jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2007/4/26 2005/04/0189

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.04.2007

Index

E6J;
L72003 Beschaffung Vergabe Niederösterreich;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

62001CJ0448 EVN VORAB;
62004CJ0331 ATI EAC VORAB;
ABGB §936;
BVergG 2002 §12 Abs4;
BVergG 2002 §21 Abs1;
BVergG 2002 §74 Abs1;
BVergG 2002 §74 Abs3;
BVergG 2002 §75 Abs2 Z1;
BVergG 2002 §75 Abs2 Z2;
BVergG 2002 §75 Abs2 Z3;
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2005/04/0190

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 der Schriftführerin Mag. Papst, über die Beschwerden der S GmbH in S, vertreten durch Dr. Peter Hauser, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Haunspergstraße 33, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich jeweils vom 4. Juli 2005, Zl. Senat-AB-05-0112 (hg. Zl. 2005/04/0189) bzw. Senat-AB-05-0114 (hg. Zl. 2005/04/0190), beide betreffend Nachprüfungsverfahren nach dem NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (jeweils mitbeteiligte Partei: Land Niederösterreich, vertreten durch Urbanek Lind Schmied Reisch Rechtsanwälte OEG in 3100 St. Pölten, Kremser Gasse 4), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Niederösterreich Aufwendungen in der Höhe von EUR 433,40 sowie der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren der belangten Behörde wird abgewiesen.

Begründung

I.

1. Mit den vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheiden des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich jeweils vom 4. Juli 2005 wurden die Anträge der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und Gebührenersatz im Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz für den Straßenwinterdienst: Sommereinlagerung 2005 und Nachlieferung im Winter 2005/2006" für die Straßenmeistereien "im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung 2 Tulln" bzw. "im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung 8 Waidhofen/Thaya" gemäß § 67a Abs. 1 Z 1 AVG und den §§ 4, 5, 7, 8 und 15 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. 7200-0, abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges im Wesentlichen übereinstimmend aus, die mitbeteiligte Partei sei öffentlicher Auftraggeber in dem im Spruch näher bezeichneten Vergabeverfahren. Als Verfahrensart komme das offene Verfahren in Form eines beschleunigten Verfahrens nach Vorinformation zur Anwendung. Der geschätzte Auftragswert betrage exklusive Mehrwertsteuer "rund" EUR 2,600.000,-- bzw. "rund" EUR 1,211.000,--. Laut Ausschreibungsbedingungen seien die rechtlichen Grundlagen für die Auftragvergabe das Bundesvergabegesetz 2002, das NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz und die "RVS 13.41 Winterdienst-Schneeräumung und Streuung (Ausgabe September 1993)". Sodann traf die belangte Behörde zu den Ausschreibungsbedingungen und deren sachlicher Rechtfertigung (übereinstimmend) folgende Feststellungen:

"Gemäß Punkt A 1.14.2" (der Ausschreibung) "erfolgt der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip. Maßgebend sind hiefür der Angebotspreis (max. 90 Prozentpunkte), der Anteil der tauwirksamen Substanzen (max. 2 Prozentpunkte), der Wassergehalt (max. 4 Prozentpunkte) und der Sulfatgehalt (max. 4 Prozentpunkte).

Hinsichtlich der tauwirksamen Substanzen ist nach den Ausschreibungsbedingungen eine Staffelung der Prozentpunktevergabe in der Form vorgesehen, dass für einen Anteil zwischen 100,00 % bis 99,50 % 2 Prozentpunkte vergeben werden, im Bereich 99,49 bis 99,0 % 1,5 Prozentpunkte, im Bereich 98,99 % bis 98,50 % 1 Prozentpunkt und im Bereich 98,50 % bis 98,0 Prozent 0 Punkte.

Bezüglich des Wassergehaltes werden bei einem Gehalt von 0,01 % bis 0,10 % insgesamt 4 Prozentpunkte vergeben, bei einem Wassergehalt von 0,11 % bis 0,20 % 3 Prozentpunkte, bei einem Wassergehalt von 0,21 % bis 0,30 % 2 Prozentpunkte, bei einem Wassergehalt von 0,31 % bis 0,40 % 1 Prozentpunkt und bei einem Wassergehalt von 0,41 % bis 0,50 % 0 Prozentpunkte. Ein Wassergehalt von über 0,50 % ist unzulässig. Die Gewichtung des Wassergehaltes mit bis zu 4 Prozentpunkten und Festlegung des Maximalwertes mit 0,5 % erfolgte wegen der hohen Bedeutung des Wassergehaltes, insbesondere im Hinblick auf die Lagerfähigkeit über Monate insbesondere in Holzsilos, aber auch aus Wirtschaftlichkeitsüberlegungen.

Der Sulfatgehalt unterliegt einer Gewichtung in der Form, dass zwischen 0 mg/kg bis 1.500 mg/kg 4 Prozentpunkte vergeben werden, bei einem Sulfatgehalt von 1.501 mg/kg bis 3.000 mg/kg 3 Prozentpunkte, bei einem Sulfatgehalt von 3.001 mg/kg bis

4.500 mg/kg 2 Prozentpunkte, bei einem Sulfatgehalt von

4.501 mg/kg bis 6.000 mg/kg 1 Prozentpunkt und bei einem Sulfatgehalt von 6.001 mg/kg bis 7.000 mg/kg 0 Prozentpunkte. Ein 7.000 mg/kg übersteigender Sulfatgehalt ist nicht zulässig. Der Sulfatgrenzwert von 7.000 mg/kg wurde in der Form ermittelt, dass ein Durchschnittswert aus 13 verschiedenen Steinsalzproben (Zertifikate ausgestellt zwischen November 2002 und Februar 2005) ermittelt wurde und ergab dieser einen Wert von rund 5.500 mg/kg. Die Bandbreite des Sulfatgehaltes reichte von 2.530 mg/kg bis zu

10.700 mg/kg, wobei lediglich drei Proben einen Wert von über 7.000 mg/kg aufwiesen.

Dazu kommt ein rund 30-%iger Zuschlag, um einen möglichst hohen Bieterkreis zu gewährleisten. Die Gewichtung des Sulfatgehaltes in der beschriebenen Form sowie die Festlegung des Maximalwertes mit 7.000 mg/kg erfolgte aus Vorsichtsgründen zur Vermeidung allfälliger Sulfatschäden an Betonbauwerken. Betonbauwerke im Zuge des NÖ

Straßennetzes sind - mit Ausnahme jener, die im Grundwasserbereich situiert sind und solcher jüngeren Errichtungsdatums - nicht in sulfatbeständiger Form ausgeführt.

Punkt A 1.16 der Ausschreibung sieht eine Option auf Verlängerung des Vertrages in der Form vor, dass eine Option des Auftraggebers zur einmaligen Verlängerung des Vertrages zu den gleichen Bedingungen um ein weiteres Jahr bis zum 15.4.2007 vereinbart wird. Die Geltendmachung der Option hat vom Auftraggeber im Zeitraum vom 1.3.2006 bis zum 1.4.2006 zu erfolgen. Die Option kann nur vom Auftraggeber in Anspruch genommen werden. Weitere Ausführungen dahingehend, unter welchen Voraussetzungen von der Option Gebrauch gemacht würde, finden sich in den Ausschreibungsbedingungen nicht.

Gemäß Punkt B 2.5.1.3 der Ausschreibung hat die Kornverteilung in der Form vorzuliegen, dass der Anteil von < 0,16 mm < 5 % zu betragen hat, eine Korngröße zwischen 0,16 mm bis 2,0 mm> 80 % und eine Korngröße von 2,0 mm bis 3,15 mm < 15 % zu betragen hat. Oberkorn über 3,15 mm ist nicht zulässig. Bereits in der Ausschreibung betreffend Salzlieferung für die Wintersaison 2004/2005 war eine Körnung über 3,15 mm unzulässig. Der Grund für diese letztgenannte Limitierung von 3,15 mm liegt darin, dass größere Körner auf Grund ihres Gewichtes im Vergleich zu kleineren Körnern im Zuge des Streuvorganges weiter fliegen. Insbesonders große Körner gelangen vielfach in den Bankettbereich. Dies ist auch bedingt durch die größere Empfindlichkeit im Hinblick auf die Sogwirkung der Fahrzeuge. Je höher die Fahrzeugdichte, desto ungünstiger ist daher auch die Verwendung von größeren Korngrößen.

Größere Körner besitzen im Vergleich zu kleineren auch eine geringere reduktionsfähige Oberfläche. Insbesondere bei nur dünnen Eisschichten oder leicht feuchter Fahrbahn gehen kleinere Körner schneller in Lösung und bewirken damit eine raschere Tauleistung."

Die Beschwerdeführerin beabsichtige die Teilnahme an den verfahrensgegenständlichen Ausschreibungen, im Auftragsfalle würde sie Steinsalz aus der Ukraine liefern. Die Beschwerdeführerin habe erstmals in der Wintersaison 2001/2002 Salz an das Land Niederösterreich geliefert (allerdings nur in geringer Menge). Eine wesentlich größere Menge sei für die Wintersaison 2003/2004 geliefert worden. Hinsichtlich beider Wintersaisonen sei Steinsalz aus der Ukraine geliefert worden. Für die Wintersaison 2004/2005 seien abermals Lieferungen erfolgt, wobei an die Straßenbauabteilung Tulln zwei getrennte Lieferungen (eine mit Siedesalz und eine mit Steinsalz) und an die Straßenbauabteilung Waidhofen an der Thaya eine Lieferung bestehend aus einem Gemisch von Stein- und Siedesalz erfolgt sei.

Nach Anführung der angewendeten Gesetzesbestimmungen führte die belangte Behörde aus, die Beschwerdeführerin vertrete zu der in den Ausschreibungsbedingungen vorgesehenen Option einer möglichen Vertragsverlängerung die Auffassung, es stehe der Willkür des öffentlichen Auftraggebers offen, von dieser Gebrauch zu machen oder für die Wintersaison 2006/2007 ein weiteres Vergabeverfahren durchzuführen, da in den Ausschreibungsbedingungen keinerlei Regelungen dahin getroffen wären, unter welchen Voraussetzungen der öffentliche Auftraggeber von der Option Gebrauch mache. Eine Option stelle die Möglichkeit für einen Vertragspartner dar, ein von vornherein definiertes Vertragsverhältnis durch einseitige Willenserklärung abzurufen bzw. in Kraft zu setzen und damit den Vertragspartner (und sich selbst) zu binden. Es liege im Wesen einer Option, dass der durch die Option begünstigte Vertragspartner frei dahingehend wählen könne, ob er von der Option Gebrauch mache oder nicht. Eine verpflichtende Definierung der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer Option in den Ausschreibungsbedingungen sei mit dem Wesen der Option nicht vereinbar. Der Gesetzgeber habe die Möglichkeit einer Option im Bereich des Vergaberechtes für zulässig erklärt und keine Sonderbestimmungen betreffend die Inanspruchnahme derselben getroffen, sodass die vom öffentlichen Auftraggeber vorliegend gewählte Option und deren Formulierung rechtmäßig sei.

Zu der in den Ausschreibungen vorgesehenen Festlegung bzw. Gewichtung des Wassergehaltes, des Sulfatgehaltes und einer maximalen Korngröße (des zu liefernden Auftausalzes) führte die belangte Behörde aus, es stehe in der freien Entscheidung eines jeden öffentlichen Auftraggebers festzulegen, welche Leistungen oder Produkte er im Zuge einer öffentlichen Ausschreibung vergeben wolle und welche Eigenschaften diese Leistungen bzw. Produkte aufweisen müssten. Der öffentliche Auftraggeber sei nur insoweit einer Beschränkung unterworfen, als die ausgeschriebenen Leistungen bzw. Produkte grundsätzlich für die Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet sein müssten und die geforderten Eigenschaften dieser Leistungen oder Produkte im Hinblick auf den angestrebten Zweck nicht unsachlich sein dürften. Keinesfalls stehe es einem Bieter oder Interessenten für ein Vergabeverfahren zu, dem öffentlichen

Auftraggeber im Wege des Vergaberechts (insbesondere des Diskriminierungsverbotes) Leistungen oder Produkte oder Eigenschaften dieser Leistungen oder Produkte aufzuzwingen, die der öffentliche Auftraggeber nicht haben wolle. Vor diesem Hintergrund habe daher von der Nachprüfungsbehörde lediglich eine Kontrolle dahingehend zu erfolgen, ob die festgelegten Grenzwerte in der Leistungsbeschreibung sowie die Gewichtung bei den Zuschlagskriterien in einem sachlich gerechtfertigten Bereich angesiedelt seien.

Im Ergebnis bedeute dies für den festgelegten maximalenWassergehalt von 0,5 %, dass nur zu prüfen sei, ob dieser Wert an sich sachlich gerechtfertigt sei, was auf Grund des eingeholten Sachverständigengutachtens jedenfalls gegeben sei. Der öffentliche Auftraggeber sei nicht verpflichtet zu begründen, warum er für diesen Bereich einen niedrigeren Wert festgelegt habe, als etwa in der Richtlinie 13.41 Straßenerhaltung - Winterdienst - Schneeräumung und Streuung, Ausgabe September 1993, der (österreichischen) Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau (im Folgenden: RVS 13.41) oder in den (deutschen) Technischen Lieferbedingungen für Streustoffe des Straßenwinterdienstes, Ausgabe 2003 (im Folgenden: TL-Streu)" festgelegt sei. Die RVS 13.41 stelle lediglich eine Empfehlung des zuständigen Bundesministeriums dar, woraus sich bereits offenkundig ergebe, dass die mitbeteiligte Partei als selbständige Gebietskörperschaft weder zur "bedingungslosen Befolgung" noch zur Begründung im Falle einer Abweichung verpflichtet sei. Die mitbeteiligte Partei sei als öffentlicher Auftraggeber berechtigt, selbständig einen Grenzwert festzulegen, sofern dieser nicht unsachlich sei. Gleiches gelte in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin namhaft gemachte TL-Streu (Ausgabe 2003). Abgesehen davon habe das Beweisverfahren sachliche Gründe für die Festlegung mit einem Wert von 0,5 % an Stelle von 0,6 % laut RVS 13.41 ergeben. Ein niedrigerer Wassergehalt stelle jedenfalls einen wirtschaftlichen Vorteil für den öffentlichen Auftraggeber dar, zumal er bei einem Grenzwert von 0,6 % einen um 20 % höheren Wassergehalt (Berechnungsbasis 0,5 %) in Kauf nehme und daher um bis zu 20 % mehr Wasser an Stelle des gekauften Produktes bzw. dessen Leistung erhalten würde. Darüber hinaus sei ein niedrigerer Wassergehalt im Hinblick auf die teilweise lange Lagerung in Holzsilos jedenfalls von Vorteil, auch wenn laut Sachverständigengutachten die Verklumpungsgefahr bei 0,6 % Wassergehalt nicht höher liege.

Gleiches sei für die Gewichtung des Wassergehaltes im Rahmen der Zuschlagskriterien festzustellen. Es müsse dem öffentlichen Auftraggeber jedenfalls zugebilligt werden, derartige Überlegungen in einem verstärkten Maße zu berücksichtigen, sodass die Änderung der Gewichtung von bis zu 2 Prozentpunkten in der Ausschreibung für die letzte Wintersaison auf bis zu 4 Prozentpunkten in der nunmehrigen Ausschreibung nicht als rechtswidrig angesehen werden könne. Auch stehe der Maximalwert von 4 Prozentpunkten im Verhältnis zu den übrigen Zuschlagskriterien in keinem wie immer gearteten Missverhältnis, sodass dem Antrag auf Nichtigerklärung in diesem Bereich jeder Erfolg zu versagen gewesen sei.

Bei dem festgelegten Sulfatgrenzwert (von 7000 mg/kg) verhalte es sich grundsätzlich gleich. Es bestehe keine Verpflichtung zur Übernahme der Werte laut TL-Streu noch eine Verpflichtung zur Begründung im Falle einer Abweichung. Einzige Voraussetzung hiefür sei wiederum, dass der geforderte Grenzwert in einem sachlich gerechtfertigten Bereich liege, was jedenfalls zu bejahen sei. Grundsätzlich stehe es dem öffentlichen Auftraggeber zu, Vorsichtsmaßnahmen gegen eine mögliche Beschädigung von Betonbauwerken im Zuge des NÖ Straßennetzes durch Sulfatwirkung zu treffen. Dass der verfahrensgegenständlich festgelegte Wert von 7000 mg/kg rund nur ein Drittel des Wertes der TL-Streu darstellen würde, sei in dieser reduzierten Behauptungsform nicht zutreffend. Es dürfe als Allgemeinwissen vorausgesetzt werden, dass sich die topographischen und klimatischen Bedingungen in Österreich von jenen in Deutschland teilweise massiv unterschieden. Der Wert laut TL-Streu habe eine Aufbringungsmenge von 10 g/m2 als Basis. Auf Grund der in Niederösterreich teilweise bestehenden topographischen und klimatischen Verhältnisse seien aber Aufbringungsmengen von bis zu 40 g/m2 pro Streuvorgang erforderlich, weiters seien derartige Streuvorgänge je nach Witterungsbedingungen zu wiederholen. Unter Berücksichtigung dieser Faktoren werde daher im Endergebnis mit einem Sulfatgehalt von 7000 mg/kg der Wert laut TL-Streu um ein Mehrfaches überschritten. Zudem bleibe im Dunklen, warum dieser Wert von der Beschwerdeführerin als diskriminierend angesehen werde, da durch ihren Geschäftsführer mitgeteilt worden sei, das von ihr im Rahmen der Ausschreibung angebotene Steinsalz weise einen Sulfatgehalt von rund 0,7 M.-Prozent (= 7000 mg/kg) auf. Wenn die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf eine Stellungnahme des Landeshauptmannes von NÖ vom 5. Jänner 2005 verweise, sei ihr entgegenzuhalten, dass es sich dabei um die Beantwortung einer Anfrage einer Abgeordneten zum NÖ Landtag gehandelt habe. Dabei sei unter anderem die chemische Zusammensetzung des verwendeten Streusalzes der Wintersaison 2003/2004 und 2004/2005 gefragt worden. Für die Wintersaison 2003/2004

sei die Frage dahingehend beantwortet worden, dass der Sulfatgehalt zwischen 3000 und 10.000 mg/kg gelegen sei. Diese Aussage decke sich mit dem zu diesem Themenbereich ermittelten Beweisergebnis. Die Beschwerdeführerin sei aber nicht im Recht, wenn sie daraus den Schluss ziehe, auf Grund dieser Bandbreite habe der Grenzwert nicht mit 7000 mg/kg festgelegt werden dürfen. Entscheidend sei nämlich nicht, dass der öffentliche Auftraggeber seine Ausschreibung an die von den potenziellen Bietern angebotenen Produkte und Leistungen sowie deren Eigenschaften anpasse, sondern vielmehr, dass die Ausschreibung auf den beabsichtigten Zweck in sachlicher und nicht diskriminierender Weise abgestimmt sei, was vorliegend jedenfalls gegeben sei. Wenn die Beschwerdeführerin die Auffassung vertrete, die mit Betonbauten versehenen Straßenabschnitte müssten im Hinblick auf die durch Sulfat ausgehende Gefahr mit einer separaten Feinkörnung bestreut werden, könne dieses Vorbringen vernünftigerweise nicht nachvollzogen werden, da dies eine gesonderte Ausschreibung, Lagerhaltung, einen massiven Mehrbedarf bei Streufahrzeugen, Personal- und Zeitaufwand und dergleichen zur Folge hätte.

Hinsichtlich des in der Ausschreibung enthaltenen Verbotes von Korngrößen (über 3,15 mm) habe die Beweisaufnahme eindeutig ergeben, dass große Korngrößen nur bei seltenen Voraussetzungen (nämlich hohe Schneefrachten und geringe Verkehrsdichten) von Vorteil seien. Es dürfe als bekannt vorausgesetzt werden, dass die Verkehrsdichte im NÖ Straßennetz teilweise extrem hoch sei, überdies habe die Beweisaufnahme unzweifelhaft ergeben, dass der Großteil des Taumittels vorbeugend (Reifglätte, geringe Niederschläge) eingesetzt werde. Hier seien Körnungen mit größeren Abmessungen gegenüber solchen mit kleineren Abmessungen im Hinblick auf das rasche Einsetzen der Tauwirkung eindeutig im Nachteil. Auch sei es für die belangte Behörde logisch und nachvollziehbar, dass Streumittel umso intensiver im Bankettbereich statt auf der Fahrbahn landeten je größer die Korngröße sei.

Die gegen die RVS.13.41 von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Kritikpunkte (z.B. nicht auf dem Stand der Technik) seien nicht nachvollziehbar, da der bloße Umstand, dass die RVS.13.41 im Vergleich zur TL-Streu deutlich älter sei, nicht automatisch deren Unrichtigkeit begründe. Die Grundlage für die RVS.13.41 seien die österreichischen klimatischen und topographischen Gegebenheiten und Erfahrungen, während der TL-Streu die deutschen Gegebenheiten zu Grunde lägen. Im Übrigen habe sich der öffentliche Auftraggeber bei den verfahrensrelevanten Bereichen (Grenzwerte für den Wassergehalt, Sulfatgehalt, Korngröße sowie Gewichtung der Zuschlagskriterien) nicht an die Empfehlung der RVS.13.41 gehalten, sondern gesonderte Werte vorgegeben.

Der Vorwurf der unnötigen Doppelgewichtung von Sulfat- und Wassergehalt sei ebenfalls unzutreffend. Der Sulfatgehalt werde nämlich an der Trockensubstanz ermittelt, während sich der Wassergehalt auf die Gesamtmasse (Trockensubstanz zuzüglich Wasser) beziehe und eben den Wasseranteil definiere. Insofern sei die Gewichtung beider Faktoren sachlich gerechtfertigt und rechtens.

Der Beschwerdeführerin sowie ihren Mitbewerbern stehe es frei, Siedesalz statt Steinsalz anzubieten. Wenn die Beschwerdeführerin von sich aus nur Steinsalz anbieten wolle, so dürfe sie für allfällige Nachteile nicht den öffentlichen Auftraggeber verantwortlich machen. Auch bestehe die Möglichkeit, Steinsalze mit verschiedenen Sulfatanteilen zu mischen, um den Grenzwert von 7000 mg/kg nicht zu überschreiten. Weiters ergebe sich aus dem Sachverständigengutachten, dass aufbereitetes (zerkleinertes) Steinsalz in der Regel einen Wassergehalt von unter 0,5 % aufweise und daher auch dieser Grenzwert kein Problem darstellen dürfe. Korngrößen von über 3,15 mm könnten durch Aufbereitung (z.B. Aussieben) sicherlich ausgeschieden werden. Es stehe außer Streit, dass mit derartigen Aufbereitungsmaßnahmen Kosten verbunden seien, jedoch dürfe im Vergleich dazu darauf verwiesen werden, dass die Beschaffungskosten von Steinsalz gegenüber Siedesalz deutlicher niedriger lägen. Eine Diskriminierung der Beschwerdeführerin oder des von ihr angebotenen Produktes (Steinsalz) könne daher in keiner wie immer gearteten Weise erblickt werden.

Zusammenfassend sei daher festzustellen, dass durch die verfahrensgegenständlichen Ausschreibungen das Recht auf Gleichstellung bzw. Gleichbehandlung nicht verletzt sei, ebenso wenig seien die übrigen behaupteten Rechtsverletzungen gegeben.

2. Gegen den erstgenannten Bescheid der belangten Behörde vom 4. Juli 2005, Zl. Senat-AB-05-0112, betreffend die Ausschreibung für die Straßenmeistereien im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung 2 Tulln, richtet sich die zur hg. Zl. 2005/04/0189 protokollierte Beschwerde.

Gegen den zweitgenannten Bescheid der belangten Behörde ebenso vom 4. Juli 2005, Zl. Senat-AB-05-0114, betreffend die Ausschreibung für die Straßenmeistereien im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung 8 Waidhofen/Thaya, richtet sich die zur hg. Zl. 2005/04/0190 protokollierte Beschwerde.

3. Die (im Wesentlichen übereinstimmenden) Beschwerden wenden gegen die angefochtenen Bescheide sowohl Rechtswidrigkeit des Inhaltes als auch Rechtswidrigkeit infolge von Verletzung von Verfahrensvorschriften ein.

Zunächst bringt die Beschwerdeführerin zu der in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung enthaltenenOption vor, diese entspreche in keiner Weise dem in § 74 Abs. 1 BVergG 2002 enthaltenen Gebot der eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung. So sei nicht festgelegt, ob und unter welchen Bedingungen der Auftraggeber diese Option geltend machen könne, geregelt sei lediglich, in welchem Zeitraum sie geltend zu machen sei. Dadurch werde es dem unüberprüfbaren Belieben des Auftraggebers überlassen, ob er die Option geltend mache oder nicht. Eine solche mögliche Willkür widerspreche aber der eindeutigen und vollständigen Umschreibung der Leistung. Richtig sei, dass die §§ 12 und 14 BVergG 2002 Optionen erwähnten, dabei gehe es aber regelmäßig um die Frage, dass der Wert der Option für die Berechnung des geschätzten Leistungswertes einzubeziehen sei. Dabei sei offensichtlich daran gedacht, dass der Leistungsumfang vom Auftraggeber nicht in jedem Fall im vorhinein festgestellt werden könne. Es sei sicherlich sinnvoll und zulässig, eine gewisse Salzmenge auszuschreiben und sich die Option aufrecht zu erhalten, bei entsprechendem Bedarf durch Geltendmachung der Option den weiteren Bedarf ohne neuerliche Ausschreibung zu decken, da die Dauer und Strenge des Winters nicht im vorhinein abgeschätzt werden könne. Die vorgesehene Option gehe aber weit darüber hinaus, weil es nicht um den geschätzten Bedarf gehe, sondern um den gesamten Bedarf für die nächste Wintersaison. Diese Option ermächtige den Auftraggeber, ohne irgendwelche erkennbaren Einschränkungen und ohne inhaltliche Nachprüfbarkeit zu entscheiden, ob im nächsten Jahr ausgeschrieben oder die Option geltend gemacht werde. Selbst wenn man annehme, dass die Geltendmachung der Option für das Folgejahr ihrerseits eine vergaberechtliche Entscheidung darstelle, wie der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 16.392/2001 ausgeführt habe, bleibe diese Entscheidung letztlich unüberprüfbar, weil ihr keinerlei Kriterien zu Grunde gelegt seien. Die Ausübung der Option müsse aber jedenfalls überprüfbar sein, sodass es erforderlich sei, dass dafür Kriterien definiert würden. Diese "offene Willkür" werde besonders deutlich, da im Nachprüfungsverfahren hervorgekommen sei, dass dieselbe Option bereits bei der vorangegangenen Ausschreibung enthalten gewesen und für alle Straßenbauabteilungen mit Ausnahme der Straßenbauabteilung 2 und 8 auch ausgeübt worden sei, obwohl es bei dem Mitbewerber zu Lieferschwierigkeiten gekommen sei. Es sei eine Ungleichbehandlung darin zu sehen, dass der nach dem Gutdünken der Vergabestelle die Optionsverlängerung genießende Mitbewerber besser gestellt sei als ein neuer Bewerber, wie sich aus dem in der Ausschreibung für die Wintersaison 2005/2006 gegenüber der Saison 2004/2005 verschärften Wassergehalt ersehen lasse.

Zu dem in der vorliegenden Ausschreibung festgelegtenWassergehalt bringt die Beschwerdeführerin vor, die RVS 13.41 sei als technische Spezifikation im Sinne des § 75 Abs. 2 lit. e BVergG 2002 anzusehen. Diese RVS sehe einen maximalen Wassergehalt von 0,6 % vor. Es gebe keinen sachlichen Grund, warum der Wassergehalt in den vorliegenden Ausschreibungen auf 0,5 % reduziert werde. Nach dem Sachverständigengutachten liege die Verklumpungsgefahr bei 0,6 % Wassergehalt nicht höher. Wenn ausgeführt werde, dass ein niedrigerer Wassergehalt im Hinblick auf die lange Lagerung in Holzsilos von Vorteil sei, gelte das jedenfalls nicht für die hier in Rede stehende Differenz von 0,5 % auf 0,6 %, sondern nur ganz allgemein in dem Sinne, dass ein niedrigerer Wassergehalt "natürlich immer" besser sei als ein höherer. Grund dafür sei die Verklumpungsgefahr, welche bei der hier in Rede stehenden Differenz aber nicht steige. Das Argument der belangten Behörde, bei einem Grenzwert von 0,6 % müsse ein um 20 % höherer Wassergehalt in Kauf genommen werden, erweise sich als "unsachlich überspitzt", da in Relation zum Gesamtprodukt lediglich 0,1 % (1 kg pro Tonne Salz) mehr an Wasser in Kauf zu nehmen wäre. Eine Menge, welche in der Praxis "keine Rolle spiele", noch dazu, wenn man bedenke, dass die Preise und Grenzwerte für Verunreinigungen immer an der Trockensubstanz zu messen seien. Tatsächlich habe das Vergabeverfahren keinen sinnvollen Grund für die Herabsetzung des in der RVS 13.41 festgelegten Grenzwertes von 0,6 % geliefert. Dass auch Anbieter von Steinsalz solches mit lediglich 0,5 % Wassergehalt liefern könnten, möge zwar stimmen, da Steinsalz aber abgebaut und nicht im Siedeverfahren hergestellt werde, sei der Wassergehalt gewissen Schwankungen unterworfen, die nicht oder nur mit großem Aufwand beeinflusst werden könnten. Sowohl die RVS 13.41 als auch die TL-Streu sähen einen Wassergehalt

von 0,6 % vor und stellten als Sachverständigenmaßstab den Stand der Technik dar, von welchem nur unter besonderer sachlicher Rechtfertigung abgegangen werden könne. Eine solche sachliche Rechtfertigung sei aber weder in der Ausschreibung noch im Verfahren vor der belangten Behörde hervorgekommen.

Gleiches gelte für die Gewichtung des Wassergehaltes im Rahmen der Zuschlagskriterien: durch diese Gewichtung werde der Wassergehalt noch 8 mal wichtiger als es seinem Anteil an dem zu lieferndem Gut entspreche. Die Aufstellung eines über die vorliegende technische Spezifikation hinausgehenden unsachlichen Kriteriums belaste aber die Ausschreibung insoweit mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes.

Zu dem in der Ausschreibung enthaltenen Verbot von Korngrößen (über 3,15 mm) führen die Beschwerden aus, die RVS 13.41 erlaube jedenfalls einen geringen (5 %) Anteil von Korngrößen über 3,15 mm. Zutreffend werde von der belangten Behörde festgestellt, dass große Korngrößen unter gewissen Voraussetzungen von Vorteil seien, unter anderen Voraussetzungen hingegen kleinere Körnungen. Dazu sei aber zu bemerken, dass ein 5 %iger Anteil größerer Körner lediglich diese Zusatzvorteile ermögliche, ohne die Vorteile kleinerer Körner, die mit zumindest 95 % vorhanden sein müssten, aufzuheben. Auch könne nach dem Gutachten des Amtssachverständigen keinesfalls von minderproduktiven Anteilen gesprochen werden, da die Auftauwirkung größerer Körner um nichts geringer, sondern nur zeitlich verschoben sei. Auch sei im Verfahren vor der belangten Behörde hervorgekommen, dass durch die Drehtellerstreuung in Österreich nur ein geringer Anteil des ohnehin geringen Anteiles von nur 5 % (gemäß RVS 13.41) des Gesamtsalzes in den Straßengraben fallen könne. Diese Menge sei zu vernachlässigen. Daher sei es völlig unverständlich, Anbieter, die einen derart geringen Anteil an Korngröße über 3,15 mm im Salz nicht vermeiden könnten, gänzlich auszuschließen. Die Rechtfertigung der belangten Behörde, die TL-Streu sei wegen "milderer klimatischer Verhältnisse" nicht auf Österreich anwendbar, sei schon deshalb unrichtig, weil der bayrische oder der ostdeutsche Raum hinsichtlich Schneefall- und Glatteisgefahren wohl kaum mildere Bedingungen als Niederösterreich aufweise und die TL-Streu trotzdem Korngrößen von 5 mm zulasse.

Zu dem in der Ausschreibung festgelegten Sulfatgehalt führen die Beschwerden aus, dass es in Deutschland, insbesondere in Bayern, ausreichend Regionen gebe, die den klimatischen und topographischen Bedingungen des österreichischen Alpenraumes um nichts nachstünden. Da die TL-Streu für ganz Deutschland gelte, müsse sie gerade auch für diese bayrischen Gebirgsregionen zutreffen. Diese Norm sehe einen zulässigen Sulfatgehalt von 20.000 mg/kg vor. Auch sei die Ermittlung des festgelegten Sulfatgehaltes von 7.000 mg/kg in "höchst unsachlicher Weise" geschehen, da man "einfach" verschiedene Proben der letzten Jahre addiert und einen Mittelwert von 5500 mg gebildet habe, der "zur Gewinnung eines höheren Bieterkreises" willkürlich auf 7000 mg aufgerundet worden sei. Das Verfahren vor der belangten Behörde habe ergeben, dass anscheinend Klärgrubenverhältnisse als Vergleich herangezogen worden seien, was aber bereits begrifflich falsch sei, als Beton in Klärgruben 24 Stunden pro Tag, 365 Tage im Jahr, mit dem entsprechenden Sulfatgehalt in dauernder Berührung stehe, nicht jedoch die österreichischen Straßen während der Streutage im Winter unter Berücksichtigung von ständig wechselnden Verhältnissen. Man habe hier im Wissen, dass Steinsalzanbieter einen Sulfatgehalt von maximal 7000 mg/kg nicht durchgehend garantieren könnten, diese zur Bevorzugung der Siedesalzanbieter unsachlich diskriminiert.

Auch für die doppelte Gewichtung von Sulfat- und Wassergehalt fehle die diesbezügliche Begründung in den angefochtenen Bescheiden und auch jegliche Beweisergebnisse hiezu. Gerade der Hinweis der belangten Behörde, der Antragstellerin stehe es selbstverständlich frei, Siedesalz statt Steinsalz anzubieten, zeige in deutlichen Worten die "von Anfang an latent vorhanden gewesene Bevorzugungstendenz von Siedesalz, der man sich offensichtlich sogar bewusst war".

Weiters rügen die Beschwerden, bei der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens seien (unter Punkt II., Punkt 2.2.) keinerlei Beschreibung und Angabe des Zeitpunktes der Option eingetragen. Damit liege eine formale Rechtswidrigkeit, insbesondere infolge Verletzung des Transparenzgebotes vor, was auch für die (unter Punkt IV.2. veröffentlichten) Zuschlagskriterien gelte. Auch hier werde dem Transparenzgebot nicht Genüge getan, da eine Gewichtung nicht angegeben sei, und die einzelnen, tatsächlich für den Zuschlag relevanten Kriterien nicht angeführt seien. Weiters wird gerügt, dass in der vorliegenden Ausschreibung Alternativangebote grundsätzlich ohne Begründung als unzulässig erklärt würden sowie unzulässigerweise Zuschlags- und Auswahlkriterien sowie unsachliche "Muss-Kriterien" aufgestellt und vermengt worden seien. Die (gemäß Teil F des Formblattes in Verbindung mit der Produktbeschreibung unter B 2.5. aufgestellten) Auswahlkriterien seien nur in zweistufigen Verfahren vorgesehen und dürften ausschließlich auf die Leistungsfähigkeit der Bewerber abstellen, nicht aber produktbezogen sei. Auch entsprächen die Zuschlags-

und Auswahlkriterien nicht den Erfordernissen der Objektivität und der Transparenz, da die tatsächlichen technischen (chemischen) Parameter nicht vergleichbar seien.

Als Aktenwidrigkeit machen die Beschwerden (übereinstimmend) geltend, die angefochtenen Bescheide stellten irrtümlich und aktenwidrig fest, die Anträge der Beschwerdeführerin auf Nachprüfung seien vom 3.6.2005 datiert und am 6.6.2005 bei der belangten Behörde eingelangt . Tatsächlich datiere der jeweilige Schriftsatz vom 3.5.2005 und sei am 6.5.2005 eingelangt. Weiters werde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nachprüfung aktenwidrig unvollständig zitiert.

Zuletzt rügen die Beschwerden, die belangte Behörde habe unzulässigerweise die Beweisanträge der Beschwerdeführerin auf Einholung einer Auskunft der Zentralanstalt für Meteorologie sowie auf Verpflichtung der mitbeteiligten Partei zur Vorlage entsprechender Aufzeichnungen über die Anzahl der Brückenkilometer im Verhältnis zu Straßenkilometern abgewiesen. Dadurch sei der Sachverhalt ergänzungsbedürftig geblieben, da Feststellungen fehlten, dass die Wirkung größerer Salzkörner bei dickeren Eisschichten günstiger sei, und der Zusatz fehle, dass bei den vom Amtssachverständigen vorgebrachten Studien lediglich die Tauleistung der übergroßen Körner (mehr als 3,15 mm) untersucht worden sei, wohingegen bei Vorliegen üblicher Auftausalze zwar die höheren Anteile auch eine Rolle im Hinblick auf die Tauleistung spielten, die tatsächliche Tauleistung sich jedoch auf Grund des Anteils der kleineren Konfraktionen ergebe. Auf Grund dieser Feststellungen hätte sich ergeben, dass in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle die von der belangten Behörde als sachliche Rechtfertigung angeführten Vorteile nicht relevant seien, was wiederum die mangelnde Neutralität der Ausschreibung belegt hätte.

4. Die belangte Behörde legte die Akten der Verwaltungsverfahren vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wurde.

5. Die mitbeteiligte Partei bringt in ihrer Gegenschrift im Wesentlichen vor, die Bedingungen der Ausübung der Option seien in den Ausschreibungsbedingungen klar und eindeutig definiert, indem festgelegt worden sei, dass der maximal um ein Jahr verlängerbare Vertrag "zu den gleichen Bedingungen" zu erfüllen sei (Ausschreibung Punkt A 1.16.1). Damit sei jeder Bieter bereits bei der Abgabe seinen Angebots über die aus einem allfälligen Vertragsabschluss resultierenden Rechte und Pflichten der Vertragsteile einschließlich der einmaligen Verlängerungsmöglichkeit und deren Bedingungen in Kenntnis gesetzt worden. Dass der potenzielle Bieter bei Abgabe seines Anbots nicht wisse, ob der Auftraggeber von seinem einseitigen Gestaltungsrecht Gebrauch machen werde oder nicht, liege im Wesen der Option.

§ 12 Abs. 4 BVergG 2002 zeige, dass das Vergaberecht Optionen ausdrücklich zulasse. Gleiches gelte sinngemäß für Dienstleistungsaufträge (§ 14 Abs. 5 BVergG 2002). Daher sei eine Verlängerung der vertraglichen Bindung durch Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechtes ausdrücklich vom BVergG 2002 erfasst und zulässig. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführerin durch die Option nicht beschwert sei. Auch könne die in der Ausschreibung enthaltene Option unter anderem dadurch sachlich gerechtfertigt werden, dass sie eine zusätzliche Möglichkeit darstelle, den Auftragnehmer zu sorgfältiger, vertragskonformer Erfüllung zu verhalten. Der Bestbieter könne nämlich davon ausgehen, dass er bei ordnungs- und fristgerechter Erfüllung des Vertrages im Winter 2005/2006 durch Ausübung der einmaligen Option auch für den Folgewinter 2006/2007 wieder beauftragt werde. Dass eine solche Vorsorge erforderlich sei, werde durch Erfahrungen im Winterdienst 2003/2004 bestätigt, bei denen hinsichtlich einiger Straßenbauabteilungen des Landes NÖ ein deutsches Unternehmen Bestbieter gewesen sei, welches in weiterer Folge nicht einmal ansatzweise in der Lage gewesen sei, das in Rumänien gewonnene Salz vertragskonform und fristgerecht zu liefern. Die von der Beschwerdeführerin angeführten (österreichischen) Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau (RVS) würden von der österreichischen Forschungsgemeinschaft Straße und Verkehr entwickelt und laufend aktualisiert. Die (deutschen) technischen Lieferbedingungen für Streustoffe des Straßenwinterdienstes (TL-Streu) würden von der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen erstellt. Bei beiden Regelwerken handle es sich um technische Normen mit dem rechtlichen Charakter einer Empfehlung und nicht um (im Sinne des § 75 Abs. 2 Satz 1 BVergG 2002) "verbindlich festgelegte" rechtliche Bestimmungen. Daher sei eine Abweichung von den Anforderungen der RVS für die mitbeteiligte Partei als Auftraggeber uneingeschränkt zulässig. Das Argument der belangten Behörde, bei einem höheren Wassergehalt werde schlichtweg mehr Wasser an Stelle des gekauften Produktes gekauft und bezahlt, treffe zu, da nach dem Vertrag ausschließlich das Gewicht des gelieferten Auftausalzes und nicht jenes der Trockensubstanzen bestellt und bezahlt werde. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Toleranzbreite bei Überkörnungen von 5 % sei bei Berücksichtigung der Handhabung der Kontrolle des gelieferten

Salzes bei einer großen Anzahl von Lieferstellen schlichtweg unkontrollierbar, weil permanent sämtliche Straßenmeistereien darüber korrespondieren müssten, wie hoch bislang - bezogen auf den bisherigen Gesamtlieferungsumfang - der Überkornanteil insgesamt (bei allen Straßenmeistereien) gewesen sei. Darüber hinaus könnte der Anbieter auch dann noch vertragskonform erfüllen, wenn er einer einzelnen Straßenmeisterei, deren Bedarf nicht größer als 5 % des gesamten Lieferumfanges sei, ausschließlich Überkörnungen mit schlechter Auftauwirkung liefere, solange er anderen Straßenmeistereien keine Überkörnungen liefere. Dies könne seitens der mitbeteiligten Partei im Sinne einer Qualitätssicherung und einheitlichen Gewährleistung eines hohen Winterdienstes nicht gewünscht sein. Die Beschränkung des Sulfatgehalts sei jedenfalls sachlich gerechtfertigt, da Sulfat die Oberflächenstruktur des Betons zerstöre, wodurch in weiterer Folge die Bewehrung von Betonstahleinlagen durch Glorit, dem Hauptanteil von Auftausalz, angegriffen werden könne.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerden auf Grund ihres persönlichen, sachlichen und rechtlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und hierüber erwogen:

1. Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002, BGBl. I Nr. 99 (BVergG 2002) lauten:

"Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen

§ 12. ...

(4) Sieht der beabsichtigte Lieferauftrag Optionsrechte vor, so ist der geschätzte Auftragswert auf Grund des größtmöglichen Umfangs von Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf unter Einbeziehung der Optionsrechte zu berechnen.

...

Allgemeine Grundsätze des Vergabeverfahrens

Grundsätze der Leistungsvergabe

§ 21. (1) Aufträge über Leistungen sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

...

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

Allgemeines

§ 67. ...

(3) In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist, sodass die Festlegungen in der Ausschreibung qualitativ gleichwertige Angebote sicherstellen - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Diese Angabe kann, sofern dies auf Grund der Eigenart des Leistungsgegenstandes sachlich gerechtfertigt ist, auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist auch die Festlegung einer Marge ausnahmsweise auf Grund der Eigenart der ausgeschriebenen Leistung nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben.

...

Beschreibung der Leistung

Allgemeine Grundsätze

§ 74. (1) Die Leistungen bzw. die Aufgabenstellungen sind 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.

...

(3) Die Leistung darf nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

...

(5) Bei der Erstellung der Beschreibung der Leistung sind auch mit der Leistung in Zusammenhang stehende allfällige zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren (zB Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, erforderliche Ersatzteil-Lagerhaltung, Entsorgung) aufzunehmen, falls deren Kosten ein Zuschlagskriterium bilden.

(6) In der Beschreibung der Leistung sind alle Umstände anzuführen (zB örtliche oder zeitliche Umstände bzw. besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.

...

Technische Spezifikationen

§ 75. (1) Technische Spezifikationen müssen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.

(2) Unbeschadet der verbindlich festgelegten, gemeinschaftsrechtskonformen nationalen technischen Vorschriften sind technische Spezifikationen festzulegen

1. unter Bezugnahme auf Europäische Spezifikationen unter Beachtung nachstehender Rangfolge:

a) nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden,

b)

europäische technische Zulassungen,

c)

gemeinsame technische Spezifikationen,

d)

internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden, oder

e) falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen.

Jede Bezugnahme ist mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen, oder

2.

in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, oder

3.

in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen unter Bezugnahme auf Europäische Spezifikationen gemäß Z 1 unter der Annahme, dass diese Europäischen Spezifikationen die Leistungs- oder Funktionsanforderungen erfüllen, oder

4. unter Bezugnahme auf Europäische Spezifikationen gemäß Z 1 hinsichtlich bestimmter Merkmale und in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen hinsichtlich anderer Merkmale.

(3) Leistungs- oder Funktionsanforderungen müssen so ausreichend präzisiert werden, dass sie den Bietern eine klare Vorstellung betreffend den Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Vergabe des Auftrages ermöglichen. Leistungs- oder Funktionsanforderungen können Anforderungen an die Umweltgerechtheit der Leistung beinhalten.

(4) Werden technische Spezifikationen gemäß Abs. 2 Z 1 festgelegt, so darf der Auftraggeber ein Angebot oder ein Alternativangebot nicht mit der Begründung ablehnen, die angebotenen Erzeugnisse und Leistungen entsprächen nicht den von ihm herangezogenen Spezifikationen, wenn der Bieter mit geeigneten Mitteln in seinem Angebot nachweist, dass die von ihm vorgeschlagenen Lösungen den Anforderungen der technischen Spezifikation, auf die Bezug genommen wurde, gleichermaßen entsprechen. Als geeignete Mittel gelten insbesondere eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle.

...

(6) Anerkannte Stellen im Sinne dieser Bestimmung sind jene Prüf- und Eichlaboratorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen, die den europäischen Normen entsprechen. Der Auftraggeber muss Bescheinigungen von in anderen Vertragsparteien des EWR ansässigen anerkannten Stellen anerkennen.

...

(8) Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft oder eine Herkunft, die durch besondere Verfahren erzielt wurde, oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Solche Verweise sind mit dem Zusatz oder 'gleichwertig' zu versehen.

..."

Die im vorliegenden Fall für die Nachprüfung (Art. 14b Abs. 3 B-VG) maßgeblichen Bestimmungen des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, LGBl. 7200-0 lauten:

"§ 4

Zuständigkeiten des Unabhängigen Verwaltungssenates

(1) Die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens obliegt dem Unabhängigen Verwaltungssenat im Land Niederösterreich.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung ist der Unabhängige Verwaltungssenat zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) zuständig

1.

zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 13) sowie

2.

zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers (§ 15)."

...

§ 8

Antrag auf Nichtigerklärung

(1) Ein Antrag auf Nichtigerklärung (§ 5 Abs. 1) hat jedenfalls zu enthalten:

...

6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt

..."

2. Die von der Beschwerdeführerin gegen die in der vorliegenden Ausschreibungen vorgesehenen Option auf Verlängerung des Vertrages vorgebrachten Einwände bestehen nicht zu Recht:

Die belangte Behörde führt im angefochtenen Bescheid zu Recht aus, das BVergG 2002 kenne die Option, ohne sie näher zu definieren. So spricht der - im vorliegenden Zusammenhang eines Lieferauftrages maßgebliche - § 12 Abs. 4 BVergG 2002 ausdrücklich von "Optionsrechten" (des Auftraggebers), die bei der Berechnung des geschätzten Auftragswert einzubeziehen sind. Durch eine Option erhält eine Partei - im vorliegenden Zusammenhang der Auftraggeber - das Recht, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen. Die Option gewährt damit ein Gestaltungsrecht, ihre Ausübung begründet schon unmittelbar die vertraglichen Pflichten (vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht13 I (2006), 143 , und zu § 12 BVergG 2002: Pachner in:

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar (2004), 329, Rz. 17).

Da die gegenständliche Option zur einmaligen Verlängerung des Vertrages zu gleichen Bedingungen um ein weiteres Jahr ermächtigte, war sie im Hinblick auf das bei Inanspruchnahme der Option in Geltung gesetzte Schuldverhältnis ausreichend bestimmt. Wenn die Beschwerdeführerin einwendet, durch die fehlende Festlegung der Voraussetzungen der Option wäre diese einer vergaberechtlichen Nachprüfung entzogen, so verkennt sie, dass die Ausübung der Option gemäß § 12 Abs. 4 BVergG 2002 schon bei der Berechnung des Auftragswertes mit einzubeziehen ist und daher als Bestandteil des gesamten Lieferauftrages der Nachprüfung unterliegt.

4. Insoweit sich die Beschwerdeführerin gegen die in den vorliegenden Ausschreibungen im Hinblick auf den maximalen Wassergehalt, Sulfatgehalt und die maximale Korngröße des zu liefernden Auftausalzes getroffenen Festlegungen wendet, ist sie zunächst darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers ist, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2005, Zl. 2003/04/0149).

Auch überlässt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) "die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebotes den öffentlichen Auftraggebern die Entscheidung über die Kriterien für die Zuschlagserteilung (...), sofern diese Kriterien der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen und dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen" (vgl. das Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 in der Rechtssache C-448/01, EVN AG, Slg. 2003, I-14527, Randnr. 37).

Zuschlagskriterien müssen "mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen" und dürfen "dem Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit übertragen", müssen "im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sein" und "die wesentlichen Grundsätze Gleichbehandlung, Diskriminierungsverbot und Transparenz beachten" (vgl. das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc u.a., Slg. 2004, I-10109, Randnr. 21).

Nach dieser Rechtslage ist der öffentliche Auftraggeber - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht verpflichtet, technische Spezifikationen, die von einer anerkannten Normungsorganisation zur freiwilligen Anwendung angenommen wurden, jedoch nicht zwingend vorgeschrieben sind (vgl. zu diesem Begriff der "Normen": Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar (2004), 1009f), jedenfalls einzuhalten bzw. Abweichungen von diesen Normen im Einzelnen zu begründen. So lässt § 75 Abs. 2 Z 1 bis 3 BVergG 2002 dem öffentlichen Auftraggeber ein Wahlrecht zwischen der Heranziehung der dort angeführten Normen und sonstiger Leistungs- oder Funktionsanforderungen.

Wesentlich ist vielmehr im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter (vgl. § 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 ist, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (§ 74 Abs. 3 BVergG 2002).

Vor diesem Hintergrund ist die Auffassung der belangten Behörde, die Beschwerdeführerin sei durch die von ihr bekämpften Festlegungen in den vorliegenden Ausschreibungen nicht in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt, nicht als rechtswidrig zu erkennen:

Die belangte Behörde hat in nicht unschlüssiger Weise dargelegt, warum die von der mitbeteiligten Partei für die Festlegung des maximalen Wassergehaltes und Sulfatgehaltes sowie für eine maximale Korngröße angeführten Gründe nicht unsachlich seien. So ist es nicht als unschlüssig zu erkennen, wenn die belangte Behörde die Auffassung vertreten hat, ein niedriger Wassergehalt des zu liefernden Auftausalzes sei im Hinblick auf die lange Lagerung in

Holzsilos von Vorteil und es stelle einen wirtschaftlichen Vorteil für den öffentlichen Auftraggeber dar, wenn anteilsmäßig weniger Wasser geliefert werde. Ebenso ist die Überlegung im Hinblick auf den Sulfatgehalt, Betonbauwerke des Straßennetzes der mitbeteiligten Partei vor Beschädigung durch die schädliche Wirkung der im zu liefernden Tausalz enthaltenen Sulfate zu schützen, nicht als unschlüssig zu erkennen, was auch für die Vorgabe gewisser Korngrößen im Hinblick auf die angeführte unterschiedliche Tauwirkung zutrifft.

Wenn die Beschwerdeführerin gegen die von der mitbeteiligten Partei zur Erreichung dieser Ziele konkret festgelegten Werte vorbringt, diese wichen von den in der RVS 13.41 bzw. der (deutsche) TL-Streu empfohlenen Werten ab, so ist sie darauf zu verweisen, dass - wie oben dargelegt - der öffentliche Auftraggeber nicht gehalten ist, derartige (nicht verbindliche) technische Spezifikationen einzuhalten bzw. Abweichungen von diesen im Einzelnen zu begründen.

Im Hinblick auf eine mögliche Diskriminierung des von der Beschwerdeführerin angebotenen Produktes (Steinsalz) hat die belangte Behörde schlüssig dargelegt, dass die von der Ausschreibung festgelegten Werte technisch (im Wege einer Aufbereitung des zu liefernden Produktes) erreicht werden könnten und im Hinblick auf die deutlich niedrigeren Beschaffungskosten dieses Produktes keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsverzerrung gegeben sind.

Dass die angeführten Werte in den vorliegenden Ausschreibungen auch im Rahmen der Zuschlagskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes vorgesehen wurden, ist ebenfalls nicht als rechtswidrig zu erkennen:

Die belangte Behörde hat zutreffend auf Gründe hingewiesen, aus denen die angeführten Werte als Kriterien, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen, in Betracht kommen und in diesem Sinne mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen. So ist es nicht als unschlüssig zu erkennen, wenn die belangte Behörde ausführt, dass der wirtschaftliche Vorteil der mitbeteiligten Partei umso höher ist, je niedriger der Wasseranteil des zu liefernden Auftausalzes bzw. je niedriger der Sulfatgehalt und somit die Gefahr einer Beschädigung von Betonbauwerken im Straßennetz der mitbeteiligten Partei bzw. je geringer die Korngröße und damit je rascher das Einsetzen der Tauwirkung ist. Daher ist es vorliegend nicht als rechtswidrig zu erkennen, wenn die mitbeteiligte Partei aus obigen Erwägungen die gewählten Mindestanforderungen und damit letztlich die von ihr als Auftraggeber gewünschte "Qualität" der ausgeschriebenen Leistung festgelegt hat.

5. Die weiteren, von der Beschwerdeführerin behaupteten Rechtswidrigkeiten der vorliegenden Ausschreibungen wurden in den gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor der belangten Behörde nicht vorgebracht (vgl. hiezu § 8 Abs.1 Z 6 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, nach welchem der Antrag auf Nichtigerklärung jedenfalls die Gründe zu enthalten hat, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt) und waren daher nicht Gegenstand dieser Verfahren und daher auch nicht der angefochtenen Bescheide.

Die von der Beschwerdeführerin gerügte Aktenwidrigkeit ist schon deshalb ohne Belang, da die belangte Behörde in den angefochtenen Bescheiden ohnedies von der Rechtzeitigkeit der Nachprüfungsanträge der Beschwerdeführerin ausgegangen ist und diese einer meritorischen Erledigung zugeführt hat.

Im Hinblick auf die gerügte Nichtbeachtung von Beweisanträgen (die Beschwerdeführerin hatte die Einholung einer Auskunft der Zentralanstalt für Meteorologie sowie die Vorlage entsprechender Aufzeichnungen über die Anzahl der Brückenkilometer im Verhältnis zu Straßenkilometern zum Beweis dafür beantragt, dass in der ihrer Behauptung nach weitaus überwiegenden Zahl der Fälle die von der belangten Behörde als sachliche Rechtfertigung angeführten Vorteile nicht relevant seien) ist festzuhalten, dass es nach dem oben Gesagten auf dieses Beweisthema nicht ankommt.

6. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. I Nr.333. Das Mehrbegehren war abzuweisen, da die belangte Behörde nur eine G

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at