



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/074/13226/2023-27
A. GmbH

Wien, 12.12.2023

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.^a Mandl und die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch ..., auf Nichtigklärung der Ausschreibungsbedingungen betreffend das Vergabeverfahren "FSW_Umbau Besprechungstrakt - Möbelausstattung - VOL2306", des Fonds Soziales Wien, Stabstelle Betriebsführung der FSW - Zentrale Beschaffung und Vergabe, nach Verkündung in der mündlichen Verhandlung am 23.11.2023,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibungsbedingungen vom 13.10.2023 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Eine ordentliche Revision ist unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Der Fonds Soziales Wien (im Folgenden Antragsgegner und Auftraggeber) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich "FSW_Umbau Besprechungstrakt - Möbelausstattung - VOL2306".

Die unionsweite Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union am 27.9.2023. Die Ausschreibungsunterlagen wurden über das in der Bekanntmachung angegebene Vergabeportal (ANKÖ) zur Verfügung gestellt. Die Angebotsfrist wurde mit 23.10.2023, 12:00 Uhr, festgesetzt.

Die A. GmbH (im Folgenden Antragstellerin) hat am 13.10.2023 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Pauschalgebührenersatz beim Verwaltungsgericht Wien eingebracht.

Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die in den Ausschreibungsunterlagen Teil A – Verfahrensordnung vorgegebenen Maße der Möbel exakt den vom Auftraggeber offensichtlich herangezogenen Leitprodukten im Mood Board entsprächen. Insbesondere erfolge durch die vorgegebene Maßgenauigkeit und die zulässigen Abweichungen in Breite und Länge von maximal 2 cm eine derart starke Konkretisierung bzw. Präzisierung der Produkte, dass die Produkte der Hersteller im Mood Board augenscheinlich bevorzugt würden und Produkte anderer Bieter aufgrund der Maße von vornherein ausschieden. Es zeige sich hierdurch, dass der Auftraggeber ganz offensichtlich danach strebe, die Erzeugnisse eines bestimmten Unternehmens beschaffen zu wollen. Gleiches gelte für die sehr spezifischen Designvorgaben. Aufgrund des Beurteilungskriteriums „Ästhetik“ in Verbindung mit der „Gestalterischen Kohärenz mit dem Mood Board“ wären klar die im Mood Board enthaltenen Leitprodukte bevorzugt. Diese Leitprodukte seien derart individuell, dass es keine vergleichbaren Produkte auf dem Markt gebe, wodurch andere Hersteller von vornherein ausschieden. Diese Rechtswidrigkeit werde durch den Ausschluss von Alternativangeboten noch verstärkt. Auch seien die Ausschreibungsunterlagen in diesem Punkt intransparent, zumal nicht objektiv nachvollziehbar sei, wann ein Produkt als gleichwertig oder als Alternative zu qualifizieren sei. Auch lasse der „geschätzte“

Auftragswert von exakt EUR xxx.xxx,25 klar darauf schließen, dass es sich dabei um einen konkreten Angebotspreis handle und nicht um eine Schätzung. Diese Form der Ausschreibung verstoße gegen den Grundsatz des freien Wettbewerbs und gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und belaste die Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit. Durch diese Vorgehensweise sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Angebotslegung erheblich beeinträchtigt. Gerade in Bezug auf den strikt einzuhaltenden Grundsatz der Wirtschaftlichkeit widersprächen die Ausschreibungsunterlagen aufgrund des sich aus dem Mood Board ergebenden sehr exklusiven gestalterischen Niveaus und der hochwertigen Ausstattungsdetails den gesetzlichen Vorgaben des Vergaberechts. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Auftraggeber nicht auf die bestehenden, preislich sehr attraktiven Rahmenvereinbarungen der Stadt Wien mit Lieferanten für alle Möblierungsbereiche zurückgreife, sondern eine derart exklusive Möbelauswahl treffe. Auch daraus, dass es keine Trennung in Möblierung und Akustik gebe, sondern nur ein Gesamtangebot eingeholt werde, ergebe sich die gezielte Ausrichtung der Ausschreibung auf die im Mood Board enthaltenen Leitprodukte. Der Auftraggeber verstoße durch sein Verhalten gegen die Verpflichtung zur Transparenz im Vergabeverfahren, da die auf Grundlage der vorliegenden Ausschreibungsunterlage zu treffende Entscheidung nicht objektiv dahingehend überprüft werden könne, ob das angenommene Angebot tatsächlich dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibung gerecht werde. Es werde auf § 104 BVergG 2018 verwiesen, welche Anforderung die vom Auftraggeber vorgelegte Leistungsbeschreibung nicht erfülle sowie eine Vergleichbarkeit der Angebote jedenfalls nicht gewährleistet sei.

Die Antragstellerin erachtet sich durch die Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter und somit Nichtdiskriminierung und Einhaltung des Transparenzgebotes verletzt.

Bei der Antragstellerin seien aufgrund der bisherigen Beteiligung am Vergabeverfahren Rechtsberatungskosten angefallen, welche im Antrag beziffert wurden. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns und Deckungsbeitrages. Schließlich entginge der Antragstellerin durch die

Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojekts für künftige Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein evidenten und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss, welches auch durch diesen Nachprüfungsantrag bestätigt werde. Die Rechte der Antragstellerin könnten nur durch den vorliegenden Antrag gewahrt werden.

Es werde daher beantragt, die Ausschreibung unter der Auftragsbezeichnung "FSW_Umbau Besprechungstrakt - Möbelausstattung - VOL2306" des Fonds Soziales Wien für nichtig zu erklären, und die Pauschalgebühren zu ersetzen.

Der Antragsgegner führte mit Stellungnahme vom 23.10.2023 zusammengefasst aus, dass die Ausschreibungsunterlagen über das in der Bekanntmachung angegebene Vergabeportal kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung gestellt worden seien. Details zum Gegenstand des Vergabeverfahrens seien in Teil C – Leistungsverzeichnis enthalten und sei als Beilage ./1 zum Leistungsverzeichnis ein Mood Board veröffentlicht, zu welchem im Leistungsverzeichnis in der Position 60.0100D Näheres festgelegt sei.

Als Zuschlagsprinzip sei das Bestangebotsprinzip festgelegt, Preis (600 von 1000 Punkten), Qualität (400 von 1000 Punkten). Das Zuschlagskriterium Qualität setze sich aus weiteren vier Subzuschlagskriterien zusammen. Eines dieser Subzuschlagskriterien, nämlich Ästhetik (210 Punkte), sei in 5 Bewertungsaspekte untergliedert, welche in Punkt 13.6 der Verfahrensordnung – Teil A der Ausschreibungsunterlagen genauer präzisiert seien, wobei einer dieser Bewertungsaspekte „Gestalterische Kohärenz mit dem Mood Board“ mit 70 Punkten bewertet sei.

Die Antragstellerin habe am 10.10.2023 im Vergabeverfahren durch ihre anwaltliche Vertretung Bedenken hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt, auf welche der Antragsgegner mit Schreiben vom 12.10.2023 reagiert habe. Am 13.10.2023 habe der Antragsgegner mehrere Festlegungen über das Vergabeportal veröffentlicht, und zwar zu Maßabweichungen – Berichtigung LV-Position 60.0100H; Akustikelemente; Mood Board LV-Position 60.100D.

Der Antragsgegner bestreite die Antragslegitimation der Antragstellerin, da dieser der Schaden fehle, weil die Antragstellerin nach ihrem Vorbringen beabsichtige, nur für die Bereiche Bürostuhl, Sattelstuhl, Beistelltisch, Sitzgarnitur und Meeting ein Angebot abzugeben. Dies werde als Ankündigung eines Teilangebotes angesehen, es sei jedoch ein Gesamtauftrag ausgeschrieben. Auch habe die Antragstellerin das Interesse am Vertragsabschluss nicht plausibilisiert. Der Verweis der Antragstellerin, dass sie Vertragspartnerin der Stadt Wien sei, sei für das gegenständliche Verfahren irrelevant und könne aus diesem Verweis nichts gewonnen werden, da dieser Vertrag eben gerade nicht die ausgeschriebenen Leistungen abdecke, sondern ausschließlich einen Bruchteil davon, nämlich Besprechungsstühle, Besprechungstische und Sofas. Dieser Verweis zeige vielmehr, dass die Antragstellerin lediglich die Abgabe eines auszuschließenden, weil unzulässigen Teilangebotes für ausgewählte, bestimmte Positionen beabsichtige.

Hinsichtlich der Maßgenauigkeit der Möbel und der Abweichungen in Breite und Länge in der Ausschreibung sei das Vorbringen der Antragstellerin unrichtig. In den Ausschreibungsunterlagen werde hinsichtlich der zulässigen Maßabweichungen differenziert und seien gemäß der allgemeinen Festlegung im Leistungsverzeichnis grundsätzlich Maßabweichungen von bis zu +/-3,0 cm zulässig, soweit nicht in den konkreten Positionen andere Abweichungen vorgesehen wären. Lediglich für Besprechungsstühle und -tische wären engere Grenzen vorgegeben. Für Besprechungsstühle seien es 2 cm in Breite, Höhe und Länge und sei auch diese engere Grenze rechtskonform, wozu auf Rechtsprechung und Literatur verwiesen werde.

Die festgelegten Maße und Maßabweichungen hätten zudem objektive Gründe; sie ergäben sich aus den räumlichen Verhältnissen und dem Verwendungszweck der jeweiligen Räume. In den jeweiligen Besprechungsräumen müsse eine bestimmte Personenanzahl Platz finden und eine Bestuhlung inklusive Tische in unterschiedlichen Formaten möglich sein. Vor diesem Hintergrund seien die Maße insbesondere auch für die ausgeschriebenen Besprechungstische und Besprechungsstühle sowie die möglichen Maßabweichungen festgelegt worden. Eine Abweichung von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses in diesem Punkt

würde Änderungen in der gesamten Planung durch den Antragsgegner notwendig machen und die Umsetzung des Konzepts in den örtlichen Gegebenheiten unmöglich machen. Ein Auftraggeber dürfe innerhalb der Grenzen des Diskriminierungsverbots und des Grundsatzes des fairen Wettbewerbs seinen Ermessensspielraum hinsichtlich der zu beschaffenden Leistung ausüben und damit auch hinsichtlich der Festlegung der konkreten Maße an die zu beschaffenden Produkte Festlegungen treffen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass im Mood Board Leitprodukte festgelegt seien und die Produkte anderer Bieter dadurch ausschieden, sei falsch und werde auf Rechtsprechung zum objektiven Erklärungswert von Festlegungen in Ausschreibungen verwiesen. Im Leistungsverzeichnis sei mehrfach festgelegt worden, dass das Mood Board hinsichtlich Optik, Ausführung, Oberflächen und Form lediglich als Orientierung hinsichtlich des gestalterischen Gesamtkonzepts diene (zum Beispiel LV-Pos. 60.1001A, 60.1002B, 60.1005W). Dies sei auch durch die ergänzende Festlegung, welche am 13.10.2023 auf der Vergabepattform veröffentlicht worden sei, deutlich gemacht.

Unrichtig sei auch, dass durch die Berücksichtigung des Mood Board im Rahmen des Kriteriums Ästhetik eine Bevorzugung von Produkten erfolge, wodurch andere Hersteller von vornherein ausschieden. Zuschlagskriterien könnten selbst bei Nichterfüllen nicht zum Ausscheiden eines Angebotes führen. Art 67 RL 2014/24/EU nenne dezidiert ästhetische Aspekte als mögliches Zuschlagskriterium. Das Zuschlagskriterium Ästhetik sei in 5 Bewertungsaspekte untergliedert, welche in der Verfahrensordnung – Teil A genauer präzisiert seien. Einer dieser 5 Bewertungsaspekte sei „Gestalterische Kohärenz mit dem Mood Board“ (70 Punkte). Dabei werde die Übereinstimmung mit dem gestalterischen Gesamtkonzept hinsichtlich Design, Architektur, Formgebung, Formensprache und Gestaltung, wie es im Mood Board zum Ausdruck kommt, bewertet. Diese Bewertung erfolge durch eine Bewertungskommission nach einem sechsstufigen System und jedes Kommissionsmitglied beurteile die angebotenen Produkte in einem Gesamteindruck. Das Vorgehen der Bewertungskommission sei in Punkt 13 der Verfahrensordnung festgelegt.

Darüber hinaus nehme das Subzuschlagskriterium Ästhetik im Bewertungsaspekt „Gestalterische Kohärenz mit dem Mood Board“ Bezug auf das Mood Board. Hierbei

handle es sich um einen Teilaspekt in diesem Subzuschlagskriterium, weil daneben mit den Aspekten „Einheitliche Formensprache innerhalb der angebotenen Produkte“ und den anderen drei Bewertungsaspekten zur Einheitlichkeit der angebotenen Produkte auch Bewertungen zum Tragen kämen, die dezidiert nicht mit dem Mood Board in Zusammenhang stünden, sondern unabhängig von diesem auf Kohärenz innerhalb des einzelnen Angebots Bezug nehmen. Auch sei festzuhalten, dass auf jenen Bewertungsaspekt, welcher sich auf das Mood Board beziehe, nur 70 Punkte von 1000 entfielen; dieser Bewertungsaspekt habe somit eine Gewichtung von nur 7%.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass die Ausschreibungsunterlagen insbesondere aufgrund des Mood Board dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit widersprächen, sei festzuhalten, dass dieser Grundsatz keine subjektiven Rechte gewähre. Dazu werde auf die Erläuternden Bemerkungen zu Art. 126b Abs. 5 B-VG verwiesen und festgehalten, dass Zweck eines Nachprüfungsverfahrens ausschließlich die subjektive Rechtsdurchsetzung sei. Darüber hinaus liege ein solcher Verstoß nicht vor. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit stehe in engem Konnex zum Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen und sei stets in diesem Zusammenhang zu sehen. Auch liege entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht bereits ein Angebot vor bzw. gebe es keine Vorauswahl. Der Antragsgegner werde im Rahmen des gegenständlichen Projekts von einem Ziviltechnikerbüro fachlich begleitet. Der geschätzte Auftragswert sei sorgfältig und sachkundig ermittelt, es seien Kostenwerte aus bisheriger Erfahrung inklusive eines prozentualen Aufschlags herangezogen worden und zeige gerade die ungerundete Summe i.H.v. xxx.xxx,25 EUR, dass eine solche sachkundige Schätzung erfolgt sei und sich diese nicht auf bloß gerundete überschlagsmässige Annahmen stütze.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass sich aus der fehlenden Trennung zwischen Möblierung und Akustik die gezielte Ausrichtung der Ausschreibung auf die im Mood Board enthaltenen Leitprodukte ergebe, sei nicht richtig. Das übliche Standardportfolio möglicher Bieter umfasse sowohl Möblierung als auch Akustikpaneele. Es sei daher keineswegs ungewöhnlich, diese Produkte zusammenzufassen. Die Zusammenfassung sei aus wirtschaftlichen, organisatorischen und gestalterischen Gesichtspunkten nachvollziehbar. Zudem

würden die genauen schalltechnischen Anforderungen wie auch die genauen Abmessungen in den Positionen der Leistungsgruppe 60.20 des Leistungsverzeichnisses vorgegeben und den Bietern die entsprechenden Pläne zur Verfügung gestellt. Es seien daher von den Bietern keine besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten im Bereich der Schallakustik gefordert, welche nur spezialisierte Schallakustiker erbringen könnten. Die Bildung von Bietergemeinschaften wie auch die Heranziehung von Subunternehmern sei zulässig und verfügten potentielle Bieter üblicherweise über ein Netzwerk an Lieferanten und Subunternehmern und damit über entsprechende Bezugsquellen. Diese ergänzenden Informationen habe der Antragsgegner am 13.10.2023 über das Vergabeportal veröffentlicht.

Schließlich treffe auch das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Ausschreibungsunterlagen die Anforderungen des § 104 BVergG 2018 an eine eindeutige, vollständige und neutrale Leistungsbeschreibung nicht erfüllten und eine Vergleichbarkeit der Angebote dadurch nicht gewährleistet sei, nicht zu, wozu auf die Festlegungen im Leistungsverzeichnis verwiesen werde. So werde in Punkt 7 des Leistungsverzeichnisses – Teil C allgemein festgelegt, dass jede Bezugnahme auf bestimmte technische Spezifikationen grundsätzlich mit dem Zusatz gelte, dass auch rechtlich zugelassene gleichwertige technische Spezifikationen vom Auftraggeber anerkannt würden, sofern die Gleichwertigkeit vom Auftragnehmer nachgewiesen werde. Soweit im Leistungsverzeichnis Leitprodukte vorgesehen seien, seien Mindestanforderungen an die Gleichwertigkeit festgelegt und gelte gemäß Punkt 5 des Leistungsverzeichnisses, dass in den Bieterlücken jeweils gleichwertige Produkte angeboten werden können. Für den Fall, dass keine Produkte in den Bieterlücken eingetragen seien, sehe Punkt 5 des Leistungsverzeichnisses vor, dass die beispielhaft genannten Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme als angeboten gelten.

Die festgelegten Maße hinsichtlich der Besprechungsstühle erfüllten zudem diverse Produkte unterschiedlicher Hersteller.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung sei daher abzuweisen. Selbst wenn das Verwaltungsgericht Rechtswidrigkeiten erkennen möge, sei nicht die

gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, sondern gemäß § 23 Abs. 2 WVRG 2020 lediglich die entsprechenden Festlegungen zu streichen.

Am 22.11.23 fand die beantragte mündliche Verhandlung statt. Am Ende der Verhandlung wurde die Entscheidung mündlich verkündet. Am 27.11.2023 wurde von der Antragstellerin ein Antrag auf Langausfertigung gestellt.

Das Verwaltungsgericht Wien hat festgestellt und erwogen:

Nachstehender Sachverhalt wird als erwiesen festgestellt:

Der Auftraggeber führt ein offenes Verfahren als Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, nämlich den Umbau und die Neugestaltung des Besprechungstraktes. In diesem Trakt waren bisher schon Besprechungsräume und Räume in einer gemischten Nutzung, als Büro und Besprechungszimmer, vorhanden. Nunmehr soll dieser Trakt komplett neu gestaltet werden und ein Trakt nur für Besprechungen entstehen, wobei eine einheitliche Gestaltung dieser Besprechungsräumen erfolgen soll. Das Vergabeverfahren wird über den ANKÖ geführt.

Der Auftragsgegenstand ist insoweit in Lose gegliedert, als die Innenausstattung ein eigenes Los ist und Trockenbauarbeiten sowie andere bauliche Maßnahmen nicht Gegenstand dieses Loses sind.

Aufgrund der geplanten einheitlichen Neugestaltung und des Umbaus dieses Traktes soll eine Beschaffung über die Rahmenvereinbarung mit der Stadt Wien, aus welcher der Auftraggeber abrufen darf und welcher die Antragstellerin angehört, nach der Entscheidung des Auftraggebers nicht erfolgen. Die Beschaffung der Möblierung ist in einen umfassenden Gesamtauftrag eingebettet, dem ein gestalterisches Gesamtkonzept zugrunde liegt.

Für das gegenständliche Los ist ein Gesamtangebot zu legen.

Im Vergabeverfahren sind Fragebeantwortungen ergangen, die auf der ANKÖ-Plattform veröffentlicht wurden. Die Antragstellerin kennt diese Fragebeantwortungen.

Dem Vergabeakt zu Folge sind zum geschätzten Auftragswert keine Fragen gestellt worden. Der geschätzte Auftragswert in Höhe von EUR xxx.xxx,25 basiert auf einer Kostenschätzung durch das begleitende Architektenbüro aufgrund von Erfahrungswerten, welche in einer internen Datenbank des begleitenden Architektenbüros gesammelt werden. Aufgrund der Preisdaten in dieser Datenbank wurde die Kostensteigerung valorisiert und auf ganze Euro-Beträge gerundet. Zu diesem Ergebnis wurden dann 5 % als Reserve für Eventualitäten aufgeschlagen, eine Rundung ist dann nicht mehr erfolgt.

Für das Vergabeverfahren wurde vom begleitenden Architektenbüro ein Mood Board erstellt, damit der Auftraggeber ein Bild über mögliche Funktionen und Designideen für diesen Besprechungstrakt hinsichtlich Farbgestaltung, Folierung, Trennwänden, Holzoberflächen, Bepflanzungen etc. erhalten kann. Im Mood Board wird auf das Leistungsverzeichnis verwiesen, d.h. auf bestimmte Positionen, auf welcher Positionsnummer genauere Spezifizierungen festgelegt sind. Das Mood Board enthält Elemente (etwa Boden, Trennwand, Wand), die vom gegenständlich ausgeschriebenen Lieferauftrag nicht umfasst sind. Diese Elemente (etwa Boden, Trennwand, Wand) sind nur bildlich abgebildet und tragen den Zusatz „Dieser Bereich ist nicht Gegenstand der Ausschreibung „lose Möblierung““. Über das Mood Board erfolgt eine losübergreifende Abstimmung etwa hinsichtlich der farblichen Gestaltung betreffend Boden, Trennwand und Wand etc.. Das Mood Board ist vom begleitenden Architektenbüro unter Zuhilfenahme der Internetseite B. erstellt und gestaltet worden. Der Antragstellerin ist diese Internetseite bekannt.

An mehreren Stellen in der Ausschreibung (z.B. LV-Pos. 60.1001A, 60.1002B, 60.1005W) und in der Fragebeantwortung vom 23.10.2023 wird festgehalten, dass das Mood Board als Orientierungshilfe hinsichtlich des gestalterischen Gesamtkonzepts dient. Die Festlegung zu Position 60.0100D Z Mood Board lautet:

60.0100D Z Mood Board

Das der Ausschreibung beiliegende Mood Board ist mit dem Auftraggeber abgestimmt und dient als Orientierung hinsichtlich des gestalterischen Gesamtkonzepts.

Die im Mood Board angeführten Materialien, Produkte, Oberflächen etc. entsprechen den Vorstellungen des Auftraggebers hinsichtlich Design, Architektur, Farbgebung, Formensprache und Gestaltung.

Die angebotenen Produkte sind durch Produktdatenblätter und Prospektunterlagen zu dokumentieren und dem Angebot beizulegen.

(Erstellung einer Beurteilungsmappe)

Im Mood Board werden keine verbindlichen Leitprodukte festgelegt und keine Mindestvorgaben gegeben, es ist als Orientierungshilfe gedacht. Lediglich bei der Angebotsbewertung kommt dem Mood Board beim Bewertungsaspekt „Gestalterische Kohärenz mit dem Mood Board“ Bedeutung zu (siehe weiter unten).

Hinsichtlich der Maßabweichungen ist in der Ausschreibung eine allgemeine Regel festgelegt, die eine Abweichung von +/-3 cm erlaubt. Lediglich hinsichtlich der Besprechungstische und Besprechungsstühle gibt es eine eigene Regel. Bei den Besprechungstischen darf die Höhe +/-2 cm, die Tiefe 60 cm bis 70 cm betragen, die Länge ist fix mit 140 cm festgelegt. Für die Besprechungsstühle sind Maßabweichungen vom +/-2 cm in Länge, Breite und Höhe festgelegt.

Hinsichtlich der Maße bei den Sesseln (und sonstigen Möbeln) wird mit einem fiktiven Rechteck eine eventuelle Abweichung festgestellt, wobei die Breite bei Sesseln üblicherweise bei den Beinen der Sessel als breitester Stelle gemessen wird und die Höhe der Sessel bis zum oberen Abschluss der Rückenlehne gemessen wird. Für die Sitzhöhe besteht ein übliches Maß.

Die Festlegungen zu den Maßabweichungen sind seitens des Auftraggebers in erster Linie aus Platzgründen erfolgt. Die Breite und Tiefe der Sessel wird für den Platzbedarf als wesentlich angesehen, wobei zu tiefe Sessel die Freihaltung der Fluchtwege erschweren könnten und gestalterische Aspekte mitentscheidend waren.

Eine zu geringe Höhe der Sessellehne könnte den Sitzkomfort beeinträchtigen, eine zu große Höhe der Lehne wurde insbesondere aus gestalterischen Aspekten ausgeschlossen, weil die Höhe in Relation zur Breite und zur Tiefe der Sessel stehen soll.

Hinsichtlich der Akustik-Paneele hat sich der Auftraggeber gegen eine Losvergabe entschieden und die Beschaffung der Akustik-Paneele beim gegenständlichen Lieferauftrag ausgeschrieben, wobei die Akustik-Paneele auch zu montieren sind. In der Ausschreibung (Positionen der Leistungsgruppe 60.20 des Leistungsverzeichnisses) finden sich konkrete und spezifizierte Festlegungen hinsichtlich der zu beschaffenden und zu montierenden Akustik-Paneele. Der Auftraggeber wollte die Akustik-Paneele nicht bei der Bodenbeschaffung, also einem Bauauftrag, ansiedeln, weil dies einen anderen Auftragsgegenstand darstellt. Dass Akustik-Paneele – wie etwa Wandgarderoben – gegenständlich im Zuge dieses Lieferauftrages zu liefern und zu montieren sind, erscheint vor allem in Hinblick auf das gestalterische Gesamtkonzept adäquat.

In der Ausschreibung ist das Bestangebotsprinzip (Preis 600 Punkte, Qualität 400 Punkte) festgelegt. Es sind Zuschlagskriterien, Subzuschlagskriterien und Bewertungsaspekte vorgesehen. Das Zuschlagskriterium Qualität gliedert sich in Nachhaltigkeit (60 Punkte), Lieferzeit (80 Punkte), Qualität der angebotenen Produkte (50 Punkte) und Ästhetik (210 Punkte). Das Subzuschlagskriterium Ästhetik ist weiter in insgesamt 5 Bewertungsaspekte untergliedert. Bei „Gestalterische Kohärenz mit dem Mood Board“ (70 Punkte) handelt es sich um eines der fünf Bewertungsaspekte zum Subzuschlagskriterium „Ästhetik“. Zur Beurteilung dieses Bewertungsaspektes ist eine Bewertungskommission vorgesehen, deren Vorgehen in Punkt 13.6 der Verfahrensordnung festgelegt ist. Die von den Bietern übermittelten Produkte, Muster und Fotos werden von der Bewertungskommission einem Vergleich mit dem Mood Board hinsichtlich der gestalterischen Übereinstimmung aufgrund des Gesamteindrucks unterzogen und subjektiv bewertet. Es handelt sich bei der Bewertung von „Gestalterische Kohärenz mit dem Mood Board“ (70 Punkte) um den einzigen subjektiven Bewertungsaspekt. Die restlichen 140 Punkte der restlichen vier Bewertungsaspekte unterliegen einer objektiven Beurteilung abseits des Mood Board.

Diese Feststellungen gründen auf dem unbestrittenen Vergabeakt, den im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Urkunden, der Würdigung des Vorbringens und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

Rechtliche Würdigung:

Der Auftraggeber ist unbestritten öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018, der einen Lieferauftrag im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben hat, nämlich das oben bezeichnete Beschaffungsvorhaben samt Montage.

Das Verfahren befand sich im Stadium vor Angebotsöffnung, als die Antragstellerin fristgerecht einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung eingebracht hat, der den Formalvoraussetzungen des § 20 WVRG 2020 gerade noch entsprochen hat.

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 20.10.2023 zu VGW-124/074/13227/2023 antragsgemäß erlassen.

Die Antragstellerin beantragte mit gegenständlichem Antrag die Nichtigerklärung der Ausschreibung zu den Punkten Maße/Abweichungen, Akustik-Paneele und Bewertungskriterium etc..

Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbs und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. Wesentlich ist jedoch in Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter, dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschrieben Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben sind bzw. nicht so umschrieben sind, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (VwGH 22.3.2023, Ro2019/04/0234, mwN).

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat, besteht insbesondere im Kontext eines einheitlichen Binnenmarktes mit echtem Wettbewerb für das Unionsrecht ein Interesse daran, dass die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung sichergestellt wird (vgl. VwGH 18.6.2012, 2010/04/0011, mwN).

Durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist als Leitlinie vorgegeben, dass der Auftraggeber bei der Festlegung des Leistungsgegenstandes grundsätzlich frei ist, soweit er das Diskriminierungsverbot sowie die Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und den Wettbewerbsgrundsatz beachtet (VwGH 22.3.2023, Ro2019/04/0234, mwN).

Bei den Festlegungen in der Ausschreibung zu den Maßabweichungen bei Besprechungstischen und –stühlen handelt es sich um Mindestanforderungen der Leistung. Die Maßabweichungen wurden zum Teil aus funktionalen Erwägungen und zum Teil aus gestalterischen Aspekten festgelegt, wie der Auftraggeber dies in der mündlichen Verhandlung veranschaulicht und konkretisiert hat. Die Entscheidung des Auftraggebers, eine Maßabweichung bei den Besprechungstühlen von +/- 2 cm in Länge, Breite und Höhe zuzulassen, hat funktionale Gründe hinsichtlich des Platzangebotes bzw. Platzbedarfs. Auch wurden Überlegungen zur Freihaltung des Fluchtweges angestellt, die diese Maßabweichungen zu begründen vermögen. Durch diese Überlegungen des Auftraggebers in funktionaler Hinsicht sind sachliche Gründe für diese Festlegung gegeben.

Weiters besteht für die Maßabweichung +/- 2 cm bei der Lehnenhöhe der Sessel, soweit höhere Lehnen betroffen sind, ein sachlicher Grund auch darin, dass ein gestalterischer Aspekt berücksichtigt wurde, wonach die Höhe der Sessel in einer Relation zur Breite und zur Tiefe stehen soll.

Dass die Besprechungstische eine Breite von 60-70 cm aufweisen, wurde ebenso mit dem Platzbedarf in Besprechungszimmern begründet. Es wurde demnach eine Spanne, bei den Besprechungstischen +/- 10 cm in der Tiefe, festgelegt, die eine Beteiligung von möglichst vielen Bietern aufgrund der unionsweiten Ausschreibung ermöglichen soll.

Dem Auftraggeber steht insoweit ein Ermessensspielraum für die diesbezüglichen Festlegungen zu. Dass durch die Festlegung der Maßabweichungen bei Besprechungstischen und –stühlen bestimmte Produkte oder Bieter bevorzugt würden, ist im Verfahren nicht hervorgekommen. Vielmehr soll durch eine unionsweite Ausschreibung ein möglichst großer Bieterkreis angesprochen werden. Auch konnte der Auftraggeber die Festlegung durch sachliche Gründe erklären, womit er seinen Ermessensspielraum in diesem Punkt nicht überschritten hat.

Das in der Ausschreibung festgelegte Mood Board dient der gestalterischen Abstimmung der Innenausstattung mit der übergreifenden innenarchitektonischen Gestaltung des Gesamtauftrages. Es soll hinsichtlich Optik, Ausführung, Oberflächenform als Orientierungshilfe dienen. Es legt keine verbindlichen Leitprodukte und keine Mindestvorgaben fest. Die Mindestvorgaben befinden sich im Leistungsverzeichnis. Das Mood Board verweist auf einzelne Positionen im Leistungsverzeichnis und enthält wiederum Elemente (etwa Boden, Trennwand, Wand), die vom gegenständlich ausgeschriebenen Lieferauftrag nicht umfasst sind. Daraus, dass einerseits bestimmte Positionen im Leistungsverzeichnis explizit im Mood Board zu einzelnen Elementen genannt sind, andere (etwa Boden, Trennwand, Wand) hingegen nur abgebildet sind und den Verweis tragen *„Dieser Bereich ist nicht Gegenstand der Ausschreibung „lose Möblierung““*, erscheint die Absicht des Auftraggebers, einen gestalterischen Gesamteindruck für den Gesamtauftrag zu verfolgen, dargelegt. Es wird damit auch die Funktion des Mood Board als Orientierungshilfe evident, da es losübergreifend einen gestalterischen Gesamteindruck vermitteln soll.

Im Verfolgen eines übergreifenden gestalterischen Zwecks, einer Abstimmung der Innenausstattung hinsichtlich Design, Architektur, Farbgebung, Formensprache und Gestaltung hat sich der Auftraggeber zur Erstellung eines Mood Board entschieden, das vom begleitenden Architekten via B. erstellt wurde. Durch die Verwendung dieses Mood Board im Ausschreibungsverzeichnis werden keine Bieter bevorzugt, da es lediglich der Orientierung dient, und der Auftraggeber einen einheitlichen gestalterischen Gesamteindruck im Besprechungstrakt verfolgt. Es war die Verwendung eines Mood Board im gegenständlichen Fall nicht als diskriminierend anzusehen.

Das Mood Board ist einzig bei der Angebotsbewertung mittels festgelegter Zuschlagskriterien von Bedeutung, da im Bewertungsaspekt „Gestalterische Kohärenz mit dem Mood Board“ durch eine Bewertungskommission 70 von 1000 Punkten vergeben werden können. Die „Gestalterische Kohärenz mit dem Mood Board“ stellt ein qualitatives Bewertungskriterium dar, welches durch die Bewertungskommission subjektiv mittels Punktevergabe (70 Punkte) bewertet wird. Es ist im Sub-Zuschlagskriterium „Ästhetik“ das einzige subjektiv zu bewertende Kriterium. Beurteilt wird dabei, wie gut die jeweils angebotene Leistung dem gestalterischen Gesamtkonzept des Auftraggebers entspricht, wobei vom Bieter Produktmuster und Fotos beizubringen sind. Die gewählte Vorgangsweise der subjektiven Beurteilung dieses ästhetischen Aspekts durch die Bewertungskommission mittels Punktevergabe kann nicht als rechtswidrig erachtet werden. Die Zusammensetzung der Bewertungskommission und das Vorgehen bei der Bewertung sind in der Ausschreibung festgelegt und wurden nicht angefochten.

Der Auftrag betreffend die Akustik-Paneele umfasst die Lieferung samt zugehöriger Montage. Die erfolgte Eingliederung dieser Lieferleistung in das gegenständliche Los konnte vom Senat nicht als unsachlich erkannt werden. Der Auftraggeber hat auf EU-weite Erfahrungswerte hingewiesen, wonach Anbieter von Möbeln auch derartige Akustik-Paneele anbieten und liefern. Die Vorgaben an diese Akustik-Paneele wurden in der Ausschreibung konkret festgelegt, sodass die Bieter insoweit keine eigene akustische Beurteilung vorzunehmen haben. Dass der Bieter eine gesonderte Losvergabe dieser Leistungsgruppe als empfehlenswert ansieht, steht der Entscheidung des Auftraggebers entgegen, hier kein eigenes Los zu bilden und ein Gesamtangebot einzuholen. Aus diesem Grund hat der Auftraggeber auch die konkreten Anforderungen an die Akustik-Paneele in die Ausschreibung aufgenommen. Inwieweit hier eine Einschränkung des Wettbewerbs oder die Bevorzugung bestimmter Bieter erfolgen soll, war für den Senat nicht zu erkennen, vielmehr hat der Auftraggeber auch bei dieser Anforderung von seinem Ermessen im angemessenen Rahmen Gebrauch gemacht.

Zum geschätzten Auftragswert ist auszuführen, dass der planende Architekt den Auftragswert sachkundig auf Grund interner Daten aus verschiedenen früheren

Aufträgen errechnet hat. Der sehr präzise Auftragswert hat sich dabei aus einem Rechengang ergeben, der im Nachprüfungsverfahren dargestellt wurde und keinen vergaberechtlichen Bedenken begegnet. Auf eine bestimmte Bieter- oder Produktbevorzugung konnte daraus nicht geschlossen werden.

Ein Abruf aus der mit der Antragstellerin bestehenden Rahmenvereinbarung ist aus sachlich nachvollziehbaren Gründen deswegen nicht erfolgt, weil die Beschaffung der Möblierung in einen umfassenden Gesamtauftrag eingebettet ist, dem ein gestalterisches Gesamtkonzept zu Grunde liegt. Der Auftraggeber hat in diesem Zusammenhang auch von einem „Sonderstatus“ der gegenständlichen Beschaffung gesprochen und dies im Nachprüfungsverfahren erläutert und dargestellt. Eine Wettbewerbseinschränkung war darin nicht zu erkennen. Der Auftraggeber hat seinen Ermessensspielraum genützt und seinen Beschaffungsvorgang im rechtlich zulässigen Rahmen gestaltet.

Hinsichtlich des im Antrag geäußerten Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit ist festzuhalten, dass dessen Durchsetzbarkeit kein subjektives Recht der Antragstellerin darstellt, welchem Zweck ein Nachprüfungsverfahren jedoch ausschließlich dient.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 15 Abs. 1 WVRG 2020. Das für einen Kostenersatz durch den Auftraggeber erforderliche zumindest teilweise Obsiegen liegt gegenständlich nicht vor.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem

Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr. Opperl