jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2019/3/18 VGW-123/029/13718/2019

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.03.2019

Entscheidungsdatum

18.03.2019

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien
97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

WVRG 2014 §13 Abs1
WVRG 2014 §15
WVRG 2014 §16
BVergG 2018 §2 Z15 lita
BVergG 2018 §15 Abs1
BVergG 2018 §185 Abs5
BVergG 2018 §186
BVergG 2018 §188 Abs1
BVergG 2018 §188 Abs2

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Zirm als Vorsitzende und durch seine Richter Dr. Schweiger als Berichter und Mag. Schmied als Beisitzer über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte, vom 25.10.2019 auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu konkret bezeichneter Ausschreibungsbestimmungen, im Vergabeverfahren der Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Interne Dienste (...), "4QR-04/19 Spender für Rollenhandtücher und passende Papierhandtuchrollen" nach Durchführung einer öffentlichen mündliche Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 wird dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung im Vergabeverfahren der Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Interne Dienste (...), "4QR-04/19 Spender für Rollenhandtücher und passende Papierhandtuchrollen" stattgegeben und die Ausschreibung für nichtig erklärt.

II. Gemäß §§ 15 und 16 WVRG 2014 hat die Auftraggeberin der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 390,-- Euro binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Gemäß § 25a VwGG ist eine Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Auftraggeberin, Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Interne Dienste (...), Erdbergstraße 202, 1030 Wien, hat am 17.10.2019 Ausschreibungsunterlagen betreffend das Vergabeverfahren „4QR-04/19, Spender für Rollenhandtücher und passende Papierhandtuchrollen weiß, zweilagig für die Wiener Linien GmbH & Co KG, Wien“ bekannt gemacht. Die Auftragsvergabe soll nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 im Sektorenbereich für den Unterschwellenbereich erfolgen. Durchgeführt wird ein offenes Verfahren (Ende der Angebotsfrist 04.11.2019).

1. Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu bestimmter Ausschreibungsbestimmungen:

Mit dem am 25.10.2019 beim Verwaltungsgericht Wien eingebrachten Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge – nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung – die Ausschreibung, in eventu einzelne diskriminierende Ausschreibungsbestimmungen, für nichtig erklären, sowie die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren verpflichten.

Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Verfahren, Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, rechtskonforme Ausschreibungsunterlagen, faires Vergabeverfahren, ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung und Beendigung des Vergabeverfahrens, Unterlassen diskriminierender Ausschreibungsinhalte verletzt und bringt sie begründend vor:

In der von der Antragstellerin so bezeichneten „Vorausschreibung“ (4QR- 03/19) seien 20.000 Papierhandtuchrollen ausgeschrieben worden, in der angefochtenen Ausschreibung (4QR-04/19) lediglich eine Menge von 13.500 Papierhandtuchrollen. Die Auftraggeberin habe keine fach- und sachgerechte Bedarfserhebung durchgeführt. Nur so sei die gravierende Verringerung des Bedarfs zu erklären. Im Leistungsverzeichnis werde für die Papierhandtuchrollen eine gewünschte Menge von 13.500 Rollen angegeben. Im vorangegangenen, zwischenzeitig widerrufenen Verfahren (4QR-03/19) seien 20.000 Rollen pro Jahr ausgeschrieben worden, und sei bei der derzeitigen Menge von 13.500 Rollen auch von einem Jahresbedarf auszugehen. In den Besonderen Vertragsbestimmungen Punkt 1 werde darauf hingewiesen, dass es sich bei dieser Menge um einen 5-Jahres Bedarf handeln würde. Das bedeute, dass rechnerisch lediglich ein Bedarf von 2.700 Rollen pro Jahr vorliege, was lediglich einer Menge von 13,5 % der vorangegangenen Ausschreibung entspräche. Weiters sei in der angegebenen Bestimmung eine Abnahmepflicht von 6.000 Rollen in den ersten 6 Monaten angegeben. Das würde bedeuten, dass bereits ein annähernd zweifacher Jahresbedarf innerhalb der ersten Monate abgerufen würde. Die Ausschreibungsunterlagen seien insofern völlig unverständlich, da unklar sei, welcher Bedarf für welchen Zeitraum verlangt werde.

Unter Punkt 7.4.4. Nachteilsabgeltung sei in den allgemeinen Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke für Lieferungen und materielle Dienstleistungen im zweiten Absatz der genannten Regelung normiert, dass dann, wenn die Auftragssumme um mehr als 25 % unterschritten werde, der Auftragnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf Nachteilsabgeltung habe. Die Nachteilsabgeltung sei mit 7 % des Unterschreitungsbetrages für den entfallenen oder geminderten beauftragten Teil gedeckelt. Es handle sich hierbei um eine Regelung, die zur Unkalkulierbarkeit des Angebotes führe. Der Bieter kalkuliere mit den Mengen laut den Ausschreibungsunterlagen. Die nachgefragte Menge sei zentraler Indikator für den angebotenen Preis. Eine sinnvolle Kalkulation werde durch die oben erwähnte Bestimmung verunmöglicht. In Anbetracht der Kosten für die notwendige Lagerhaltung und Beschaffung des Bieters, die den 7 %-Wert um ein Vielfaches übersteigen würden, sei die Bestimmung unzumutbar und rechtswidrig.

In den besonderen Vertragsbestimmungen unter Punkt 8 Festpreise und veränderliche Preise werde ausdrücklich die Wertbeständigkeit vereinbart. Entsprechend dieser Bestimmung erhöhe oder vermindere sich das Entgelt in demselben Ausmaß, in dem sich die von der Statistik Austria errechnete Indexzahl des monatlich verlautbarten Großhandelspreisindex „46.76.11 Papier und Pappe“ gegenüber der Preisbasis erhöht oder vermindert habe. Der Großhandelspreisindex „46.76.11 Papier und Pappe“ beinhalte keine Hygienepapiere. Die Preisentwicklung von Papier und Pappe führe auch nicht mittelbar zu einer gleichlautenden Preisentwicklung bei Hygienepapieren. Es handle sich hierbei um ein weiteres unkalkulierbares Risiko des Bieters.

Das Papier müsse weiters eine Trockenreißfestigkeit nach dem Prüfverfahren nach ÖNORM EN ISO 12625-4 von längs größer gleich 500 Newtonmeter und quer größer gleich 270 Newtonmeter und eine Sauggeschwindigkeit von kleiner gleich 3 Sekunden aufweisen. Ein solches Papier sei am Markt derzeit nicht erhältlich. Auch das Leitprodukt der

vorangegangenen Ausschreibung erfülle die geforderten Werte nicht. Nicht auszuschließen sei jedoch, dass es in der Zwischenzeit zu einer Neuentwicklung eines der Antragstellerin unbekannten Produktes der Firma B. gekommen sei. Die Antragstellerin sei sich dessen bewusst, dass die Ausschreibung nicht allein deshalb mit Rechtswidrigkeit behaftet sei, weil das nachgefragte Produkt lediglich von einem Bieter angeboten werde. Die Produktmerkmale müssten aber sachlich gerechtfertigt sein. Die Nassreißfestigkeit bzw. Trockenreißfestigkeit sei für den Gebrauch der Papierhandtuchrollen insofern relevant, als die Reißfestigkeit ausreichend sein müsse, um das Papier aus dem Spender zu entnehmen und sich die nassen Hände damit abzutrocknen. Diese Nutzbarkeit liege aber bereits bei wesentlich geringeren Werten vor. Die geforderten Produktmerkmale seien daher nicht sachlich gerechtfertigt, sondern dienten einzig und allein dazu, sämtliche Bieter, die nicht dieses Papier anbieten könnten/wollten, vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Gemäß der Leistungsbeschreibung müsse die Papierhandtuchrolle einen Durchmesser zwischen 19 und 22 cm aufweisen. Der Innenkern/Innendurchmesser müsse zwischen 38 und 60 cm aufweisen. Gemäß der Leistungsbeschreibung ist der größte Durchmesser der Papierhandtuchrolle 22 cm und damit um 16 cm kleiner als der gewünschte Mindestdurchmesser des Innenkerns (38cm). Dies sei technisch nicht möglich und daher rechtswidrig.

Gemäß den allgemeinen Angebotsbestimmungen ergehe der Zuschlag an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (Bestbieterprinzip). Es gebe das Zuschlagskriterium Qualität, welches mit 30 % gewichtet sei und sich auf die Subkriterien Service und Kompatibilität (jeweils mit 15 % gewichtet) aufteile. Daneben gebe es das Zuschlagskriterium Preis mit einer Gewichtung von 70 %. Unter der Voraussetzung, dass das geforderte Papier infolge der diskriminierenden Qualitätsmerkmale lediglich von einem Bieter geliefert werden könne, gebe es grundsätzlich keinen Bieter, der Papierhandtuchrollen anbieten könne, die zusätzlich in die Spender passten. Umgekehrt habe aber der Hersteller des die diskriminierenden Qualitätsmerkmale erfüllenden Papiers es in der Hand, dieses Papier auf unterschiedliche Rollen zu wickeln. Im Ergebnis bedeute dies, dass der bevorzugte Anbieter jedenfalls die Kompatibilitätspunkte erreiche, die anderen Bieter jedoch keinesfalls. Dieses Zuschlagskriterium ist daher ebenso diskriminierend.

In den besonderen Vertragsbestimmungen Punkt 13 finden sich Regelungen hinsichtlich schwerer Mängel hinsichtlich besonderer Eigenschaften und vertragliche Sanktionen. Unter diesem Punkt sei normiert, dass die Auftraggeberin die gelieferten Handtuchrollen betreffend die Nassreißfestigkeit, Trockenreißfestigkeit und Sauggeschwindigkeit durch eine akkreditierte Prüfstelle überprüfen lassen könne. Sollte nach dem Ergebnis einer solchen Prüfung eine der Mindestanforderungen nicht erfüllt sein, sei eine Vertragsstrafe in Höhe von € 5.000,00 vom Bieter zu bezahlen. Es handle sich hierbei auch um Überwälzung eines unkalkulierbaren Risikos auf den Bieter. Die produzierten Papiere würden vom Hersteller lediglich in gewissen (Laufmeter)Längenintervallen geprüft werden. Der Bieter als Lieferant habe weder Einblick in die konkret ausgelieferte Charge noch Einfluss auf die diesbezügliche Qualität. Um sich nicht der Gefahr einer Vertragsstrafe auszusetzen, müsste der Lieferant jede Charge vor Auslieferung an die Auftraggeberin prüfen lassen. Der Aufwand für die Prüfung werde ihm allerdings nicht vergütet. Darüber hinaus sei es auch faktisch nicht möglich, da eine Überprüfung der Menge immer nur stichprobenartig erfolge und daher Rückschlüsse aus dieser Prüfung auf die restliche Charge nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit möglich seien. Eine Überprüfung würde zudem mehrere Wochen in Anspruch nehmen. Im Falle eines Lieferverzuges setze sich der Bieter jedoch wiederum einer diesbezüglichen Vertragsstrafe infolge des Lieferverzuges aus. Eine Überprüfung jeder einzelnen Charge komme daher nicht in Betracht.

Hinsichtlich ihres Interesses am Vertragsabschluss und drohenden Schaden bringt die Antragstellerin vor, sie sei ein erfolgreiches Unternehmen im Zusammenhang mit dem Handel mit Hygienepapier. Darüber hinaus sei sie bereits in der Vergangenheit als Bestbieterin in vergleichbaren Vergabeverfahren hervorgegangen. Bezüglich des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei die Antragstellerin an einer Beteiligung im Vergabeverfahren interessiert und bereit, ein Angebot zu legen, die Chancen aus diesem Vergabeverfahren als Zuschlagsempfänger hervorzugehen, seien durchaus als hoch zu bezeichnen. Ihr Interesse am Vertragsabschluss habe die Antragstellerin mit dem Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen hinreichend bekundet. An der Legung des Angebotes sei sie infolge der in diesem Nachprüfungsantrag geschilderten Rechtswidrigkeiten gehindert. Durch die genannten Rechtswidrigkeiten drohe der Antragstellerin der Verlust der Chance auf Teilnahme am Vergabeverfahren und in weiterer Folge auch der Entgang des ihr gebührenden Auftrages und des damit einhergehenden Deckungsbeitrages sowie ein unwiederbringlicher

Verlust von Marktanteilen. Weiters sei der gegenständliche Auftrag ein bedeutsames Referenzprojekt für die Antragstellerin, welches sie bei künftigen Auftragsvergaben durch öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber vorweisen könnte, um dadurch ihre Chancen auf Auftragserteilung zu erhöhen.

2. Einstweilige Verfügung:

Mit Beschluss vom 30.10.2019, GZ: VGW-124/029/13719/2019-1, hat das Verwaltungsgericht Wien gemäß § 28 WVRG 2014 eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der der Auftraggeberin, Wiener Linien GmbH, im Vergabeverfahren "4QR-04/19 Spender für Rollenhandtücher und passende Papierhandtuchrollen" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Angebote untersagt und für diesen Zeitraum der Lauf der Angebotsfrist mit der Wirkung einer Hemmung ausgesetzt wurde.

3. Stellungnahme der Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag:

Die Auftraggeberin hat mit Schriftsatz vom 31.10.2019 Information zum Vergabeverfahren erteilt und mit weiterem Schriftsatz vom 06.11.2019 eine Stellungnahme zum Antragsvorbringen erstattet:

ad: Beschaffungsmenge / Auftragswert:

Wenn die Antragstellerin von einem „unzulässigen Auftragssplitting“ ausgehe, weil nicht der gesamte Bedarf in der vorliegenden Ausschreibung enthalten sei und sich die Auftraggeberin stattdessen vorbehalte, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen, sei auszuführen, dass es der Antragstellerin nicht zustehe, der Auftraggeberin zu diktieren, welche Menge diese mittels einer Ausschreibung beschaffe. Es ist allein Sache der Auftraggeberin, den Umfang der anzubietenden bzw. im Auftragsfall zu erbringenden Leistungen zu definieren. Es sei auch allein Sache der Auftraggeberin, darüber zu entscheiden, ob sie ihren Bedarf mittels eines einzigen Vergabeverfahrens decke oder aber dazu mehrere Vergabeverfahren durchführe. In diesem Zusammenhang irre die Antragstellerin, wenn sie meine, dass mit Punkt 1 der Besonderen Vertragsbestimmungen der Gesamtbedarf der Auftraggeberin definiert werde. Vielmehr werde dort unter der Überschrift Leistungsumfang lediglich angeführt, dass das Leistungsverzeichnis die Massenansätze für eine Laufzeit von fünf Jahren enthalte. Mit anderen Worten: Damit werde nicht der Gesamtbedarf der Aufraggeberin, sondern lediglich der Umfang der auf Grund der gegenständlich ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung abrufbaren Leistungen festgelegt.

Unter dem Verbot des Auftragssplittings sei nur zu verstehen, dass es einem öffentlichen Auftraggeber verwehrt ist, unter Außerachtlassung der Zusammenrechnungsvorschriften des BVergG den Auftragswert der Aufträge getrennt zu berechnen, um auf diese Weise etwa eine Direktvergabe durchführen zu können. Von einer derartigen Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften durch die unterlassene Zusammenrechnung zusammengehöriger Leistungen könne im vorliegenden Fall aber überhaupt keine Rede sein:

Bei regelmäßig wiederkehrenden Lieferaufträgen sei die gebotene Zusammenrechnung auch bei getrennten Vergaben gemäß § 15 Abs. 2 BVergG in der Weise vorzunehmen, dass für die Auftragswertberechnung der Zeitraum von einem Jahr heranzuziehen sei. Der jährliche Bedarf an Papierhandtuchrollen könne – wie von der Antragstellerin dargelegt – in einer Größenordnung von 20.000 Stück angenommen werden. Die Antragstellerin hatte in der vorangehenden Ausschreibung (siehe dazu VGW-123/072/7812/2019) einen Preis von EUR 3,*** pro Papierhandtuchrolle angeboten, woraus sich für den Zeitraum eines Jahres ein Auftragswert von EUR 7*.***,** errechnen würde (20.0000 x 3,***). Der Gesamtbedarf an Spendern betrage 300 Stück. Die in der vorangehenden Ausschreibung als Leitprodukt genannten Spender (C.) würden auf diversen Internetplattformen (...) um rund EUR 60 netto angeboten, sodass der Wert der Spender in der Größenordnung von EUR 18.000 netto realistisch sei. Selbst wenn Papierhandtuchrollen und Spender zusammengerechnet würden (obwohl deren Gleichartigkeit fragwürdig sei), würde sich ein Auftragswert in der Größenordnung von lediglich EUR 88.000 ergeben. Theoretisch wäre es also sogar denkbar gewesen, eine Direktvergabe zu wählen. Dessen ungeachtet führe die Aufraggeberin aber im vorliegenden Fall ein offenes Verfahren durch, sodass der Vorwurf eines „unzulässigen Auftragssplittings“ völlig unverständlich sei.

Lediglich zur Erläuterung und zum Verständnis der von der Auftraggeberin gewählten Vorgehensweise, nicht den gesamten Bedarf an Papierhandtüchern der nächsten 5 Jahre in einer einzigen Ausschreibung zu erfassen, werde angemerkt, dass der ausgeschriebene Leistungsumfang gemäß Leistungsverzeichnis 300 Spender und 13.500 Papierhandtuchrollen umfasse. Die Anzahl der Spender entspreche dabei tatsächlich dem Gesamtbedarf des Auftraggebers in den nächsten 5 Jahren. Die ausgeschriebene Menge an Papierhandtuchrollen decke demgegenüber

nur den Bedarf für einen deutlich geringeren Zeitraum ab. Es handelt sich dabei gewissermaßen um die „Erstausstattung“. Tatsächlich ist es so, dass die Auftraggeberin beabsichtigt, für den weiteren Bedarf an Papierhandtuchrollen im Sinn eines möglichst breiten Wettbewerbs weitere Vergabeverfahren durchzuführen. In diesem Zusammenhang sei auch das von der Antragstellerin selbst als „begrüßenswert“ bezeichnete Zuschlagskriterium „Kompatibilität“ der Spender hervorzuheben. Damit sollten nämlich jene Spender besser bewertet werden, die mit mehreren Papierhandtuchrollen kompatibel seien. Würde die Auftraggeberin mit der vorliegenden Ausschreibung ohnedies den gesamten Bedarf an Papierhandtuchrollen für 5 Jahre erfassen, wäre dieses Kriterium weitgehend wertlos, weil dann faktisch ohnedies nur die vom Auftragnehmer der gegenständlichen Ausschreibung angebotenen Papierhandtuchrollen eingesetzt würden, sodass die Kompatibilität der Spender mit anderen Papierhandtuchrollen weitgehend bedeutungslos wäre.

ad: Nachteilsabgeltung

Die von der Antragstellerin beanstandete Regelung in Punkt 7.4.4 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen, sehe bei Unterschreitung der Auftragssumme um 25% eine Nachteilsabgeltung vor, welche jedoch mit 7% des Unterschreitungsbetrages gedeckelt sei. Der Auftraggeberin wäre auch freigestanden, eine Rahmenvereinbarung auszuschreiben, bei der definitionsgemäß gar keine Abnahmeverpflichtung und dementsprechend auch gar keine „Nachteilsabgeltung“ vorgesehen sei.

Die Antragstellerin übersehe aber, dass in Punkt 1 der Besonderen Vertragsbestimmungen eine Mindestabrufmenge von 150 Spendern und 6.000 Papierhandtuchrollen (rund 50% des Gesamtvolumens) festgelegt sei, sodass der von der Antragstellerin befürchtete „Abruf von null“ ohnedies vertraglich ausgeschlossen sei.

ad: angeblich diskriminierende Festlegungen betreffend Nass- /Trockenreißfestigkeit/Sauggeschwindigkeit

Die Antragstellerin räume selbst ein, dass es zumindest von einem Hersteller ein passendes Produkt geben könnte und die Ausschreibung nicht allein deshalb rechtswidrig sei, weil das nachgefragte Produkt lediglich „von einem Bieter angeboten wird“. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin existierten jedoch sehr wohl Produkte mehrerer Hersteller, die die geforderten Merkmale erfüllen.

Selbst wenn es lediglich einen Hersteller gäbe, der Produkte mit den ausgeschriebenen Merkmalen produziere, bedeute das noch lange nicht, dass diese Produkte nur von einem einzigen Bieter (welche als Händler das bzw. die Produkte selbst nicht produzieren) angeboten werden könnte. Wie die Antragstellerin selbst zutreffend ausführe, sei aber ohnedies nicht relevant, ob es nur einen oder wenige Bieter oder Hersteller gibt, die ein den geforderten Merkmalen entsprechendes Produkt herstellen oder anbieten können.

Grundsätzlich sei es allein Sache des Auftraggebers, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen wolle, festzulegen. Entscheidend sei dabei nicht, ob diese Anforderungen nur von wenigen oder nur einem einzigen Unternehmen erfüllt werden könnten, sondern ob die geforderten Anforderungen sachlich seien. Dieses Sachlichkeitsgebot gehe auch nicht so weit, dass ein Auftraggeber auf die Festlegung von technisch allenfalls umstrittenen, jedoch schlüssig als vorteilhaft dargelegten Anforderungen verzichten müsse.

Abgesehen davon, dass die Antragstellerin selbst nicht definiere, bei welchem genauen Wert die nach dem Antragsvorbringen allein relevante Entnahmemöglichkeit aus dem Spender gegeben sei, sei die Reißfestigkeit des Papiers nicht bloß für die Entnahme aus dem Spender relevant. Zunächst sei ein Papierhandtuch, das beim Abtrocknen der Hände nicht oder kaum reißt, in jedem Fall wesentlich effektiver bzw. komfortabler für den Nutzer. Hände würden beim Abtrocknen typischerweise nicht nur abgetupft, sondern mit mehr oder weniger großem Druck abgerieben, sodass das Papierhandtuch schon für diesen Zweck dann besser geeignet sei, wenn es möglichst reißfest sei.

Der Einsatzzweck solcher Papierhandtücher sei zudem vielfältig und umfasse insbesondere auch die Reinigung verschmutzter Flächen und Gegenstände. Vor allem zu diesem Zweck sei ein Papierhandtuch aber dann wesentlich besser geeignet, wenn es auf Grund einer hohen Reißfestigkeit den Belastungen durch das Abwischen oder Abreiben von Flächen und Gegenständen länger standhält. Von einer Unsachlichkeit der diesbezüglich festgelegten Mindestanforderungen, könne keine Rede sein. Die Sauggeschwindigkeit sei gerade im Hinblick auf den von der

Antragstellerin selbst genannten Zweck des Händeabtrocknens essentiell, weil es logischerweise die Dauer dieses Vorgangs positiv beeinflusse. Auch hier gelte, dass Papierhandtücher nicht nur zum Händeabtrocknen verwendet werden, sondern etwa auch zur Entfernung von Feuchtigkeit auf Flächen und Gegenständen.

Generell bei Ausschreibungen über die Lieferung von Hygienepapier seien sehr häufig als Qualitätsmerkmale oder Zuschlagskriterien die Reißfestigkeit und Sauggeschwindigkeit festgelegt. Bemerkenswert sei, dass die Antragstellerin bei einer Ausschreibung diese Anforderungen – obwohl sie über die bloße Entnahmemöglichkeit aus einem Handtuchspender sicherlich hinaus gegangen seien – nicht bekämpft, sondern sogar den Auftrag erhalten habe.

ad Innenkerndurchmesser:

Von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang beanstandete Festlegung sei bereits vor Einbringung des Nachprüfungsantrags mit Berichtigung vom 24.10.2019 berichtigt worden, sodass der Innendurchmesser nicht „>= 38 cm und <= 60 cm“ sondern „>= 38 mm und <= 60 mm“ betragen müsse. Damit sei der Nachprüfungsantrag in diesem Punkt gegenstandslos.

5. Zuschlagskriterien

Der Hintergrund dieses Zuschlagskriteriums bestehe darin, dass es für den Auftraggeber insbesondere bei späteren Beschaffungen von Papierhandtuchrollen im Rahmen weiterer Vergabeverfahren vorteilhaft sei, wenn mehrere in die Spender passende Papierhandtuchrollen existierten, weil dann bei nachfolgenden Beschaffungen eine größere Auswahl zur Verfügung stehe und darüber hinaus eher die Chance bestehe, kompetitive Angebote zu erhalten.

Die Antragstellerin bezeichne das gegenständliche Zuschlagskriterium als „begrüßenswert und sinnvoll“, erachtet dieses Kriterium aber deshalb als rechtswidrig, weil das geforderte Papier infolge angeblich diskriminierender Qualitätsmerkmale lediglich von einem Bieter geliefert werden könne. Die Behauptung, wonach die festgelegten Qualitätsmerkmale diskriminierend seien, sei wie bereits dargelegt unrichtig. Schon seit langem sei nämlich auch im Zusammenhang mit Zuschlagskriterien anerkannt, dass diese nicht bloß deshalb rechtswidrig sind, weil sie nur von einem oder wenigen Unternehmen erfüllt werden (vgl. schon EuGH 17.9.2002 - Concordia Bus).

Die weitere Kritik der Antragstellerin, wonach es der Papierhersteller „in der Hand" habe, „dieses Papier auf unterschiedliche Rollen zu wickeln“, sei fern jeder Realität, weil kein industrieller Hersteller wegen eines Auftrags in der gegenständlichen Größenordnung Produktionsprozesse umstellen werde, und irrelevant, weil es auch die Antragstellerin „in der Hand ha(be)", das Papier dieses Herstellers anzukaufen und „auf unterschiedliche Rollen zu wickeln“.

ad: Vertragsstrafe - schwere Mängel

Die Vertragsstrafe werde nur dann schlagend, wenn der Auftragnehmer vertragswidrig leiste. Der Umstand, dass die Antragstellerin nach dem eigenen Vorbringen nicht gewillt oder in der Lage sei, die nachgefragten Produkte zu liefern und deshalb im Auftragsfall tatsächlich Vertragsstrafen zu befürchten hätte, könne nicht dazu führen, dass die Vertragsstrafenregelung vergaberechtswidrig wäre. Die behauptete Unkalkulierbarkeit des Risikos liege nicht an der Ausschreibung.

4. Weitere Stellungnahme der Antragstellerin:

In ihrer Stellungnahme vom 26.11.2019 hat die Antragstellerin iZm. der Auftragswertberechnung vorgebracht, es liege ein „befristeter Auftrag“ vor und sei der Auftragswert nach § 188 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 zu berechnen, es ergebe sich für eine 5-jährige Laufzeit ausgehend von einem jährlichen Beschaffungswert (für Papierhandtuchrollen) von 118.000,-- Euro und einem einmaligen Beschaffungswert für Spender von 18.000,-- Euro eine Gesamtauftragswert von 612.000,-- Euro, sodass ein unzulässiges Auftragssplitting vorliege.

Mit Bezug auf das Vorbringen im Nachprüfungsantrag zu als diskriminierend erachteten Produktmerkmalen, brachte die Antragstellerin vor, die Forderung nach Festigkeit quer zur Faserrichtung sei ebenso wie die geforderte Sauggeschwindigkeit irrelevant für die Verwendung der Papierhandtücher. Die Sauggeschwindigkeit sei für sich genommen ohne Aussagekraft und erst im Zusammenhang mit der Saugkapazität (Saugfähigkeit) sinnvoll interpretierbar.

Bezüglich der Spenderbeschaffung betonte die Antragstellerin, die Ausschreibung biete die Möglichkeit systemgebundene Spender anzubieten und dafür den Zuschlag zu erhalten. Daraus folge, dass Bieter, die mit

Systemspendern erfolgreich seien, auch nachfolgende Vergabeverfahren „gewinnen“ würden, zumal die Papierhandtuchrollen in die dann schon vorhandenen Spender passen müssten. Ein industrieller Hersteller werde wegen eines Auftrages in gegenständlicher Größenordnung seine Produktionsprozesse nicht umstellen und habe die Antragstellerin keine Möglichkeit Papier in Form einer „Mutterrolle“ anzukaufen und auf unterschiedliche Rollen zu wickeln.

5. Öffentliche mündliche Verhandlung:

Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde am 27.11.2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der die Antragstellerin und die Auftraggeberin als Parteien des Verfahrens durch ihre Vertreter teilgenommen haben. Seitens der Auftraggeberin hat deren Mitarbeiter D. die iZm der Vorbereitung der Ausschreibung sowie für die Festlegung der technischen Anforderungen maßgeblichen Erwägungen erläutert.

6. Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Auftraggeberin, Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Interne Dienste (...), Erdbergstraße 202, 1030 Wien, hat am 17.10.2019 Ausschreibungsunterlagen betreffend das Vergabeverfahren „4QR-04/19, Spender für Rollenhandtücher und passende Papierhandtuchrollen weiß, zweilagig für die Wiener Linien GmbH & Co KG, Wien“ bekannt gemacht. Die Auftragsvergabe soll nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 im Sektorenbereich für den Unterschwellenbereich erfolgen. Durchgeführt wird ein offenes Verfahren, Ende der Angebotsfrist war der 04.11.2019.

Zur Vergabe gelangt ein Rahmenvertrag mit einer Laufzeit von 36 Monaten beginnend mit Zuschlagserteilung. Die Auftraggeberin behält sich eine optionale Vertragsverlängerung um weitere 24 Kalendermonate vor. Einen Anspruch auf Ziehung der Option hat die Auftragnehmerin nicht (Pkt. 1 der Besonderen Vertragsbestimmungen Rahmenvertrag Papierhandtuch-Spender und Papierhandtücher - 4QR-04/19).

Das Leistungsverzeichnis enthält die geschätzten Massenansätze für eine Laufzeit von fünf Jahren. Der Auftraggeber verpflichtet sich in den ersten drei Jahren, („Grundvertragsdauer“) zumindest 150 Stück Spender und in den ersten 6 Monaten zumindest 6.000 Stück Papierhandtuchrollen abzurufen. Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf Abruf des gesamten Leistungsumfanges. Die Auftraggeberin behält sich vor, jederzeit während der Vertragsdauer ein weiteres Vergabeverfahren zur Beschaffung von Papierhandtuchrollen durchzuführen (Pkt. 3 der Besonderen Vertragsbestimmungen Rahmenvertrag Papierhandtuch-Spender und Papierhandtücher - 4QR-04/19).

Das Leistungsverzeichnis definiert als Leistung in Pos. 1 300 Stück Papierhandtuchspender und in Pos. 2 13.200 Stück Papierhandtuchrollen.

Die Auftraggeberin hat derzeit noch keine Papierhandtuchrollen und Spender im Einsatz. Der ermittelte Bedarf beruht auf einer Schätzung, welcher ihrerseits Auskünfte von Lieferanten über Erfahrungswerte hinsichtlich des Verbrauchs zugrunde liegen. Eine schriftliche Dokumentation betreffend die Ermittlung des Auftragswertes liegt im Vergabeakt nicht vor.

Der ausgeschriebene Leistungsgegenstand umfasst den Bedarf für die Neuanschaffung der erforderlichen Papierhandtuchspender, von denen 150 Spender in den ersten 6 Monaten benötigt werden, und damit die Spenderausstattung für 5 Jahre, weiters den Bedarf an Papierhandtuchrollen für insgesamt ein halbes Jahr, abrufbar über den maximal fünfjährigen Vertragszeitraum.

Ein darüber hinaus gehender Bedarf der Auftraggeberin an Papierhandtuchrollen soll durch weitere Vergaben, etwa eines weiteren Rahmenvertrages oder von Lieferaufträgen, gedeckt werden.

Im Leistungsverzeichnis sind sowohl für die Papierhandtuchspender als auch für die Papierhandtuchrollen Mindestanforderungen festgelegt, hinsichtlich der Papierhandtuchrollen in Pos. 2 u. a.:

- Das Papier muss folgende Fassreißfestigkeit in Nm aufweisen (Prüfverfahren nach ÖNORM EN ISO 12625 – 4: längs > 120, quer > 70

- Das Papier muss folgende Trockenreißfestigkeit in Nm aufweisen (Prüfverfahren nach ÖNORM EN ISO 12625 – 4): längs > 500, quer > 270

- Das Papier muss folgende Sauggeschwindigkeit in Sek. (Zeit für die Wasseraufnahme) aufweisen (Prüfverfahren nach ÖNORM EN ISO 12625 – 4): < 3.

Die Festlegung der qualitativen Anforderungen an die Reißfestigkeit des Papiers soll im Hinblick auf den Einsatz im Werkstättenbereich ein möglichst festes und reißfestes Papier gewährleisten. Zugrunde liegen Datenblätter verschiedener Papierhandtuchhersteller, wobei die Werte so angesetzt sind, dass mehr als ein Produkt auf dem Markt den so definierten Festlegungen der Ausschreibung entspricht.

Das Leistungsverzeichnis wurde mittels – in Bestandskraft erwachsener – Berichtigung vom 24.10.2019 dahingehend berichtigt, dass die Abrisslänge mind. 23 cm, max. 30 cm betragen muss, der Innenkern/Innendurchmesser der Papierhandtuchrolle > 38 mm < 60 mm betragen muss, und neben folienverschweißter Verpackung auch wasserabweisende Verpackungsalternativen zugelassen werden.

Gemäß Pkt. 8 der Besonderen Vertragsbestimmungen gelten bis zum Ablauf von 12 Monaten nach Zuschlagserteilung (= Vertragsbeginn) für alle in diesem Zeitraum erbrachten Leistungen Festpreise. Lieferungen, die danach erfolgen unterliegen der Preisgleitung. Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit vereinbart. Preisbasis ist das Datum des Ablaufes der Angebotsfrist. Das Entgelt erhöht oder vermindert sich in demselben Ausmaß, in dem sich die von der Statistik Austria errechnete Indexzahl des monatlich verlautbarten Großhandelspreisindex „46.76.11 Papier und Pappe“ gegenüber der Preisbasis erhöht oder vermindert hat (iZ damit werden Formeln für die Ermittlung des Veränderungsprozentsatzes definiert).

Pkt. 13 der Besonderen Vertragsbestimmungen bestimmt, dass die Auftraggeberin jederzeit eine vom Auftragnehmer im Zuge eines Abrufs gelieferte Papierhandtuchrolle hinsichtlich der im Leistungsverzeichnis angeführten Mindestanforderungen betreffend Nassreißfestigkeit, Trockenreißfestigkeit und Sauggeschwindigkeit durch eine akkreditierte Prüfanstalt überprüfen lassen kann, und dass – sollte nach dem Ergebnis einer solchen Prüfung eine der Mindestanforderungen nicht erfüllt sein – der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Kosten der Prüfung zu ersetzen und weiters eine Vertragsstrafe von 3.000 Euro zu bezahlen hat.

Pkt. 7.4.4. der Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke für Lieferungen und materielle Dienstleistungen (WSTW 9313, Ausg. 22.05.2018) legt fest:

„Die Nachteilsabgeltung findet nur im Rahmen der Regelung dieses Punktes statt und verdrängt diesbezügliches dispositives Recht.

Erwächst dem AN im Falle der Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 25 % durch Minderung oder Entfall von Teilen einer Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, so hat der AG diesen Nachteil zu ersetzen, wobei die Nachteilsabgeltung (sei es nach § 1168, § 1155 ABGB oder auf schadenersatzrechtlicher Ebene) mit 7 % des Unterschreitungsbetrages für den entfallenen oder geminderten beauftragten Leistungsteil gedeckelt ist. Darüber hinaus hat der AN keinen Anspruch auf eine Nachteilsabgeltung (unter Nachteil ist insbesondere zu verstehen: geringere Erlöse zur Abdeckung von Zentralkosten, geringere Erlöse zur Abdeckung kalkulierter Ersatzkosten für Wagnis/Gewinn; geringere Erlöse für einmalige und zeitgebundene Kosten; disponierte Kosten, denen keine Vergütung entgegensteht; Geschäftsgemeinkostenzuschläge; der im Gesamtzuschlag kalkulierte Gewinn; der entgangene Gewinn sowie jener Nachteilt, der daraus entstanden ist, dass der AN nicht andere Aufträge übernehmen konnte.“

Die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Wiener Stadtwerke – ergänzt um die besonderen Angebotsbestimmungen der Wiener Linien GmbH & Co KG – ergänzt um die speziellen Angebotsbestimmungen der Abteilung Interne Dienste (...) der Wiener Linien GmbH & Co KG legt unter Pkt. 2 Zuschlagskriterien fest wie folgt:

„Der Zuschlag ergeht an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot.

Die Zuschlagskriterien für das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot werden wie folgt festgelegt:

Zuschlagskriterium Qualität 30 %

Subkriterium Service 15 %

Subkriterium Kompatibilität 15 %

Zuschlagskriterium Preis 70 %“

Zum Subkriterium „Kompatibilität“ kann der Bieter durch Angabe wie viele weitere Papierhandtuchrollen (welche ebenfalls die im Leistungsverzeichnis angeführten Anforderungen erfüllen müssen) neben der angebotenen

Papierhandtuchrolle mit dem angebotenen Spender kompatibel sind maximal 15 % erreichen, und zwar mit zusätzlich 1 Rolle 5 %, zusätzlich 2 bis 3 Rollen 10 % und zusätzlich 4 und mehr Rollen 15 %.

Der Auftraggeberin ist bekannt, dass Spender auf dem Markt sind, die mehrere verschieden Rollensysteme aufnehmen können, und dass Hersteller bisweilen Spender anbieten, die nur ein Produkt /Papierhandtuchrolle aufnehmen können. Mit dem Qualitätskriterium trachtet die Auftraggeberin zu vermeiden, durch die Wahl des Spenders in der Folge an eine bestimmtes Papierrollen-Produkt gebunden zu sein.

Eine schriftliche Dokumentation betreffend die Ermittlung des Auftragswertes liegt im Vergabeakt nicht vor.

6. In der Beweiswürdigung waren folgende Erwägungen maßgeblich:

Die Sachverhaltsfeststellung ergeben sich aus dem vorgelegten Vergabeakt sowie hinsichtlich Bedarfsannahmen und der Formulierung der Festlegungen aus den offen und nachvollziehbar dargelegten Überlegungen des mit der Vorbereitung der Ausschreibung befassten Mitarbeiters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung.

7. In rechtlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht Wien erwogen:

7.1. Zur Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags:

Die Wiener Linien GmbH ist eine öffentliche Auftraggeberin gemäß § 1 Abs. 2 WVRG 2014 und § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018.

Der Antrag auf Nichtigerklärung iSd § 20 WVRG richtet sich gegen eine Ausschreibung der Auftraggeberin in einem offenen Verfahren, mithin gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018.

Die Beibringung der Pauschalgebühren für den Antrag auf Nachprüfung einer Ausschreibung in einem Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Unterschwellenbereich gemäß §§ 1 und 3 Abs. 1 WVPVO sowie – in halber Höhe – für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist nachgewiesen.

Der Nachprüfungsantrag wurde am 25.10.2019 fristgerecht gemäß § 24 Abs. 3 WVRG 2014 vor Ende der Angebotsfrist am 04.11.2019 eingebracht.

Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, Zl. 2007/04/0010). Der Antrag auf Nichtigerklärung entspricht den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1 und 23 Abs. 1 WVRG 2014.

7.2. In der Sache:

Das Bundesvergabegesetz 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, bestimmt:

„§ 186 (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Sektorenauftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen, die in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen werden sollen, zu berücksichtigen.

(2) Sieht der Sektorenauftraggeber Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter vor, so hat er diese bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zu berücksichtigen.

(3) Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist vom Sektorenauftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Sektorenauftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung.

(4) Besteht der Sektorenauftraggeber aus mehreren eigenständigen Organisationseinheiten, so ist der geschätzte Auftragswert für alle Organisationseinheiten zu berücksichtigen. Abweichend davon kann der Auftragswert auf der Ebene einer eigenständigen Organisationseinheit geschätzt werden, wenn die betreffende Einheit selbständig für ihre Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien von Auftragsvergaben zuständig ist.

(5) Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen. Sofern nicht sachliche Gründe vorliegen, darf ein Auftrag nicht so unterteilt werden, dass er nicht den Vorschriften dieses Bundesgesetzes für den Oberschwellenbereich unterliegt.“

„§ 188. (1) Bei Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen:

1. bei befristeten Aufträgen mit einer Laufzeit von höchstens 12 Monaten der geschätzte Gesamtbetrag der während der Vertragsdauer voraussichtlich zu leistenden Entgelte;

2. bei befristeten Aufträgen mit einer Laufzeit von mehr als 12 Monaten der geschätzte Gesamtbetrag der während der Vertragsdauer voraussichtlich zu leistenden Entgelte einschließlich des geschätzten Restwertes;

3. bei unbefristeten Aufträgen oder bei unklarer Vertragsdauer das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgeltes.

(2) Bei regelmäßig wiederkehrenden Lieferaufträgen sowie bei Lieferaufträgen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes verlängert werden sollen, ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen entweder

1. der tatsächliche Gesamtwert aller entsprechenden aufeinander folgenden Aufträge im vorangegangenen Finanz- bzw. Haushaltsjahr oder in den vorangegangenen zwölf Monaten, nach Möglichkeit unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Änderungen bei Mengen oder Wert während der auf den ursprünglichen Auftrag folgenden zwölf Monate, oder

2. der geschätzte Gesamtwert der aufeinander folgenden Aufträge, die während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate oder des auf die erste Lieferung folgenden Finanz- bzw. Haushaltsjahres, soweit dieses länger als zwölf Monate ist, vergeben werden sollen.

(3) Besteht eine Lieferung aus der Beschaffung gleichartiger Lieferleistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.

(4) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 185 Abs. 1 Z 2 genannten Schwellenwert, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 80.000 Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Sektorenauftraggeber ausgewählten Lose 20% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Unterschwellenbereich; für die Wahl des Verfahrens gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses.

(5) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 185 Abs. 1 Z 2 genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 75 000 Euro beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der vom Sektorenauftraggeber ausgewählten Lose 50% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.“

Mit den §§ 185 bis 191 werden die Art. 15 und 16 der RL 2014/25/EU umgesetzt und sind diese analog den materiell gleichartigen Bestimmungen der §§ 12 ff BVergG 2018 auszulegen (EB RV 69 BlgNR XXVI. GP 181).

Demnach (EB RV 69 BlgNR XXVI. GP 47) hat ein öffentlicher Auftragnehmer, um die für das weitere Vergabeverfahren maßgeblichen Bestimmungen zu ermitteln, vor Durchführung eines Vergabeverfahrens den (geschätzten) Auftragswert zu ermitteln. Dies ist einerseits erforderlich für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (zB. Direktvergabe), andererseits aber auch notwendig für die Einschätzung, ob die Bestimmungen des Ober- oder Unterschwellenbereiches anwendbar sind. Für die Anwendung des BVergG ist es von großer Bedeutung, ob der geschätzte Auftragswert die unionsrechtlichen Schwellenwerte überschreitet oder nicht. Die Grundregel des § 13 Abs. 1 knüpft dabei an den Begriff des (einheitlichen) Vorhabens an. Für die Beurteilung, ob ein für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes maßgebliches einheitliches Vergabevorhaben vorliegt, ist der Rechtsprechung des EuGH und des VwGH zufolge von einer – in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht – funktionellen Betrachtungsweise auszugehen (vgl. EuGH Rs C-574/10, Autalhalle, Rz 36ff sowie das Erkenntnis des VwGH vom 23. Mai 2014, 2013/04/0025, sowie zuletzt vom 20. April 2016, Ro 2014/04/0071 mwN; vgl. ferner dazu die Definition des „Vorhabens“ in § 57 Bundeshaushaltsgesetz 2013 – BHG 2013, BGBl. I Nr. 139/2009). Die gebotene funktionelle Betrachtung erfordert nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH die Einbeziehung unterschiedlicher Gesichtspunkte wie den örtlichen Zusammenhang, den gemeinsamen Zweck, die gemeinsame Planung oder das Vorliegen von Aufträgen aus gleichen Fachgebieten. Darüber hinaus ist als weiterer Gesichtspunkt zu berücksichtigen, ob die in Frage stehenden

Auftragsvergaben einen wirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen. Die Beurteilung der Zugehörigkeit von Aufträgen zu einem (einheitlichen) Vorhaben ist demzufolge im Einzelfall ausgehend von den jeweiligen tatsächlichen Umständen, die einen allfälligen wirtschaftlichen und technischen Zusammenhang begründen, vorzunehmen. Der EuGH nennt konkret als gewichtige Gründe, die für die Zusammenfassung von Aufträgen sprechen, die Gleichzeitigkeit der Einleitung der streitigen Vergabeverfahren, die Ähnlichkeit der Bekanntmachungen, die Einheitlichkeit des Gebietes, in dem diese Verfahren eingeleitet worden sind, und die Koordinierung durch eine einzige Einrichtung (vgl. EuGH Rs C-16/98, Kommission gegen Frankreich, Rz 64f sowie VwGH vom 20. April 2016, Ro 2014/04/0071 mwN).

Wie die oz. Erläuterungen ausführen, ist der „sachkundig" zu schätzende Auftragswert jener Wert, den ein umsichtiger, sach- und fachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der öffentliche Auftraggeber zu einer derartigen Schätzung nicht imstande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte beizuziehen. Bei der Schätzung handelt es sich um eine (sachkundig und sorgfältig zu erstellende) Prognose. Der öffentliche Auftraggeber ist in weiterer Folge an seine Schätzung (und das daraus resultierende Vergaberegime) gebunden, unabhängig davon, ob sich zu einem späteren Zeitpunkt ein anderer Auftragswert ergibt. Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens. „Eingeleitet" ist ein Vergabeverfahren dann, wenn die Bekanntmachung abgesendet wird oder – bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung – wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des öffentlichen Auftraggebers dessen Sphäre verlässt. Letzteres ist etwa das Setzen der ersten außenwirksamen Handlung des öffentlichen Auftraggebers in Form der Kontaktaufnahme mit Unternehmern im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe (vgl. Art. 5 Abs. 4 der RL 2014/24/EU). Hingegen sind erste informelle Erkundigungen des öffentlichen Auftraggebers bei Unternehmern, organisationsinterne Handlungen (Einsetzen eines Projektteams, Planung des Ablaufes eines Verfahrens udglm.) noch keine Handlungen, die als verfahrenseinleitende Handlungen zu qualifizieren sind. Der Zeitpunkt der „Einleitung" eines Verfahrens wird an den Eintritt von äußeren Ereignissen geknüpft, um die objektive Nachprüfbarkeit des Zeitpunktes sicherzustellen. Dieser Zeitpunkt ist auch deswegen von besonderer Bedeutung, weil es sich auch um einen verfassungsrechtlich relevanten Zeitpunkt handelt (vgl. Art. 14b Abs. 2 B-VG). Das Umgehungsverbot des § 13 Abs. 5 BVergG 2018 hat zur Folge, dass die Wahl der Berechnungsmethode nicht in der Absicht erfolgen darf, die unionsrechtlichen Verpflichtungen (zB Bekanntmachung im Amtsblatt) oder auch Vorschriften des Unterschwellenbereiches zu umgehen. Abs. 5 zweiter Satz enthält das sog. „Splittingverbot", wonach zusammengehörige Aufträge eines Vorhabens nicht willkürlich (etwa mit dem Ziel der Unterschreitung der unionsrechtlichen Schwellenwerte) getrennt werden dürfen. Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann.

Gemäß den oz. Erläuterungen stellt § 15 Abs. 1 BVergG – und analog dazu § 188 Abs. 1 BVergG 2018 – eine lex specialis für bestimmte Lieferaufträge (Leasing, Miete, Pacht, Ratenkauf) dar. Die Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes hängt dabei von der Laufzeit des betreffenden Vertrages ab. Regelmäßig wiederkehrende Aufträge liegen vor, wenn der öffentliche Auftraggeber über mehrere aufeinander folgende Beschaffungszeiträume hinweg in jedem Beschaffungszeitraum eine in etwa gleichbleibende Menge von Waren beschafft. Die Wahl einer der Berechnungsmethoden gemäß Abs. 2 ist optional, d. h. sie liegt im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, wobei freilich das Umgehungsverbot zu beachten ist. Gleichartige Lieferungen im Sinne des Abs. 3 liegen vor, wenn von einem im Wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach den gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im Wesentlichen einheitlichen bzw. gleichen oder ähnlichen Verwendungszweck dienen.

Abs. 4 regelt die Losvergabe bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich. Der öffentliche Auftraggeber hat bei einer Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich die Möglichkeit, einzelne Lose bei Vorliegen der angeführten Voraussetzungen nach den für den Unterschwellenbereich maßgeblichen Vorschriften zu vergeben. Abs. 5 beinhaltet eine Losregelung für Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich, wobei hier für einzelne Lose die Direktvergabe gewählt werden kann, sofern der kumulierte Wert der vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Lose 50% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

Der geschätzte Auftragswert ist sohin vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln, wobei der maßgebliche Zeitpunkt für die Ermittlung der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens ist.

Die Schätzung des Auftragswerts ist eine Ermittlung ex ante, sodass lediglich die Umstände zu berücksichtigen sind, die bei Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt waren. Sie bildet ihrem Gegenstand nach eine Prognose. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Auftraggeber an seine Schätzung gebunden (VwGH 20.04.2016 Ro 2014/04/0071).

Im gegenständlichen Fall hat die Auftraggeberin hinsichtlich der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes lediglich im Nachprüfungsverfahren mündlich auf ihr von Lieferanten mitgeteilte Erfahrungswerte hinsichtlich des zu erwartenden Verbrauchs pro Zeiteinheit und auf von ihr in der Berechnung herangezogene Stückpreise verwiesen.

Nun stellt zwar eine Schätzung aufgrund einer Befragung mehrerer relevanter Marktteilnehmer grundsätzlich eine zulässige Möglichkeit zur Ermittlung des Marktwertes und zur Erstellung einer realistischen Prognose des geschätzten Auftragswertes dar, wobei die Auftragnehmerin, nachdem sie sich einen Überblick über den Markt verschafft hat, den Auftragswert anhand betriebswirtschaftlicher Daten zu schätzen hat.

Die der Schätzung zugrunde gelegten Parameter sowie die daraus gezogenen Schlüsse sind transparent zu machen und muss ex ante vorzunehmende sachkundige Kostenschätzung plausibel und belegbar sein (Casati in Gölles, BVergG 2018 (2019) § 13).

Es ist nicht Sache des Verwaltungsgerichts im Nachprüfungsverfahren, die Schätzung des Auftragswertes vorzunehmen oder zu wiederholen. Vielmehr muss iS einer Plausibilitätsprüfung für das Verwaltungsgericht nachprüfbar sein, wie der Auftraggeber zu seiner Schätzung (Anm. im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens) gekommen ist (vgl. Dillinger/Oppel, Das neue BVergG 2018 (2018) Rz 3.66).

Die Auftraggeberin hat vorliegendenfalls die von ihr eingeholten Informationen hinsichtlich des zu erwartenden Verbrauchs an Papierrollen nicht dokumentiert, ebenso wenig Preise, von denen sie bei der Berechnung des Auftragswertes ausgegangen ist.

Die Auftraggeberin hat zwar im Nachprüfungsverfahren im Rahmen der mündlichen Verhandlung einen Rechenvorgang (Menge x Preis) erläutert. Jene Erwägungen der Auftraggeberin, von denen sie im – relevanten – Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens iZm der Auftragswertschätzung ausgegangen ist, sind nicht schriftlich festgehalten. Eine transparente Auftragswertschätzung, welche einer Plausibilitätsprüfung zugänglich ist, liegt somit nicht vor.

Diesem Mangel kommt insbesondere deshalb Bedeutung zu, zumal der geschätzte Auftragswert bzw. dessen sachkundige Ermittlung und Dokumentation ex ante in untrennbaren logischen Zusammenhang damit steht, von welchem maßgeblichen Vergabevorgang die Auftraggeberin ausgegangen ist, was wiederum bindend für das weitere Vergabeverfahren und ausschlaggebend insbesondere für die Wahl der Verfahrensart ist.

Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist im vorliegenden Fall gemäß § 186 Abs. 1 BVergG 2018 der geschätzte Gesamtwert aller zum Vorhaben gehörigen Leistungen während der Vertragsdauer des Rahmenvertrages einschließlich jener im Zeitraum der optionalen Vertragsverlängerung, die in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen werden.

Die Berechnungsregeln des § 188 Abs. 2 BVergG 2018 beziehen sich hingegen auf jeweils für sich gesehen getrennte, regelmäßig wiederkehrende Einzelaufträge, die mit einer gewissen Regelmäßigkeit vergeben werden, wenn der Auftraggeber über mehrere aufeinanderfolgende Beschaffungszeiträume hinweg in jedem Beschaffungszeitraum eine ungefähr gleichbleibende Menge von gleichartigen Gütern beschafft (vgl. dazu auch Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. (2015) Rz 465).

Die Auftraggeberin hat im Nachprüfungsverfahren dargelegt, dass sie insgesamt Bedarf an der Erstausstattung mit einer bestimmten Anzahl von Papierhandtuchspendern sowie laufend weiteren Bedarf an Papierhandtuchrollen erwartet.

Mit der hier angefochtenen Ausschreibung will die Auftraggeberin nun einen (inklusive Option) auf fünf Jahre befristeten Rahmenvertrag abschließen, der zwar sämtliche benötigten Spender, jedoch nur einen Bruchteil (etwa Halbjahresbedarf) des innerhalb der drei- bzw. fünfjährigen Vertragslaufzeit anfallenden Bedarfes deckt.

Es ergibt sich daraus, und wurde dies auch vonseiten der Auftraggeberin so vorgesehen, dass parallel zum abzuschließenden Rahmenvertrag und während dessen Vertragslaufzeit weitere Beschaffungsvorgänge gleicher Art hinsichtlich der Papierhandtuchrollen im Ausmaß vom 2,5-fachen Jahresbedarf (bezogen auf eine dreijährige

Vertragslaufzeit) bzw. vom 4,5-fachen Jahresbedarf (bezogen auf eine Vertragslaufzeit inklusive optionale Verlängerung) vorgenommen werden sollen.

Festzuhalten ist hier, dass es grundsätzlich Sache des Auftraggebers ist, seinen Bedarf zu definieren und diesbezüglich Wahlfreiheit des Auftraggebers besteht, ob er Leistungen gemeinsam oder getrennt vergibt. Jedoch darf gemäß § 186 Abs. 5 BVergG 2018 ein Auftrag nicht ohne sachliche Gründe so unterteilt werden, dass er nicht den strengeren Vorschriften für den Oberschwellenbereich unterliegt.

Wiewohl mithin die Auftraggeberin nicht gebunden ist, einen mehrjährigen Beschaffungsbedarf an bestimmten Gütern in einem einzigen mehrjährigen Rahmenvertrag als Gesamtheit auszuschreiben, obliegt es ihr doch, wenn sie gleichartige Beschaffungsvorgänge parallel zueinander durchführt, ihren Beschaffungsbedarf verlässlich zu ermitteln und jeweils den geschätzten Auftragswert sachkundig im Sinne des Gesetzes zu ermitteln und zu dokumentieren, nicht zuletzt zu dem wesentlichen Zweck um – allenfalls unter Anwendung u. a. der Losregeln des § 188 Abs. 3 bis 5 BVergG 2018 – die Beachtung der unionrechtlichen Vorschriften, resultierend aus einem den Schwellenwert übersteigenden geschätzten Auftragswert mehrerer zu einem Vorhaben gehörender Aufträge sicher zu stellen.

Darüber hinaus kann dem geschätzten Auftragswert auch Bedeutung etwa iZm der Prüfung der Angebote zukommen, wenn es darauf ankommt, festzustellen, ob ein auffallend niedriger Gesamtpreis vorliegt und daher eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen ist. Dabei kann ausschließlich auf schlüssig nachvollziehbare und transparent im Vergabeakt aufliegende Werte, nicht jedoch auf mündliche Erläuterungen in einem Nachprüfungsverfahren zurückgegriffen werden. (Zum Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote mit der Kostenermittlung der Auftraggeberin iZm der für eine vertiefte Angebotsprüfung vorausgesetzte Beurteilung, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis iSd § 125 Abs. 3 Z 1 BVergG 2006 – nunmehr § 137 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 – vorliegt, siehe VwGH 22.05.2012, 2009/04/0187).

Zumal sich aus der Dokumentation im Vergabeakt eine sachkundige ex ante Ermittlung des geschätzten Auftragswertes zum maßgeblichen Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens weder hinsichtlich des Ermittlungsvorganges bzw. der diesem zugrunde gelegten, eingeholte Informationen noch hinsichtlich der konkreten Höhe entnehmen lässt, war die Ausschreibung schon aus diesem Grund in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären.

8. Pauschalgebühren:

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2014 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 20 Abs. 1, 28 und 33 Abs. 1 und 2 WVRG 2014 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Die Pauschalgebühr ist gemäß § 15 Abs. 2 WVRG 2014 gemäß den von der Landesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller hat gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht gemäß § 16 Abs. 2 WVRG 2014 nur dann, wenn 1. dem Nichtigerklärungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Die Antragstellerin hat ordnungsgemäß Pauschalgebühren für den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung in Höhe von 25 % (§ 3 Abs. 1 1. Fall WVPVO) des gemäß § 1 WVPVO festgesetzten Betrages für Lieferaufträge im Unterschwellenbereich, sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 15 Abs. 2 WVRG 2014 in halber Höhe entrichtet.

Zumal dem Antrag auf Nichtigerklärung stattgegeben wurde, war der Antragsgegnerin spruchgemäß der Ersatz der Pauschalgebühren aufzutragen.

9. Unzulässigkeit der Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at

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