage.

Zum Vadium:

Ausgehend von dem von der mitbeteiligten Partei auf Grund früherer Ausschreibungen geschätzten Auftragswert von EUR 3,5 Mio. und einem Preis von EUR 83,3 pro t würde sich ein 5 %iges Vadium im Sinn des § 72 BVergG 2002 von EUR 175.000,-- ergeben. Das in der Ausschreibung verlangte Vadium von EUR 200.000,-- entspreche einem Prozentsatz 5,71 %. Diese geringfügige Überschreitung erscheine angesichts der "Soll"-Bestimmung des § 72 BVergG 2002 und der Rechtfertigung der mitbeteiligten Partei, dass die Verlässlichkeit der Bieter auf Grund der Wichtigkeit des Materials zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung zur Durchführung des Winterdienstes von besonderer Bedeutung sei, als durchaus angemessen und sachlich gerechtfertigt.

Zum fehlenden Bezug auf einschlägige Normen:

Im vorliegenden Fall handle es sich bei der von der mitbeteiligten Partei angeführten Richtlinie 13.41 Straßenerhaltung - Winterdienst - Schneeräumung und Streuung der (österreichischen) Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau (im Folgenden: RVS 13.41) um eine Richtlinie des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie, deren Anwendung von diesem Bundesministerium empfohlen werde. Die RVS 13.41 sei unverbindlich und damit auch "bar" einer Rechtspflicht, sie zur Leistungsbeschreibung im Vergabeverfahren heranzuziehen. Für die weiters (von der Beschwerdeführerin) angeführten (deutschen) Technischen Lieferbedingungen für Streustoffe des Straßenwinterdienstes (im Folgenden: TL-Streu) bestehe in Österreich jedenfalls keine Anwendungsverpflichtung. Auch aus § 76 Abs. 2 BVergG 2002 sei keine Verpflichtung abzuleiten, die RVS 13.41 der gegenständlichen Ausschreibung zu Grunde zu legen. Es komme im Wesentlichen darauf an, dass der Auftragsgegenstand in der Ausschreibung gemäß § 74 Abs. 1 BVergG 2002 eindeutig, vollständig und neutral beschrieben werde. In diesem Rahmen stehe es Auftraggebern frei, die zu vergebende Leistung so zu beschreiben, wie sie dem festgelegten Zweck entspreche, sofern dabei die Grundsätze der vier Freiheiten des Binnenmarktes und das Diskriminierungsverbot beachtet würden. Anhaltspunkte dafür, dass die genannten Grundsätze im vorliegenden Fall verletzt worden wären, seien für die belangte Behörde nicht erkennbar.

Zur Kornverteilung:

Die Beschwerdeführerin habe zu der in der bekämpften Ausschreibung festgelegten und von der RVS 13.41 bzw. TL-Streu abweichenden Kornverteilung behauptet, diese würde Steinsalzanbieter benachteiligen und Siedesalzanbieter begünstigen. Selbst unter der Annahme, dass Siedesalzhersteller durch die festgelegte Kornverteilung Vorteile genießen würden, da Steinsalz zusätzlich gesiebt werden müsste, scheine dies aber die Beschwerdeführerin selbst nicht zu betreffen, welche selbst auf ihrer Homepage sowohl Stein- als auch Siedesalz anbiete und alle technisch möglichen Körnungen liefern könne. Auch ein Verstoß gegen § 74 Abs. 3 BVergG 2002 sei nicht gegeben, weil dieser Bestimmung Genüge getan werde, sofern es mehrere Bieter gebe, welche ein bestimmtes Produkt liefern könnten und

damit ein echter Wettbewerb gewährleistet sei. Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) habe im Urteil vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-53/99 "Concordia Bus" ein Zuschlagskriterium als zulässig erachtet, dass letztendlich nur von Gasbusherstellern erfüllt werden konnte. Daher sei weder ein Verstoß gegen § 74 Abs. 1 BVergG 2002 gegeben, da die Beschwerdeführerin selbst Siedesalz anbiete, noch sei eine Verletzung des § 74 Abs. 3 BVergG 2002 gegeben, weil eine Bevorzugung von bestimmten Bietern nicht konstatiert werden könne.

Zur Doppelbewertung des Natriumchlorid (NaCl)-Gehaltes:

Zwar sei das Argument der Beschwerdeführerin, wonach sich der Sulfatgehalt sowohl im NaCl-Reinheitskriterium als auch im Sulfatgehaltsfaktor auswirke, nicht von der Hand zu weisen, jedoch sei dies nach dem BVergG 2002 nicht grundsätzlich unzulässig. Beide Kriterien bezögen sich auf den Leistungsgegenstand der Ausschreibung, kämen für alle Angebote in gleicher Weise zur Anwendung und seien geeignet, das technische und wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Im vorliegenden Fall schlage sich der jeweilige Sulfatgehalt zugleich auch im NaCl-Reinheitskriterium nieder. Im ungünstigsten Fall vermindere der höchstzulässige Sulfatgehalt reines NaCl auf 98,8 %. Dies entspreche auf den Einheitspreis pro Tonne bezogen einem bewerteten Kostenfaktor von knapp 2,-- Cent, was im Verhältnis so gering sei, dass von keiner "schlagenden" Doppelbewertung ausgegangen werden könne.

Zum geforderten Sulfatgehalt-Höchstwert:

Die mitbeteiligte Partei sei davon ausgegangen, dass bei -8 Grad C für eine gelöste Sole 100 g NaCl pro Liter erforderlich seien. Ausgehend davon habe sie den geforderten Sulfatgehalt-Höchstwert (von 2000 mg/kg) so berechnet, dass der Sulfatgehalt bei einer Ausbringung von 100 g/l am unteren Rand des von der ÖNORM 4710-1 festgelegten Schädigungsbereiches von 200 bis 600 mg/l bleibe. Dem habe die Beschwerdeführerin mit dem Gutachten von Prof. S entgegen gehalten, das von ihr angebotene Salz bleibe in dieser Konzentration unter den schädigenden Werten. Jedoch habe die mitbeteiligte Partei nachvollziehbar darlegen können, dass bei -8 Grad C 100 g/l NaCl erforderlich seien, um eine gelöste Sole zu erzeugen. Auch sei davon auszugehen, dass je nach den gegebenen Witterungsumständen mehrmals Salz ausgebracht werden müsse, sodass sich in der Praxis auch viel konzentriertere Salzlösungen ergeben als jene, die dem Gutachten von Prof. S zu Grunde lägen. Daher erscheine der Höchstwert von 2000 mg Sulfat pro kg weder unverhältnismäßig noch unsachlich festgelegt. Im Übrigen treffe auch hier das Argument zu, nach dem eine Diskriminierung nicht ersichtlich sei, da mehrere Bieter die Leistung erbringen könnten und damit ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet sei.

Zur Vermengung von Auswahl- und Zuschlagskriterien:

Beide in der bekämpften Ausschreibung festgelegten "Gehaltskriterien" seien nicht unternehmerbezogen, sondern beträfen alleine den Leistungsgegenstand, sodass eine Bewertung von Eignungs- bzw. Auswahlkriterien als Zuschlagskriterien nicht vorliege. Daher läge auch keine verbotene Doppelbewertung vor, weil es sich bei den NaCl- und Sulfatwerten um festgelegte technische Mindesterfordernisse und damit um einen zwingenden Teil des Leistungsvertrages handle, der mit der weiteren Bewertung eines noch reineren Salzes mit noch geringerem Sulfatgehalt nichts zu tun habe.

Zur Vertragsstrafe:

Bei dem von der mitbeteiligten Partei geschätzten Auftragswert von EUR 3,500.000,-- ergebe sich eine Pönale von etwas mehr als 12,5 % des Tonnenpreises pro Tag. Dies erscheine angesichts der in der ÖNORM B 2110 empfohlenen 5 % Grenze zwar beträchtlich hoch, werde jedoch durch das besondere Interesse der mitbeteiligten Partei als Auftraggeber an einer bzw. deren gesetzlicher Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Durchführung des Winterdienstes und durch die allenfalls drohenden Kosten im Fall eines Lieferverzuges durchaus relativiert. Des Weiteren betreffe die Winterpönale nicht den gesamten Leistungsumfang, sondern nur die für die Winterperiode in Aussicht genommenen 24.000 t. Demgemäß sei die Sommerpönale nur mit EUR 3,-- pro Tonne und Tag festgelegt. Von einer ruinösen Höhe der Vertragsstrafe könne angesichts des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Gewinnentganges von EUR 1,680.000,--, was im Hinblick auf den geschätzten Auftragswert einer Deckungssumme von etwa 48 % entspreche, nicht ausgegangen werden.

Zu den fehlenden Mindest- und Höchstmengen:

Da im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung auch der Einheitspreis anzugeben sei, werde nach Tonnenpreisen abgerechnet, sodass sich eine Über- oder Unterschreitung bei nicht feststehenden Mengen nicht nachteilig auswirke.

Dafür, dass durch die fehlende Angabe einer Mindestmenge die Leistungsabfrage der mitbeteiligten Partei als Auftraggeber auf Null reduziert werde und sich diese daher ihres grundlegend erforderlichen Vertragswillens begebe oder zu begeben berechtigt wäre, bestünden keinerlei vernünftige Anhaltspunkte. Die Einschränkung, dass sich die abgerufene Menge auf Grund der Witterungsverhältnisse deutlich nach oben oder unten verschieben könne, könne nicht a priori dahingehend gedeutet werden, dass es im willkürlichen Belieben der mitbeteiligten Partei als Auftraggeber stünde, welche Mengen abgerufen würden. Eine Verletzung des § 74 BVergG 2002 sei daher nicht ersichtlich.

Zur Vertragsverlängerungsklausel:

Zu einer Option der Vertragsverlängerung um jeweils zwei Jahre werde in der Literatur die einhellige Ansicht vertreten, dass die Verlängerung eines befristeten Leistungsvertrages dann keiner Neuvergabepflicht unterläge, wenn die Verlängerung im Vertrag bereits vorgesehen sei und als Vertragsklausel in der Ausschreibung bekannt gemacht worden sei. Daher bestünden gegen die vorliegende Vertragsverlängerungsklausel keine Bedenken.

Zur SAP-Integrierbarkeit:

Angesichts dessen, dass die geforderte SAP-Kompatibilität relativ leicht und ohne übermäßige Kosten erfüllbar sei, könne eine gröbliche oder unsachliche Benachteiligung oder eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 ABGB nicht festgestellt werden.

Zu Spruchpunkt II. führte die belangte Behörde aus, die Beschwerdeführerin habe gemäß § 18 Abs. 5 Stmk. Nachprüfungsgesetz die entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen, da sie mit ihrem Begehren nicht durchgedrungen 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.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zum Ausschluss von Alternativangeboten:

Gemäß § 69 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2002 ist eine Nichtzulassung von technischen Alternativangeboten nur aus wichtigen Gründen vorzusehen und auf jene Teilleistungen zu beschränken, für die eine sachliche Notwendigkeit besteht.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei der von ihr angefochtenen Ausschreibung lägen wichtige Gründe gemäß § 69 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2002 nicht vor, dies auch deshalb, weil die Ausschreibung keine solchen wichtigen Gründe nenne. Die Auffassung der belangten Behörde, eine Vergleichbarkeit sei nicht gegeben, weil Alternativen, die am Markt bestünden, unterschiedliche Einsatzzwecke hätten und erheblich teurer wären, sei unrichtig. So sei es unerheblich, ob gemeinhin Alternativen teurer wären, weil das Gebot der Zulassung von Alternativangeboten gerade andere Möglichkeiten eröffnen und unkonventionellen Anbietern die Möglichkeit bieten solle, technische Neuerungen einzubringen und so den beabsichtigten Zweck der Ausschreibung zu erfüllen.

Zunächst ist diesem Vorbringen entgegen zu halten, dass der Wortlaut des § 69 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2002 - entgegen etwa den Bestimmungen des § 67 Abs. 1, 2, 3, 5 und 6 BVergG 2002 - nicht verlangt, dass die "wichtigen Gründe" in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben sind.

Der Wortlaut des § 69 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2002 nennt die "wichtigen Gründe" nicht (vgl. so auch Schramm/Öhler/Hartlieb, Alternativangebote in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar (2004), 939, Rz. 23 zu § 69). Die Erläuterungen zu dieser Bestimmung (AB 1118 BlgNR XXI. GP, 47) erwähnen beispielsweise als wichtigen Grund, dass die Prüfung der Alternativen einen unverhältnismäßigen Aufwand mit sich bringen würde oder eine Abgrenzung derartiger Alternativen zu ausschreibungswidrigen Angeboten sehr schwer möglich sei.

Die belangte Behörde begründet das Vorliegen eines "wichtigen Grundes" mit der fehlenden Vergleichbarkeit von technischen Alternativen mit dem ausgeschriebenen NaCl im Hinblick auf den von der mitbeteiligten Partei als Auftraggeberin angestrebten Einsatzzweck und die beabsichtigte Ausbringungsmethode. Die mitbeteiligte Partei hat in diesem Zusammenhang im Nachprüfungsverfahren auf die schädlichen Auswirkungen technischer Alternativen

(anderer Substanzen als NaCl) auf Umwelt und Gesundheit hingewiesen. So würden die in der Vergangenheit angewandten Aluminium-Verbindungen seit der Kenntnis über ihre krankheitsfördernde Wirkung nicht mehr angewandt (vgl. AS 95). Auch weise jedes Auftaumittel spezielle Eigenschaften auf und müssten die Mitarbeiter der mitbeteiligten Partei entsprechend geschult werden, was einen zusätzlichen Aufwand erfordere. So weise etwa Kalziumchlorid als Auftaumittel wesentlich andere Eigenschaften auf, insbesondere weil es stark hygroskopisch sei, separat gelagert werden müsse bzw. gänzlich andere Streumengen erforderlich seien (AS 233). Sowohl die Streufahrzeuge als auch die Fahrer der mitbeteiligten Partei seien aber auf den Umgang mit dem ausgeschriebenen NaCl eingestellt (AS 239).

Diese von der mitbeteiligten Partei solcherart näher dargestellten nachteiligen Auswirkungen einer Zulassung von in Frage kommenden technischen Alternativen zum ausgeschriebenen NaCl stellen nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshof einen "wichtigen Grund" im Sinn des § 69 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2002 dar, welcher die mitbeteiligte Partei berechtigte, Alternativangebote auszuschließen.

2. Zum Vadium:

Wird ein Vadium verlangt, so ist gemäß § 72 BVergG 2002 dessen Höhe festzulegen. Das Vadium soll grundsätzlich 5 % des geschätzten Auftragswertes nicht überschreiten.

Die Beschwerde bringt hiezu vor, das in der vorliegenden Ausschreibung festgelegte Vadium sei unsachlich überhöht, weil es um 14 % höher sei als die vom Gesetz angeführte 5 %-Grenze und in keiner Weise belegt sei, dass die Ausschreibung zur Durchführung des Winterdienstes von größerer Bedeutung sei als andere vergleichbare Ausschreibungen, für die das BVergG 2002 die 5 %- Grenze vorsehe.

Schon aus dem Wortlaut des § 72 zweiter Satz BVergG 2002 (arg.: "grundsätzlich") ergibt sich, dass im Ausnahmefall ein höheres Vadium verlangt werden kann. Im Beschwerdefall beträgt das Vadium - nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides - 5,71 % des geschätzten Auftragswertes. Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid darauf hingewiesen, dass die Verlässlichkeit der Bieter auf Grund der Wichtigkeit des Materials zur Erfüllung der Verpflichtung der mitbeteiligten Partei (als Straßenerhalter) zur Durchführung des Winterdienstes von besonderer Bedeutung sei. Das Vadium ist gemäß der Legaldefinition des § 20 Z. 29 lit. a BVergG 2002 eine Sicherstellung (unter anderem) für den Fall, dass der Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung des Auftraggebers schuldhaft nicht behebt. Ausgehend davon ist nicht zu sehen, dass das in der vorliegenden Ausschreibung festgelegte Vadium nicht angemessen oder nicht sachlich gerechtfertigt wäre (vgl. hiezu auch Öhler/Schramm, Vadium in:

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, a.a.O., 947, Rz. 8 zu § 72 BVergG 2002).

3. Zum fehlenden Bezug auf einschlägige Normen:

Zu ihrem Vorbringen, die mitbeteiligte Partei hätte in ihrer Ausschreibung die RVS 13.41 Winterdienst-Schneeräumung und Streuung (Ausgabe September 1993) sowie weiters die deutsche TL-Streu (Ausgabe 2003) berücksichtigen müssen, ist sie gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die Entscheidungsgründe des hg. Erkenntnisses vom 26. April 2007, Zlen. 2005/04/0189 und 0190, zu verweisen. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass der öffentliche Auftraggeber nicht gehalten ist, derartige (nicht verbindliche) technische Spezifikationen einzuhalten bzw. Abweichungen von diesen im Einzelnen zu begründen.

4. Zu den Festlegungen der Ausschreibung betreffend Kornverteilung, NaCl-Gehalt und Sulfat-Gehalt:

Die Beschwerdeführerin bringt hiezu vor, die in der Ausschreibung verlangte Kornverteilung und der verlangte Sulfat-Gehalt entsprächen nicht der RVS 13.41 sowie der TL-Streu, was eine Benachteiligung von Steinsalzanbietern darstelle, da die festgelegte Kornverteilung für Siedesalzhersteller massive Vorteile bringe. Auch für den festgelegten Höchstwert des Sulfat-Gehaltes gebe es keine Rechtfertigung. Auch hiedurch würden Steinsalzanbieter, die in der Regel einen höheren Sulfatgehalt anbieten müssten, deutlich benachteiligt bzw. faktisch von der Ausschreibung ausgeschlossen. Durch die eigene Bewertung des NaCl-Gehaltes in Punkt 14.5 der Ausschreibungsunterlagen sowie weiters die Festlegung des SO-4-Gehaltes und des Wassergehaltes sei darüber hinaus eine nicht zu rechtfertigende Doppelverwertung vorgenommen worden.

Auch zu diesem Vorbringen ist die Beschwerdeführerin gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die Entscheidungsgründe des

zitierten hg. Erkenntnisses vom 26. April 2007 zu verweisen. In diesem hat der Verwaltungsgerichtshof unter Verweis auf seine Vorjudikatur sowie auf Rechtsprechung des EuGH festgehalten, dass es grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers ist, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. Wesentlich ist im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter (§ 21 Abs. 1 BVergG 2002), dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben sind (§ 74 Abs. 1 BVergG 2002) bzw. nicht so umschrieben sind, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (§ 74 Abs. 3 BVergG 2002).

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde festgestellt, dass am Markt betreffend das ausgeschriebene Produkt Streusalz keine monopolistischen Verhältnisse herrschten und die Bedingungen der vorliegenden Ausschreibung sowohl durch Siede-, Stein- als auch Meersalzanbieter erfüllt werden könnten. Darüber hinaus wurden von der mitbeteiligten Partei im Nachprüfungsverfahren nicht als unschlüssig zu erkennende sachliche Gründe für die diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung vorgebracht (vgl. AS 96 bis 98: zur Kornverteilung: Einsparungserfolg von 22 bis 44 % an Streumittel, Reduktion der Kilometerleistung von Streufahrzeugen und der damit verbundenen Kosten, Schadstoffreduktion sowie schnellere Tauwirkung des feinkörnigeren Streusalzes; zum NaCl-Gehalt: Erreichung einer möglichst hohen Tauleistung und Bewertung der unerwünschten Inhaltsstoffe wie Eisen, Jod, Brom, unlösliche Stoffe wie Staub durch die fehlende NaCl-Menge; zum Sulfatgehalt: Schutz des Baustoffes Beton vor chemischen Angriffen insbesondere bei Brücken, Einfahrtsbereichen von 70 Straßentunnel in der Steiermark, Stützmauern, Betonleitwänden und Betonfahrbahnen, Berücksichtigung des Umstandes, dass sich im Straßennetz des Landes Steiermark eine Vielzahl an älteren Betonbauten befände und weiters Berücksichtigung der in der ÖNORM B 4710 enthaltenen Werte). Ausgehend davon ist es nicht als rechtswidrig zu erkennen, wenn die mitbeteiligte Partei als öffentliche Auftraggeberin aus den von ihr dargestellten Erwägungen solcherart die gewählten Mindestanforderungen und damit letztlich die von ihr als Auftraggeber gewünschte "Qualität" der ausgeschriebenen Leistung festgelegt hat (vgl. auch hiezu das zitierte Erkenntnis vom 26. April 2007).

5. Zur Vermengung von Auswahl- und Zuschlagskriterien:

Gemäß § 74 Abs. 1 BVergG 2002 sind die Leistungen bzw. die Aufgabenstellungen eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben.

Gemäß § 67 Abs. 3 zweiter Satz BVergG 2002 hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben, wenn der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll.

Die Beschwerdeführerin behauptet nun, bei der vorliegenden Ausschreibung liege eine verbotene Doppelverwertung vor, weil es sich bei den festgelegten NaCl- und Sulfatwerten um technische Mindesterfordernisse und damit um einen zwingenden Teil des Leistungsvertrages handle, die mit der weiteren Bewertung eines noch reineren Salzes mit noch geringerem Sulfatgehalt an sich nichts zu tun hätten.

Damit verkennt die Beschwerdeführerin, dass es sich nicht um ein und das selbe Kriterium handelt, welches mehrfach verwendet wird. Vielmehr wird einerseits in der vorliegenden Ausschreibung ein Mindest- bzw. Maximalanteil (Punkt B 14.5: NaCl 98 % sowie Punkt B 14.6.: Sulfatgehalt 2000 mg/kg) als Teil der Leistungsbeschreibung vorgegeben (arg: ausdrückliche Bezeichnung als "Vorgabe") und andererseits ein weiteres Kriterium als "Bewertungsfaktor" und somit als Zuschlagskriterium, nämlich der (theoretisch) zwischen 98 % und 100 % mögliche NaCl-Gehalt bzw. der (theoretisch) zwischen 0 und den maximal zulässigen 2000 mg/kg mögliche Sulfatgehalt, berücksichtigt. Dass diese Leistungskriterien bzw. Zuschlagskriterien jeweils in einem Punkt der Ausschreibung (Punkt B 14.5 bzw. Punkt B 14.6) enthalten sind, ändert nichts daran, dass es sich um unterschiedliche Kriterien handelt und daher schon deshalb von einer unzulässigen Doppelverwertung nicht gesprochen werden kann.

6. Zur Vertragsstrafe:

Gemäß § 80 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2002 sind für Vertragsstrafen (Pönale) erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen.

Die Höhe der Vertragsstrafe ist prinzipiell in das Ermessen der Vertragsparteien gestellt. Die Vertragsstrafe soll jedoch dem aus dem Verzug zu befürchtenden Nachteil des öffentlichen Auftraggebers und der Auftragssumme angemessen sein (vgl. Öhler/Schramm, Sonstige Bestimmungen betreffend den Leistungsvertrag - Grundsätzliches in:

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, a.a.O., 1059, Rz. 24 zu § 80 BVergG 2002 mit Verweis auf die ÖNORM A 2050, auf deren Relevanz die Erläuterungen zu § 80 BVergG 2002, AB 118 BlgNR XXI. GP, 50, hinweisen).

Die Beschwerdeführerin bringt hiezu vor, die im Punkt 11.2 der vorliegenden Ausschreibung vorgeschriebene Vertragsstrafe für Lieferverzug im Winter betrage EUR 10,-- pro Tonne und Kalendertag, was bei einem Preis von EUR 70,-- pro Tonne ruinös sei. Bei einem Lieferverzug von jeweils 8 Tagen würde das Pönale daher den gesamten Auftragswert "auffressen", was durch nichts gerechtfertigt sei. Die Vertragsstrafe sei daher unsachlich und sittenwidrig.

Auch zu diesem Punkt hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zur Verpflichtung der mitbeteiligten Partei (als Straßenhalter) zur ordnungsgemäßen Durchführung des Winterdienstes und weiters auf die ihr allenfalls drohenden Kosten im Falle eines Lieferverzuges von mindestens EUR 250,-- pro Tag und Fuhre hingewiesen. Ausgehend davon und dem Umstand, dass diese Pönale nur für "Lieferverzug im Zeitraum der Wintereinlagerung" vorgeschrieben ist, kann die von der Beschwerdeführerin behauptete Vergaberechtswidrigkeit nicht erkannt werden.

7. Zu den fehlenden Mindest- und Höchstmengen:

Gemäß § 74 Abs. 1 BVergG 2002 sind die Leistungen bzw. die Aufgabenstellungen eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Die eindeutige, vollständige und neutrale Beschreibung der Leistung bzw. der Aufgabenstellung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen.

Die Beschwerdeführerin bringt nun vor, die vorliegende Ausschreibung verletze § 74 BVergG 2002, da weder eine Mindestnoch eine Höchstmenge festgeschrieben sei, was unsachlich sei und der Spezifikation der ausgeschriebenen Leistungen widerspreche, weil im Extremfall nichts abgerufen werden könnte, im anderen Extremfall aber auch eine weit höhere als die angebotene Menge.

Zu diesem Vorbringen ist die Beschwerdeführerin zunächst darauf hinzuweisen, dass Punkt C 15 der vorliegenden Ausschreibung ("Über- und Unterschreitung der Gesamtmenge") lediglich davon spricht, "dass die ausgeschriebene bzw. in Aussicht gestellte Menge von Witterungseinflüssen deutlich nach oben oder nach unten variieren kann". Daher besteht die Auffassung der belangten Behörde, für eine Reduktion der Abfrage der ausgeschriebenen Lieferung auf Null bestünden keinerlei vernünftige Anhaltspunkte, zu Recht. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass Zweck einer detaillierten Leistungsbeschreibung nach § 74 BVergG 2002 ist, die auf Grund der Ausschreibung einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können (vgl. hiezu die Erläuterungen zu § 74 in AB 1118 BlgNR XXI. GP, 49). Diese Voraussetzung ist durch die in der Ausschreibung angegebene Liefermenge, welche sich nach Angaben der mitbeteiligten Partei statistisch aus dem durchschnittlichen Jahresverbrauch errechne, erfüllt. Eine darüber hinausgehende Verletzung des § 74 BVergG 2002 ist daher nicht zu erkennen.

8. Zur Vertragsverlängerungsklausel (Option):

Gegen die in der Ausschreibung enthaltene Option bringt die Beschwerdeführerin vor, die mitbeteiligte Partei könne dadurch einseitig für insgesamt vier weitere Jahre einen Auftrag an den bisherigen Bestbieter vergeben, ohne eine neuerliche Ausschreibung durchzuführen. Daher sei es ihrer Willkür anheim gestellt, ob sie eine neue Ausschreibung mache oder den bisherigen Bestbieter betraue.

Zu diesem Vorbringen ist die Beschwerdeführerin gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auch auf die Entscheidungsgründe des zitierten hg. Erkenntnisses vom 26. April 2007 zu verweisen, in dem der Verwaltungsgerichtshof bereits auf gleichartige Argumente der Beschwerdeführerin eingegangen ist.

9. Zur SAP-Integrierbarkeit:

Die Beschwerdeführerin wendet gegen die in der vorliegenden Ausschreibung (Punkt C 18) verlangte elektronische Abwicklung ein, dass mit dieser ein bestimmtes Computersystem favorisiert bzw. den Bietern aufgezwungen werde und dadurch ein Wettbewerbsnachteil zu Lasten jener Bieter entstehe, die über dieses System nicht verfügten.

Hiezu ist zunächst festzuhalten, dass Punkt C 18 der vorliegenden Ausschreibung nur verlangt, "den Lauf der Lieferscheine und der Rechnungen anzupassen" und dabei "die Lieferscheine am elektronischen Weg übermittelt werden und im Rechnungswesensystem des Landes Steiermark integrierbar sein" müssen. Hiezu hat die belangte Behörde festgestellt, zur Erfüllung dieser Festlegung sei lediglich ein Excel-Programm erforderlich, das einen SAP-kompatiblen Lieferschein generieren könne. Aus Punkt C 18 der Ausschreibung ist erkennbar, dass diese Forderung

der mitbeteiligten Partei mit den erfolgten Modernisierungen im Rechnungswesensystem der mitbeteiligten Partei sachlich begründet ist und zudem für den Auftragnehmer zu einer Verkürzung des Rechnungslaufes und einer schnelleren Anweisung führt. Daher ist die Auffassung der belangten Behörde, durch die in der Ausschreibung geforderte SAP-Kompatibilität erfolge keine Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin (§ 21 Abs. 1 BVergG 2002), nicht als rechtswidrig zu erkennen. Vor diesem Hintergrund ist auch die von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde lediglich aufgestellte Vermutung, die in der Ausschreibung geforderte SAP-Kompatibilität würde sehr wohl die von ihr angenommenen Kosten "von etwa EUR 15.000,-- aufwärts" verursachen, nicht von Relevanz, zumal selbst bei Unterstellung der Richtigkeit dieser Vermutung alle Bieter gleichermaßen betroffen wären und schon aus diesem Grund keine Ungleichbehandlung i.S. des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 zu sehen ist.

10. Zu den gerügten Verfahrensfehlern:

Den von der Beschwerdeführerin gerügten Verfahrensfehlern fehlt vor dem Hintergrund der obzitierten Rechtsprechung, nach der es grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers ist, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen (vgl. wiederum das zitierte Erkenntnis vom 26. April 2007), die gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG erforderliche Darstellung der Relevanz.

Auch ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin sowohl Steinals auch Siedesalz anbietet und somit die Frage, wie diese Information durch die belangte Behörde beschafft wurde, ausgehend von der oben dargestellten Rechtslage nicht relevant.

11. Da sich die Beschwerde somit insgesamt als unbegründet erweist, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

12. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 28. März 2008

Schlagworte

Ermessen besondere Rechtsgebiete Ermessen VwRallg8

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2006040030.X00

Im RIS seit

06.05.2008

Zuletzt aktualisiert am

12.07.2008

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at