

Dr. Johannes Schramm, MBL
Dr. Matthias Öhler
Dr. Georg Zellhofer
Mag. Gregor Stickler
Dr. Andreas Gföhler
Mag. Hannes Pesendorfer
Mag. Christian Gruber
Mag. Michael Weiner

Dr. Dagmar Malin
Mag. Christian Unger
Mag. Leo Haslhofer
Dr. Christian Eder
Mag. Riccarda Pinetz-Peck
Kristina Schneebauer, LL.M.(dzt in Karenz)
Mag. Felix Breitwieser, LL.M.
Mag. Jacqueline Guger
Mag. Sabrina Glechner

Stellungnahme

Land NÖ, Amt der NÖ Landesregierung

**Abt. Internationale und Europäische Angelegenheiten
(LAD 4)**

Beurteilung der Beschaffung für das
INTERREG-Projekt „VALID“ im Rahmen des
INTERREG-Programms Österreich-Tschechien
2014-2020

Inhaltsverzeichnis

1. Ausgangslage und Sachverhalt.....	3
1.1. Beschaffungsvorhaben [REDACTED].....	3
1.2. Beschaffung eines Gaschromatographen.....	3
1.3. Beschaffung eines Probengebers.....	4
1.4. Beschaffung einer Software.....	5
1.5. Relevante Schwellenwerte.....	5
1.6. Fragestellung.....	6
1.7. Unterlagen für diese Stellungnahme.....	6
2. Rechtsgrundlagen für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts nach dem BVergG 2018.....	6
2.1. Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes – § 13 BVergG 2018.....	6
2.2. (Besondere) Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (am Beispiel Lieferleistungen) – § 15 BVergG 2018.....	7
2.3. Der vergaberechtliche Vorhabensbegriff – § 13 Abs 1 BVergG 2018.....	8
2.4. Ermittlung des geschätzten Auftragswerts – § 13 Abs 3 BVergG 2018.....	9
2.5. Verbot des „Auftragssplittings“ – § 13 Abs 5 BVergG 2018.....	10
2.6. Zusammenrechnung bei Gleichartigkeit von Lieferleistungen – §15 Abs 3 BVergG 2018 10	
3. Anwendung auf den konkreten Sachverhalt.....	12
3.1. Zu Frage 1.....	12
3.1.1. Gleichartigkeit der Fertigungsmethoden und der verwendeten Stoffe?.....	12
3.1.2. Einheitlicher Verwendungszweck?.....	12
3.1.3. Einheitlicher Bieterkreis?.....	13
3.1.4. Gesamtbeurteilung.....	14
3.2. Zu Frage 2.....	17
4. Risikoanalyse.....	17

1. Ausgangslage und Sachverhalt

1.1. Beschaffungsvorhaben [REDACTED]

- 1 Nach den uns mitgeteilten Informationen führte die Auftraggeberin [REDACTED] [REDACTED] in den Jahren 2020 und 2021 folgende, für diese Stellungnahme relevante, Beschaffungsvorhaben durch:
 1. Beschaffung eines Gaschromatographen im Zuge einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 47 BVergG 2018
 2. Beschaffung eines Probengebers im Zuge einer Direktvergabe gemäß § 46 BVergG 2018
 3. Beschaffung einer Software im Zuge einer Direktvergabe gemäß § 46 BVergG 2018
- 2 [REDACTED] handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin iSd § 4 Abs 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018).¹ [REDACTED]
- 3 Alle drei Vergabeverfahren sind Teil des Projektes „Valid“ (Interreg V-A AT-CZ 2014-2020, ATCZ226) und werden aus Mitteln des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung kofinanziert.
- 4 Von der Kontrollstelle wurde beanstandet, dass eine wirtschaftliche Einheit der Teilaufträge (Gaschromatograph, Probengeber sowie Software) vorliegen würde und somit eine Zusammenrechnung „aller 3 Liefergegenstände“ unumgänglich gewesen wäre. Als Begründung wird angeführt, dass es sich um denselben Bieterkreis handle und aufgrund möglicher Paketpreise Vergünstigungsmöglichkeiten bestanden hätten. Es handle sich um unzulässiges Auftragsplitting, was zur Folge hätte, dass Bekanntmachungsbestimmungen und die Wahl des zulässigen Vergabeverfahrens nicht eingehalten worden wären. Darüber sei auch die durchgeführte Auftragswertschätzung mangelhaft.
- 5 Konkret stellten sich die Beschaffungsvorgänge wie nachfolgend ausgeführt dar.

1.2. Beschaffung eines Gaschromatographen

- 6 Gegenstand des Beschaffungsvorhabens „Gaschromatograph“ war die Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme eines Gaschromatographen zur Durchführung von zweidimensionalen GC-Trennungen mit massenspektrometrischer Detektion samt entsprechender Einschulung auf das Gerät.
- 7 Bei einem Gaschromatographen handelt es um ein Analysegerät, mit dessen Hilfe Probengemische in ihre einzelnen Bestandteile aufgetrennt und der Gehalt jeder Komponente bestimmt werden kann. Ein Probengeber sowie eine gesonderte Analysesoftware ist für die volle Funktionsfähigkeit eines Gaschromatographen nicht erforderlich.

¹ Vgl. ua BVwG 29.4.2019, W134 2214311-3; BVwG 8.8.2014, W139 2006041-2.

- 8 Die durchgeführte Auftragswertschätzung hat einen geschätzten Auftragswert iHv ca. EUR 83.340,00 bis 125.000,00² ergeben. Die Auftragswertschätzung wurde von [REDACTED] durchgeführt, welcher laut Aktenvermerk über jahrelange Erfahrung mit dem Betrieb und der Anschaffung ähnlicher Systeme verfügt. Für die Berechnung wurde auf Erfahrungen aus früheren Anschaffungen von Gaschromatographen zurückgegriffen. In der „Checkliste zur Prüfung von Vergaben gemäß BVergG 2018 in EU-Projekten“ ist ein geschätzter Nettogesamtauftragswert iHv EUR 120.000,00 angeführt.
- 9 Für die Beschaffung wurde eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 47 BVergG 2018 gewählt und durchgeführt.
- 10 Die Vergabe erfolgte nach den Kriterien „Preis“ und „technische Funktionalität“ (Gewichtung mit jeweils 50 %).
- 11 Mit Ende der Angebotsfrist am 22.01.2021 langte ein Angebot des Unternehmens [REDACTED] mit einer Angebotssumme iHv EUR 127.903,60 (exkl. USt.) ein.

1.3. Beschaffung eines Probengebers

- 12 Gegenstand dieses Beschaffungsvorhabens war die Lieferung und Installation eines Probengebers. Ein Probengeber dient zur Probenaufarbeitung, Probenvorbereitung, Extraktion, Derivatisierung oder auch zur Verdünnung von Proben.
- 13 Die durchgeführte Auftragsschwertschätzung hat einen geschätzten Auftragswert iHv EUR 4.200,00 bis 41.670,00³ (exkl. USt.) ergeben. Wie auch bei der Beschaffung des Gaschromatographen wurde die Auftragswertschätzung von [REDACTED] durchgeführt und auf Erfahrungen aus früheren Anschaffungen von Probengebern zurückgegriffen. Im Aktenvermerk zur Auftragswertschätzung wurde festgehalten, dass das Preisniveau insbesondere von der Ausstattung abhängt. Die geforderte Anwendung beschränkte sich bei der gegenständlichen Beschaffung auf die Probenaufgabe, weshalb mit Angeboten von bis zu EUR 41.670,00 gerechnet wurde.
- 14 Die Beschaffung erfolgte Im Wege einer Direktvergabe gemäß § 46 BVergG 2018.
- 15 Es wurden folgende Angebote eingeholt:
 - [REDACTED]
- 16 Der Zuschlag wurde dem Angebot der [REDACTED] erteilt. Beim Probengeber dieses Lieferanten handelt es sich um ein generalüberholtes („refurbished“) Modell. In der

² Bei den im Dokument „5.1_03_Kostensch_C3_A4tzung_Gaschromatograph.pdf“ angeführten Werten iHv EUR 100.000,00 bis 150.000,00 handelt es sich nach dem Schreiben „Beschwerde gegen eine Entscheidung der Kontrollstelle“ um Preise inkl. USt: „Hier wurde irrtümlich der ursprüngliche Wert inkl. USt. gemeldet.“ Die Werte im Text wurden aufgerundet.

³ aufgerundeter Wert; zur Anmerkung hinsichtlich der USt. siehe Fußnote 2.

Vergabeentscheidung wurde dazu festgehalten, dass die Beschaffung eines solchen Gerätes auch im Sinne der allgemeinen Ressourcenschonung und der Leitprinzipien der Auftraggeberin liegt.

1.4. Beschaffung einer Software

- 17 Gegenstand der Beschaffung war die Lieferung einer Software, die für die Auswertung von mehrdimensionalen Chromatographiedaten geeignet ist. Die Möglichkeit der Datenauswertung ist nicht auf eine bestimmte Art von Analysegerät (wie z.B. einem Gaschromatographen) beschränkt, sondern die Software kann gewonnene Daten von Geräten verschiedenster Hersteller verarbeiten und auswerten.
- 18 Nach den uns bekannten Informationen programmieren die Anbieter der Gaschromatographen diese Software nicht selbst, sondern kaufen diese ebenfalls zu oder verweisen auf spezialisierte Unternehmen.
- 19 Die durchgeführte Auftragswertschätzung hat einen geschätzten Auftragswert iHv EUR 4.200,00 bis 33.340,00 (exkl. USt.)⁴ ergeben. Die Auftragswertschätzung von ebenfalls [REDACTED] durchgeführt und es wurde auf Erfahrungen aus früheren Anschaffungen von Chromatographiesoftware zurückgegriffen.
- 20 Die Beschaffung erfolgte im Wege eine Direktvergabe gemäß § 46 BVergG 2018.
- 21 Es wurden folgende Angebote eingeholt:
 - [REDACTED] EUR 14.304,00
 - [REDACTED] EUR 21.515,58
 - [REDACTED]
EUR 27.093,00
- 22 In der Vergabeentscheidung wird festgehalten, dass nur die Produkte „GCImage“ und „Chromspace“ grundsätzlich für den Bedarf ausgereift genug sind. Die Auftraggeberin hat den Auftrag an [REDACTED] mit der Software „Chromspace+“ inkl. „ChromCompare“ vergeben, da diese Software im Unterschied zu „GCImage“ mehr Möglichkeiten für die Auswertung der gemessenen Proben zur Verfügung stellt. Hinsichtlich des Angebotes der [REDACTED] wird darauf hingewiesen, dass das Unternehmen nur als Wiederverkäuferin der Software auftritt.

1.5. Relevante Schwellenwerte

- 23 Im gegenständlich relevanten Zeitraum – somit Ende 2020 bis zum Ende des ersten Quartals 2021 – war

⁴ zur Anmerkung hinsichtlich der USt. siehe Fußnote 2.

- eine **Direktvergabe** gemäß § 46 BVergG 2018 zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert einen Betrag iHv **EUR 100.000,00⁵** nicht erreicht; und
- eine **Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung** gemäß § 47 BVergG 2018 zulässig, wenn der geschätzten Auftragswert einen Betrag iHv **EUR 130.000,00⁶** nicht erreicht.

24 Die Vergabe von Lieferleistungen im (EU-)Oberschwellenbereich war im relevanten Zeitraum verpflichtend, wenn der geschätzte Auftragswert mindestens EUR 214.000,00⁷ betragen hat.

1.6. Fragestellung

25 Folgende Fragestellungen sind im Rahmen dieser vergaberechtlichen Stellungnahme zu prüfen:

- Frage 1: Können die im Rahmen des Projektes „Valid“ (Interreg V-A AT-CZ 2014-2020, ATCZ226) beschafften Lieferleistungen als getrennte Vorhaben qualifiziert werden, deren geschätzte Auftragswerte nicht zusammenzurechnen sind?
- Frage 2: Wurde die Auftragswertschätzung vergabekonform durchgeführt?

1.7. Unterlagen für diese Stellungnahme

26 Folgende Unterlagen und Informationen standen uns bei der Erstellung dieser vergaberechtlichen Stellungnahme zur Verfügung: Informationen aus der Besprechung vom 1.3.2023 beim Land NÖ, Amt der NÖ Landesregierung; umfangreiche Vergabeakte zu den Verfahren „Gaschromatograph“, „Probengeber“ und „Software“ mit diversen Unterlagen; Tabelle mit Informationen zum Interreg-Programm („AF_ATCZ226_VALID_S_53-58.pdf“); Beschwerdeschreiben [REDACTED] vom 01.02.2023, Excel-Übersichtstabelle „FLC Ausgabenliste PP3“ mit den Kommentaren der Kontrollstelle; Partnerbericht vom 12.12.2022 sowie vergaberechtliche Stellungnahme [REDACTED] vom 03.02.2023.

2. Rechtsgrundlagen für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts nach dem BVergG 2018

2.1. Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes – § 13 BVergG 2018

27 § 13 BVergG 2018 enthält **allgemeine Bestimmungen** betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes. Diese Regelungen gelten gleichermaßen für alle Auftragsarten, also sowohl für Bau-, Liefer- als auch Dienstleistungen.

28 § 13 BVergG 2018 enthält folgende Grundregeln:

⁵ Schwellenwertverordnung 2018, BGBl II 211/2018.

⁶ § 47 Abs 2 BVergG 2018.

⁷ Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019.

- a. Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Auftrages ist der **Gesamtwert ohne Umsatzsteuer**, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu bezahlen ist. Dabei ist der **geschätzte Gesamtwert aller zum Vorhaben** gehörigen Leistungen, einschließlich aller Optionen und Vertragsverlängerungen, die in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen werden sollen, zu berücksichtigen. (Abs 1)
- b. Allfällige Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter sind ebenfalls zu berücksichtigen. (Abs 2)
- c. Der geschätzte Auftragswert ist ex ante **sachkundig zu ermitteln**. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens. (Abs 3)
- d. Der Auftragswert kann auf Ebene **eigenständiger Organisationseinheiten** geschätzt werden, wenn die betreffende Einheit selbstständig für ihr Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien von Auftragsvergaben zuständig ist. (Abs 4)
- e. Es besteht ein **Umgehungsverbot**. Ein Auftrag darf ohne Vorliegen sachlicher Gründe nicht so unterteilt werden, dass er nicht den Vorschriften für den Oberschwellenbereich unterliegt. (Abs 5)

2.2. (Besondere) Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (am Beispiel Lieferleistungen) – § 15 BVergG 2018

- 29 Neben den Allgemeinen Bestimmungen des § 13 BVergG 2018, enthalten die §§ 14 bis 18 BVergG 2018 **besondere Bestimmungen für die einzelnen Auftragsarten**, Rahmenvereinbarungen, dynamische Beschaffungssysteme und Innovationspartnerschaften. Aufgrund der Ausgangslage und der konkret zu prüfenden Sachverhalte wird nachstehend ausschließlich auf die Bestimmungen für Lieferaufträge eingegangen.
- 30 § 15 BVergG 2018 enthält die konkreten Regelungen für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen und hat folgende Inhalte:
 - a. Regelungen zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf (Abs 1)
 - b. Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen (Abs 2)
 - c. Die Zusammenrechnungspflichten bei einer Losvergabe (Abs 3)
 - d. Die Kleinlosregelungen für den Ober- und Unterschwellenbereich (Abs 4 und 5)
- 31 Sowohl aus den Materialien zum BVergG⁸ als auch aus der Literatur⁹ ist zu entnehmen, dass die besonderen Bestimmungen der §§ 14 bis 16 BVergG 2018 als **lex specialis** zur allgemeinen Regelung des § 13 BVergG 2018 anzusehen sind.¹⁰ Das Vorhaben iSd

⁸ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 50.

⁹ Ullreich/Reisinger in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018³ § 14 Rz 11 und § 15 Rz 57.

¹⁰ Die Materialien verwenden im Zusammenhang mit § 15 Abs 1 sogar die Wortfolge „lex specialis“, vgl ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 50.

§ 13 BVergG 2018 ist „auftrags“- bzw. „leistungsbezogen“ nach den Vorgaben der §§ 14 bis 16 BVergG 2018 zu bilden.¹¹

- 32 Auch in der deutschen Literatur wird vertreten, dass es sich bei der korrespondierenden Bestimmung für „gleichartige Lieferungen“ gemäß § 3 Abs 8 VgV um eine Sondervorschrift handelt und die allgemeine Bestimmung des § 3 Abs 1 VgV verdrängt.¹²

2.3. Der vergaberechtliche Vorhabensbegriff – § 13 Abs 1 BVergG 2018

- 33 Zentrales Element der Regelungen zur Auftragswertberechnung des BVergG 2018 und Grundregel ist der vergaberechtliche **Vorhabensbegriff**. Dieser regelt, dass die Auftragswerte aller zu einem Vorhaben gehörenden Leistungen zusammenzurechnen sind.

- 34 Der Vorhabensbegriff wurde und wird **in Rechtsprechung und Literatur mehrfach und oftmals diskutiert**. Aus Gründen der Effizienz verzichten wir an dieser Stelle auf deren historische Herleitung bzw. Aufarbeitung und stellen nachfolgend die – soweit feststellbar – herrschende Meinung zum Begriff und zur Abgrenzung eines Vorhabens dar:

- 35 Sowohl nach der Rechtsprechung des EuGH als auch des VwGH hat die Ermittlung des Vorhabens grundsätzlich nach einer **funktionellen Betrachtungsweise** zu erfolgen (zur Betrachtungsweise bei Lieferaufträgen siehe sogleich). Diese erfordert die Einbeziehung unterschiedlicher Gesichtspunkte in die Prüfung, ob die Auftragswerte bestimmter Leistungen zu einem Vorhaben zusammenzurechnen sind.

- 36 Die Rechtsprechung zieht insbesondere folgende Parameter zur Beurteilung des Vorliegens eines einheitlichen Vorhabens heran¹³:

- technische oder wirtschaftliche Einheitlichkeit der betreffenden Leistungen;
- einheitlicher (übergeordneter) Zweck der Beschaffungen;
- gemeinsame Planung;
- zeitlicher Konnex betreffend die entsprechende Leistung;
- sachlicher Zusammenhang;
- örtlicher Zusammenhang;
- gleichartige Fachgebiete („Berufszweige“) sowie
- vergabeverfahrensbezogene Kriterien
- wirtschaftlicher Zusammenhang.

- 37 Die herrschende Meinung¹⁴ geht davon aus, dass **keine auftragsartenübergreifende Zusammenrechnung zu einem Vorhaben stattzufinden hat**. Es ist daher kein

¹¹ Ullreich/Reisinger in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018³ § 14 Rz 11 und § 15 Rz 57.

¹² Radu in Müller-Wrede, VgV/UVgO-Kommentar⁵ (2017) § 3 VgV Rz 49.

¹³ Ullreich/Reisinger in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018³, § 13 Rz 35 mwN; siehe auch: ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 47; VwGH 20.04.2016, Ro 2014/04/0071 mit Verweis auf EuGH 05.10.2000, C-16/98, *Kommission / Bundesrepublik Deutschland*.

¹⁴ Siehe Ullreich/Reisinger in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018³, § 13 Rz 27ff.

Gesamtvorhaben aus Leistungen unterschiedlicher Auftragsarten (also Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen) zu ermitteln, sondern ist jede Auftragsart für sich zu betrachten und deren Leistungen einem Vorhaben zuzuordnen.

- 38 Die Einordnung zu einem (einheitlichen) Vorhaben erfolgt somit nach einem **beweglichen System** – je konkretem Einzelfall ist eine Prüfung nach den jeweiligen tatsächlichen Umständen, die einen allfälligen wirtschaftlichen und technischen Zusammenhang begründen, vorzunehmen.¹⁵
- 39 Es müssen jedoch nicht alle Parameter zur Erfüllung des Vorhabensbegriffs vorliegen. Stattdessen sind die **einzelnen Faktoren jeweils unabhängig zu prüfen und im Sinn einer Gesamtbetrachtung zu gewichten**.¹⁶

2.4. Ermittlung des geschätzten Auftragswerts – § 13 Abs 3 BVergG 2018

- 40 Um für ein Vergabevorhaben die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes zu ermitteln, haben öffentliche Auftraggeber vor Durchführung eines Vergabeverfahrens den **geschätzten Auftragswert zu ermitteln**. Der geschätzte Auftragswert ist unter anderem wesentlich, um den richtigen Verfahrenstypus zu wählen (z.B. Direktvergabe) oder um festzustellen, ob das Vorhaben den Regelungen des Unter- oder Oberschwellenbereiches unterliegt.¹⁷
- 41 Unter dem sachkundig geschätzten Auftragswert ist jener Wert zu verstehen, „den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistungen veranschlagen würde.“¹⁸
- 42 Im BVergG 2018 ist zwar nicht gesetzlich normiert, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei Direktvergaben und Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung zur Dokumentation des geschätzten Auftragswertes verpflichtet ist, jedoch ergibt sich aus einer teleologischen Reduktion, dass die vor Einleitung des Vergabeverfahrens durchgeführte sachkundige Ermittlung in transparenter Art und Weise dargestellt werden muss, um in einem allfälligen Verfahren vor den Vergabekontrollgerichten eine solche Entscheidung plausibel rechtfertigen zu können.
- 43 Der Begründungsaufwand für die Auftragswertschätzung ist jedoch umso geringer, je weiter der geschätzte Auftragswert unterhalb der jeweils relevanten Schwelle (z.B. die Direktvergabeschwelle iHv dzt EUR 100.000,00) liegt und je nach dem wie der konkrete Beurteilungsspielraum des Auftraggebers im Einzelfall zu beurteilen ist.¹⁹
- 44 Eine Verpflichtung zur Dokumentation des Auftragswertes in einem Vergabevermerk besteht im Unterschwellenbereich nicht, sofern die für den Vergabevermerk geforderten Angaben

¹⁵ Vgl ErläutBVergG 2018 GP 47.

¹⁶ Ullreich/Reisinger in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018³, § 13 BVergG 2018 Rz 39.

¹⁷ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 47.

¹⁸ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 47.

¹⁹ Radu in Müller-Wrede, VgV/UVgO-Kommentar⁵ (2017) § 3 VgV Rz 136.

gemäß § 147 Abs 1 BVergG 2018 ohne großen Aufwand aus der Vergabedokumentation ersichtlich sind.

2.5. Verbot des „Auftragssplittings“ – § 13 Abs 5 BVergG 2018

45 Speziell im Zusammenhang mit der Auftragswertberechnung statuiert die Bestimmung des § 13 Abs 5 BVergG 2018, dass **zusammengehörige Aufträge eines Vorhabens nicht willkürlich** (etwa mit dem Ziel der Unterschreitung der unionsrechtlichen oder sonstigen Schwellenwerte) **getrennt werden dürfen** (sogenanntes „Splittingverbot“).

46 § 13 Abs 5 BVergG 2018 statuiert:

„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.“

47 Der Gesetzgeber führt zum Splittingverbot aus (Hervorhebungen nicht im Original):

*„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.“²⁰*

48 Eine getrennte Auftragswertberechnung – welche im Hinblick auf die Anwendungsvoraussetzungen und Folgen strikt von der getrennten Vergabe von Aufträgen und somit der Fragestellung einer Gesamt- oder einer Losvergabe zu trennen ist – ist **nur aus sachlichen, objektiven Gründen unter Berücksichtigung des Vorhabensbegriffs möglich.**²¹

49 Die Aufteilung eines Vergabevorhabens im Zuge der Auftragswertberechnung bedarf einer sachlichen Rechtfertigung, wobei ein strenger Maßstab anzulegen ist.²²

2.6. Zusammenrechnung bei Gleichartigkeit von Lieferleistungen – §15 Abs 3 BVergG 2018

50 § 15 Abs 3 BVergG 2018 enthält hinsichtlich der Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen eine Sonderbestimmung hinsichtlich „gleichartiger Lieferleistungen“:

*„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.**“*

51 **Entscheidend ist somit bei Lieferleistungen der Umstand, ob es sich um gleichartige Aufträge handelt oder nicht.** Liegen gleichartige Lieferaufträge vor, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose heranzuziehen. Liegen keine gleichartigen Lieferaufträge vor, können

²⁰ ErläutRV 69 B1gNR 26. GP 48.

²¹ VwGH 08.10.2010, 2007/04/0188; VwGH 22.06.2011, 2011/04/0116; ErläutRV 69 B1gNR 26. GP 48.

²² Ullreich/Reisinger in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018³, § 13 Rz 44.

diese separat betrachtet werden und sind deren geschätzte Auftragswerte nicht zusammenzurechnen.

52 Nach den Materialien und der ständigen Rechtsprechung liegen „gleichartige“ Lieferungen dann vor, „*wenn von einem im Wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einen im Wesentlichen einheitlichen Verwendungszweck dienen*“.²³

53 Weiters wird sowohl in der Literatur als auch in der Richtlinie 2014/24/EU weniger auf die funktionale Betrachtung der Leistung abgestellt, sondern auf eine **marktbezogene Betrachtung**.

54 In den Erwägungsgründen zur Richtlinie 2014/24/EU ist dazu angeführt:

*„Es sollte ferner klargestellt werden, dass (...) unter „gleichartigen Lieferungen“ **Waren für gleiche oder gleichartige Verwendungszwecke** zu verstehen sind, z. B. Lieferungen einer Reihe von Nahrungsmitteln oder von verschiedenen Büromöbeln. Typischerweise würde ein Wirtschaftsteilnehmer, der in dem betreffenden Bereich tätig ist, solche Lieferungen wahrscheinlich als Teil seiner üblichen Produktpalette anbieten.“*

55 In der Literatur wird vertreten, dass die besseren Argumente dafür sprechen, dass bei der Frage der Gleichartigkeit von Lieferleistungen primär auf die **Einheitlichkeit des Anbietermarktes** abzustellen ist. Die Heranziehung eines funktionalen Leistungsbegriffes, wie er bei Dienstleistungsaufträgen angewendet wird, wird überwiegend abgelehnt.²⁴

56 Auch das BVwG²⁵ verfolgt in seiner jüngsten Rechtsprechung den Ansatz, dass **nicht darauf abzustellen ist, ob der Verwendungszweck von verschiedenen Produkten ident ist**. Im konkreten Fall wurde entschieden, dass – entgegen der vorgebrachten Ansicht, dass es sich in Summe um den identen Verwendungszweck, nämlich der Körperhygiene handle – Flüssigseife, Rollenhandtücher und Toilettenpapier keine gleichartigen Lieferungen darstellen, da sie **nicht nach den gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen hergestellt wurde**. Das BVwG hält ausdrücklich fest, dass das **Abstellen auf den Verwendungszweck** (in diesem Fall eben die Körperhygiene) **den Zweck der Bestimmung des § 15 Abs 3 BVergG 2018 ins nahezu uferlose ausdehnen würde**.

57 Zur Beurteilung der Zusammenrechnungspflicht für gleichartige Lieferleistungen werden somit folgende Kriterien herangezogen²⁶:

- Gleichartigkeit der Fertigungsmethoden
- Gleichartigkeit der verwendeten Stoffe
- Gleichartigkeit des Bieterkreises
- Gleichartigkeit nach dem Verwendungszweck

²³ BVwG 22.10.2018, W138 2203766/10001 mwN zur Rsp des BVA; gleichlautend auch die Erläuterungen zu § 15 Abs 3 BVergG, siehe ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 50.

²⁴ Reisinger/Ullreich in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018³, § 15 Rz 65 mit Verweis auf Heid in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018, § 15 Rz 6.

²⁵ BVwG vom 22.10.2018, W138 2203766-1, bestätigt durch den VwGH vom 04.05.2020, Ra 2018/04/0200.

²⁶ Reisinger/Ullreich in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018³, § 15 Rz 66.

3. Anwendung auf den konkreten Sachverhalt

3.1. Zu Frage 1

- 58 Wie unter Punkt 2.6 angeführt ist zu prüfen, ob es sich bei den gegenständlichen Beschaffungsvorhaben „Gaschromatograph“, „Probengeber“ und Software im Sinne der Sonderregel des § 15 Abs 3 BVergG 2018 um „gleichartige Lieferleistungen“ handelt.
- 59 Wesentliche Beurteilungskriterien sind, ob eine Gleichartigkeit hinsichtlich der Fertigungsmethoden, der verwendeten Stoffe, des Bieterkreises und des Verwendungszweckes vorliegt.

3.1.1. Gleichartigkeit der Fertigungsmethoden und der verwendeten Stoffe?

- 60 Bei einem **Gaschromatograph** handelt es sich um ein Analysegeräte zur Substanzbestimmung. Dieser besteht im Wesentlichen aus einem Injektor, einer Trennsäule und einem Detektor.
- 61 Bei einem **Probengeber** handelt es sich um einen Roboter mit vier Richtungsachsen. Durch Pumpen werden Proben für die weitere Analyse aufbereitet.
- 62 Die (gegenständliche) **Software** ist ein Computerprogramm, dass der Auswertung von durch Analysetätigkeiten gewonnenen Daten dient.
- 63 Aufgrund des unterschiedlichen technischen Aufbaus der Geräte und der Eigenart der Software als Computerprogramm sprechen aus unserer Sicht schon nach einer überblicksartigen Prüfung gute Gründe für die Annahme, dass diese **drei Produkte nicht nach den gleichen Fertigungsmethoden und aus vergleichbaren Stoffen hergestellt** werden. Es ist zwar nicht auszuschließen, dass einzelne Materialien des Gaschromatographen und des Probengebers gleich sind (zB bestimmte Metalle oder Kunststoffe), da aber das jeweilige Endprodukt grundverschieden ist, können teilweise Überschneidungen aus unserer Sicht nicht der relevante Maßstab sein.
- 64 Lediglich aus anwaltlicher Vorsicht halten wir fest, dass wir freilich keine technische Expertise auf dem Gebiet der Fertigungstechnik aufweisen. Gegebenenfalls könnte diese Annahme daher durch die Beiziehung eines technischen Sachverständigen weiter verfestigt werden.

3.1.2. Einheitlicher Verwendungszweck?

- 65 **Verwendungszweck des Gaschromatographen** ist, dass Probengemische in ihre einzelnen Bestandteile aufgetrennt und der Gehalt jeder Komponente bestimmt wird. Wie die vorbereiteten Proben in das Gerät gelangen, ist unerheblich. Es ist somit möglich, den Gaschromatographen auch ohne automatischen Probengeber zu verwenden. Ebenso kann bereits mit der mitgelieferten bzw. integrierten Software eine einfache Vorauswertung erfolgen. Eine Zusatzauswertung kann zwar mit einer speziellen Software vorgenommen werden, eine solche ist jedoch – ebenso wie ein Probengeber – für die volle Funktionsfähigkeit des Gaschromatographen nicht erforderlich.

- 66 **Verwendungszweck eines Probengeber** ist die Probenaufarbeitung, Probenvorbereitung, Extraktion, Derivatisierung oder auch Verdünnung von Proben. Der Probengeber arbeitet dabei selbstständig und ist nicht von einem Analysegerät abhängig. Zwar können Proben für die folgende Analyse mit einem Gaschromatographen vorbereitet werden, jedoch ist es bezogen auf die Funktionsfähigkeit des Probengebers irrelevant, ob Proben mit einem Gaschromatographen, einem Laborgerät oder gar nicht weiter analysiert werden. Sobald der Probengeber die Proben entsprechend vorbereitet hat, ist seine Aufgabe abgeschlossen. Eine (technische) Kopplung zwischen dem gegenständlich beschafften Gaschromatographen besteht nicht. Der Probengeber kann auch für andere Zwecke als für die Vorbereitung der Proben für den Gaschromatographen verwendet werden.
- 67 **Verwendungszweck der Software** ist die Auswertung von Daten, die durch Analysegeräte gewonnen werden. Ob es sich dabei um Daten handelt, die aus dem beschafften Gaschromatographen stammen, ist unerheblich. Die Software kann zur Auswertung von Daten aus den verschiedensten Analysegeräten herangezogen werden. Eine unmittelbare Abhängigkeit zwischen der gegenständlichen Software und dem Gaschromatographen besteht somit nicht.
- 68 Aufgrund dieser sehr unterschiedlichen Einsatzbereiche sprechen aus unserer Sicht gute Gründe für die Annahme, dass diese **drei Produkte keinen einheitlichen Verwendungszweck aufweisen**. Jedes der drei Produkte weist einen eigenen, unterschiedlichen Einsatzbereich auf und unterscheidet sich hierbei von den anderen Produkten. Jedes der drei Produkte kann alleine und unabhängig von den anderen eingesetzt und verwendet werden können (der Probengeber dient der Probenvorbereitung, der Gaschromatograph dient der Analyse und die Software dient der speziellen Auswertung).
- 69 Überlegt werden könnte, ob die Tatsache, dass die Geräte und die Software in einem Arbeitsprozess gemeinsam Anwendung finden, dafür spricht, dass von einem einheitlichen Verwendungszweck auszugehen wäre. Nach der Rechtsprechung dies jedoch nicht dafür ausschlaggebend, dass eine Gleichartigkeit vorliegt und die Auftragswerte zusammensetzen sind. Dementsprechend wurde von der Judikatur auch die Beschaffung einer Kompostwendemaschine, eines Radladers und von Förderbändern²⁷ für eine Kompostieranlage nicht als gleichartige Lieferleistung qualifiziert, obwohl auch hier zweifellos ein gemeinsamer Arbeitsprozess vorliegt.
- 70 Lediglich aus anwaltlicher Vorsicht halten wir fest, dass wir freilich keine technische Expertise auf dem Gebiet der Fertigungstechnik aufweisen. Gegebenenfalls könnte diese Annahme daher durch die Beiziehung eines technischen Sachverständigen weiter verfestigt werden.

3.1.3. Einheitlicher Bieterkreis?

- 71 Im **Vergabevorhaben „Gaschromatograph“** langte ein Angebot der Bieterin [REDACTED] ein. Interessenten waren laut Bieterdownloadliste [REDACTED]

²⁷ BVA 4.12.1997, F-10/97-14.

- 72 Im **Vergabevorhaben „Probengeber“** wurden drei Angebote der Unternehmen [REDACTED] eingeholt. Der Vergabedokumentation ist zu entnehmen, dass es sich bei sämtlichen Anbietern um Wiederverkäufer der Produkte [REDACTED] handelt.
- 73 Im **Vergabevorhaben „Software“** wurden drei Angebote der Unternehmen [REDACTED] eingeholt.
- 74 Nach den uns erteilten Informationen programmieren die Anbieter der Gaschromatographen die spezielle Auswertungssoftware nicht selbst, sondern kaufen diese ebenfalls zu oder verweisen auf spezialisierte Unternehmen. Die [REDACTED] hat zwar Angebote in allen drei Vergabeverfahren abgegeben, hinsichtlich des Probengebers und der Software tritt dieses Unternehmen jedoch nach den uns erteilten Informationen lediglich als Wiederverkäufer auf.
- 75 Aufgrund des nachweislich heterogenen Anbieterkreises sprechen aus unserer Sicht gute Gründe für die Annahme, dass **kein einheitlicher Bieterkreis** vorliegt. Wir nehmen aufgrund der offenkundig vorliegenden Tatsache, dass die drei Produkte in aller Regel nicht von mehreren Anbietern in ihrer Gesamtheit am Markt angeboten werden, vielmehr an, dass für jeden Bereich ein unterschiedlicher Bieterkreis besteht, wobei die unterschiedlichen Bieterkreise gegebenenfalls punktuelle Überschneidungen aufweisen können [REDACTED]. Bloß punktuelle Überschneidungen können aus unserer Sicht nicht der relevante Maßstab sein.
- 76 Lediglich aus anwaltlicher Vorsicht halten wir fest, dass wir freilich im Zuge der Erarbeitung dieser Stellungnahme keine abschließende Markterkundung durchgeführt haben. Gegebenenfalls könnte diese Annahme durch die Beiziehung eines technischen Sachverständigen bzw. eine nähere Markterkundung weiter verfestigt werden.

3.1.4. Gesamtbeurteilung

- 77 Bei einer Gesamtbeurteilung der angeführten Kriterien in einem „beweglichen System“ sprechen aus unserer Sicht **gute und jedenfalls vergaberechtlich vertretbare Gründe** für die Annahme, dass es sich bei der Beschaffung eines Probengebers, eines Gaschromatographen und einer Analysesoftware nicht um gleichartige Lieferungen iSd § 15 Abs 3 BVergG 2018 handelt.
- 78 Aus unserer Sicht liegt **ausreichend Tatsachensubstrat für die Vertretbarkeit der Annahme** vor, dass die relevanten Kriterien „Gleichartigkeit der Fertigungsmethoden“, „Gleichartigkeit der verwendeten Stoffe“, „Gleichartigkeit des Bieterkreises“ und „Gleichartigkeit nach dem Verwendungszweck“ allesamt nicht erfüllt sind.
- 79 Ausgehend davon, war die Auftraggeberin aus den oben angeführten Gründen **nicht verpflichtet, die geschätzten Auftragswerte der drei Vergaben zusammenzurechnen** und ein einheitliches Vergabevorhaben zu bilden.

- 80 **Anhaltspunkte für eine in Umgehungsabsicht** vorgenommene künstliche Aufteilung **liegen** uns nach dem uns bekannten Sachverhalt **nicht vor**.
- 81 Allenfalls bemängelt werden könnte, dass die Überlegungen, die zu einer getrennten Betrachtung der drei Vergaben geführt haben, in der uns vorliegenden Vergabedokumentation nicht festgehalten wurden. Die §§ 46 und 47 BVergG 2018 (Regelungen für Direktvergaben und Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung) sehen jedoch eine derartige Verpflichtung nicht ausdrücklich vor. Wir gehen daher davon aus, dass die allenfalls als bloß formaler Mangel ohne tatsächliche oder potentielle Auswirkungen angesehen werden kann.
- 82 Aus anwaltlicher Vorsicht wird hinsichtlich der Vergabedokumentation noch geprüft, ob allenfalls ein Verstoß gegen die Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen²⁸ vorliegen könnte, von deren Anwendbarkeit aufgrund des Punktes 1.2.2.²⁹ grundsätzlich ausgegangen wird.
- 83 Auftragsgemäß ist zu beurteilen, ob ein Verstoß gegen die Unregelmäßigkeit Nr. 16 „Unzureichender Prüfpfad für die Auftragsvergabe“ vorliegen könnte, die in den Leitlinien wie folgt beschrieben ist:
- „Die einschlägigen Unterlagen (die in den anwendbaren Bestimmungen der Richtlinien dargelegt sind) sind unzureichend, um die Auftragsvergabe zu begründen, was zu einem Mangel an Transparenz führt.“*
- 84 Bei dieser Unregelmäßigkeit wird auf Artikel 84 der Richtlinie 2014/24/EU verwiesen und es ist ein Korrektursatz iHv 25 % vorgesehen.
- 85 Im Artikel 84 der Richtlinie 2014/24/EU wird der Vergabevermerk für Vergabeverfahren geregelt. Ausgehend von der Vertretbarkeit der separaten Betrachtung der drei Vergabeverfahren „Gaschromatograph“, „Probengeber“ und „Software“, liegen jeweils Verfahrensarten vor (2x Direktvergabe, 1x Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung), für die ein sehr eingeschränktes Vergaberegime gilt (siehe § 46 Abs 1 und § 47 Abs 1 BVergG 2018). Die Vorschriften über die Erstellung eines Vergabevermerkes nach § 147 BVergG 2018 kommen bei diesen Verfahren mangels Aufzählung im jeweiligen Abs 1 nicht zur Anwendung. Da die Auftragswerte (auch bei fiktiver Zusammenrechnung) im Unterschwellenbereich anzusiedeln sind, ist auch der gesamte Art 84 der RL 2014/24/EU nicht anwendbar. Für diese Verfahrensarten besteht daher keine Verpflichtung zur Erstellung eines Vergabevermerks.
- 86 Die Dokumentationspflichten der §§ 46 und 47 BVergG 2018 betreffen lediglich Vorgänge „*im Vergabeverfahren*“ selbst sowie den vergebenen Auftrag. Aus den übermittelten Unterlagen

²⁸ Für die Arten von Unregelmäßigkeiten und entsprechende Finanzkorrektursätze siehe den Anhang des Beschlusses der Kommission vom 14.5.2019 zur Festlegung der Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen

²⁹ Punkt 1.2.2. („Nicht unter die Richtlinie fallende Aufträge“) des Anhanges zu den Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen: „Wenn die Richtlinien nicht anwendbar sind, das Vergabeverfahren jedoch in den Geltungsbereich des Vertrags fällt und die nationalen Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sind, sind die vorliegenden Leitlinien anwendbar, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist: i) es ist ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse im Sinne von Punkt 1.2.3 vorhanden und bei der Vergabe dieser Aufträge wurde den im Vertrag niedergelegten Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung nicht Rechnung getragen; ii) es liegt in Bezug auf die Aufträge ein eindeutiger Verstoß gegen die nationalen Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe vor.“

für diese Stellungnahme können jedoch keine Anhaltspunkte festgestellt werden, die gegen eine ausreichende Dokumentation der Vergabeverfahren sprechen würden.

- 87 Mangels Einschlägigkeit des Artikels 84 der Richtlinie 2014/24/EU und der vorhandenen Vergabedokumentation sprechen die besseren Gründe dafür, dass eine Finanzkorrektur iHv 25 % als nicht gerechtfertigt bzw. angemessen angesehen wird.
- 88 Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass eine Finanzkorrektur nach den Leitlinien nicht gerechtfertigt ist, wenn der „Verstoß gegen die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe lediglich formaler Art und ohne tatsächliche oder potenzielle finanzielle Auswirkungen ist.“³⁰
- 89 Selbst unter der Annahme, dass ein Dokumentationsmangel vorliegen würde (obwohl keine Verpflichtung zur Erstellung eines Vergabevermerkes besteht), wäre es fraglich, ob dies eine finanzielle Auswirkung auf den Unionshaushalt hat oder haben könnte.
- 90 Selbst wenn man dennoch davon ausgehen wollte, dass gleichartige Lieferleistungen vorlägen und daher von einer Zusammenrechnungspflicht der geschätzten Auftragswerte ausgehen wollte, wäre die Direktvergabe des Probengebers und der Software ebenfalls zulässig gewesen.
- 91 Nach der Kleinlosregelung des § 15 Abs 5 BVergG 2018 für den Unterschwellenbereich können Lose eines Vorhabens, deren geschätzter Auftragswert weniger als EUR 50.000, - beträgt und deren kumulierter Wert 50 % des kumulierten Werts aller Lose nicht übersteigt, direkt vergeben werden. Für den Probengeber und die Software werden diese Kennzahlen unterschritten und hätten diese Leistungen daher als Kleinlos ebenso im Wege einer Direktvergabe vergeben werden dürfen.
- 92 Der Gaschromatograph hätte jedoch in diesem Fall (ausgehend von einer Zusammenrechnungspflicht) wohl nicht im Rahmen einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden dürfen, da der geschätzte Auftragswert sämtlicher Leistungen zusammengerechnet höher als EUR 130.000, - (exkl USt) ist. Festzuhalten ist jedoch, dass die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ein Verfahren mit einleitender Bekanntmachung im für den Unterschwellenbereich relevanten Publikationsmedium (wie alle anderen Verfahren mit Bekanntmachung im Unterschwellenbereich) ist, sodass gegen die Publizitätsvorschriften nicht verstoßen worden wäre.
- 93 Fraglich ist daher, ob die Wahl der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung – ausgehend von einer Zusammenrechnungspflicht – für den Gaschromatographen einen Verstoß gegen die Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen darstellen könnte. Wie bereits oben angeführt, sind die Leitlinien nach Punkt 1.2.2. auch für nicht unter die Richtlinie fallende Aufträge anwendbar, wenn in Bezug auf die Aufträge ein eindeutiger Verstoß gegen die nationalen Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe vorliegt.
- 94 Der Fall der unzulässigen Wahl einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist jedoch in den Leitlinien nicht explizit geregelt. Allenfalls anwendbar bzw. vergleichbar könnte die Unregelmäßigkeit Nr. 7 („Fälle, in denen die Anwendung des Vergabeverfahrens mit

³⁰ Siehe Punkt 1.1. (Zweck der Richtlinie) des Anhangs zu den Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen.

Verhandlung oder des wettbewerblichen Dialogs nicht gerechtfertigt ist“) sein, da hier eine Finanzkorrektur iHv 25 % erfolgt, wenn ungerechtfertigterweise Verhandlungen oder ein wettbewerblicher Dialog durchgeführt werden. Dies würde einer falschen Verfahrenswahl nahekommen. Ein Korrektursatz in dieser Höhe könnte somit möglicherweise auch für einen Verstoß gegen die Kleinlosregelung angesetzt werden. Da jedoch aufgrund der Prüfergebnisse dieser Stellungnahme mit guten Gründen davon ausgegangen wird, dass kein einheitliches Vergabeverfahren vorliegt und somit kein Verstoß gegen die nationalen Vorschriften gegeben ist, wird von einer näheren Prüfung abgesehen.

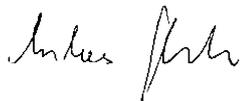
3.2. Zu Frage 2

- 95 Wie bereits im Sachverhalt (Punkt 1 ff.) angeführt, wurde die Auftragswertschätzung von [REDACTED] durchgeführt, welcher laut Aktenvermerke über jahrelange Erfahrung mit dem Betrieb und der Anschaffung ähnlicher Geräte und Software verfügt. Die geschätzten Auftragswerte wurden im jeweiligen Vergabeakt in einem Aktenvermerk dokumentiert. **Es liegen nach dem uns bekannten Sachverhalt keine Anhaltspunkte vor, die gegen eine sachkundige Ermittlung des Auftragswertes sprechen.** Vielmehr legen auch die eingelangten Angebotspreise nahe, dass die Auftragswerte korrekt geschätzt wurden, da die Preise innerhalb der geschätzten Auftragswerte liegen.
- 96 Obwohl es sich bei den Schwellenwerten um Werte exklusive Umsatzsteuer handelt und auch der Nettobetrag für den geschätzten Auftragswert heranzuziehen ist, **schadet es unserer Ansicht nach der Vergabedokumentation nicht, wenn darin die Bruttobeträge angeführt werden.** Zum einen lassen sich die Nettobeträge einfach und selbstständig errechnen und zum anderen hat die Auftraggeberin – wie sich aus den Angebotspreisen der eingelangten Angebote ergibt – zulässige Verfahrensarten gewählt. Schließlich hat die Auftraggeberin auch die Kontrollstelle in ihrer Beschwerde über die irrtümliche Angabe informiert.³¹

4. Risikoanalyse

- 97 Aus anwaltlicher Vorsicht weisen wir nochmals darauf hin, dass es sich bei der Beurteilung der Zusammenrechnungspflicht von geschätzten Auftragswerten um ein „bewegliches“ System handelt. Es kann daher nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden, wie die jeweiligen Kontrollinstanzen den vorliegenden Sachverhalt final beurteilen werden und ob eine Förderungskürzung vorgenommen wird.

Mit freundlichen Grüßen


(Andreas Gföhler)

³¹ siehe Dokument „Beschwerde PP3 Gaschromatograph-Probengeber-Software.pdf“.