

**Entscheidende Behörde**

Bundesvergabeamt

**Entscheidungsdatum**

16.08.2012

**Geschäftszahl**

N/0070-BVA/10/2012-39

**Text**

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Sabine Prewein MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Kehrblasgeräte" der Auftraggeberin Flughafen Wien AG vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A\*\*\* vertreten durch Y\*\*\* Rechtsanwälte GmbH vom 12. Juli 2012 wie folgt entschieden:

**Spruch**

I.

Der Antrag der A\*\*\*, "die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren Kehrblasgeräte ist für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 197 Abs 3, 271, 325 BVergG

II.

Die Anträge der A\*\*\*, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen seines Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", und "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin auftragen, die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung zu Händen des ausgewiesenen Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen, dies binnen 14 Tage", werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG

**Begründung****1. Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens**

Die A\*\*\* vertreten durch Y\*\*\* Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 12. Juli 2012 Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und Ersatz der Pauschalgebühr sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Nach Darstellung des Sachverhalts behauptete die Antragstellerin das Interesse am Vertragsabschluss in Anbetracht der Bedeutung der Auftraggeberin und des Auftragsvolumens als wesentliches Referenzprojekt. Das Interesse am Vertragsabschluss manifestiere sich auch in der Beteiligung an der gegenständlichen Ausschreibung und der Erstellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags. Es seien bisher Kosten von zumindest Euro 30.000 entstanden. Als Schaden machte sie weiters den Verlust der Chance an der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie der Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebotes mit optimalen Erfolgsaussichten für die Zuschlagserteilung, den Verlust eines Referenzprojektes sowie den Gewinnentgang in Höhe von 10 % der Angebotssumme. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf ein nicht-diskriminierendes Vergabeverfahren, im Recht auf Teilnahme an Verhandlungen in einem Verhandlungsverfahren, im Recht auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Letztangebotes (last and final Offer) nach Durchführung von Verhandlungsgesprächen sowie im Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen

Bestbieter verletzt. Zur Rechtswidrigkeit gibt sie an, dass die Ausschreibung eine Verhandlungsführung mit den besten drei Bietern vorsehe. Weiters behielten sich die Ausschreibungsbestimmungen vor, Verhandlungen nur mit dem bestgereihten Bieter zu führen. Verhandlungen mit den folgend gereihten Bietern sollten nur dann geführt werden, wenn die Verhandlungen mit dem jeweils vorgereihten Bieter nicht positiv abgeschlossen würden. Bei den gegenständlichen Fahrzeugen handle es sich um Sonderanfertigungen, die entsprechend den jeweiligen Anforderungen des Auftraggebers "konfektioniert" würden. Daher sei es jedem Hersteller ein Leichtes, seine Fahrzeuge den konkreten Anforderungen eines jeden Auftraggebers anzupassen. Die Antragstellerin habe im Vertrauen darauf, dass es sich um ein Verhandlungsverfahren handle, ihr Angebot abgegeben, mit dem Ziel, ein allfälliges Optimierungspotenzial in Verhandlungen mit dem Auftraggeber auszuloten. Es lägen nicht beide Voraussetzungen des § 254 Abs 4 BVergG für Verhandlungen mit nur einem Bieter vor. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht vollständig ausgearbeitet, sondern sollte in Verhandlungen mit dem Auftraggeber an dessen Bedürfnisse angepasst werden. Der Preisunterschied mache weniger als 2 % aus. Die Beschränkung auf nur einen Bieter widerspreche dem Grundsatz der Gleichheitsbehandlung aller Bieter und Bewerber und sei grob unsachlich. Im Zuge von Verhandlungen hätte sich das Angebot der Antragstellerin sowohl preislich als auch technisch optimieren lassen. Im Wesen des Verhandlungsverfahrens nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb liege, den Bietern in einer Verhandlungsrunde die Gelegenheit zu geben, ihr Angebot zu optimieren.

Am 17. Juli 2012 erteilte die Auftraggeberin Flughafen Wien AG vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zur beantragten einstweiligen Verfügung Stellung.

Am 17. Juli 2012 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 17. Juli 2012 teilte die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung, die B\*\*\* vertreten durch Z\*\*\* Rechtsanwälte OG in der Folge die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung genannt, das Vollmachtsverhältnis mit, sprach sich nicht gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus und behielt sich begründete Einwendungen vor.

Am 19. Juli 2012 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0070-BVA/10/2012-EV17 eine einstweilige Verfügung. Darin untersagte es den Abschluss der Rahmenvereinbarung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

Am 20. Juli 2012 erhob die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung begründete Einwendungen. Darin führte sie nach Darstellung des Sachverhaltes im Wesentlichen aus, dass der Auftraggeber für eine transparente Ausgestaltung des Verfahrens sorgen müsse und davon nicht abweichen dürfe. Es bestehe im Gegensatz zu öffentlichen Auftraggebern keine Verhandlungspflicht für Sektorenauftraggeber. Der Verfahrensablauf sei in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt worden, wonach Exklusivverhandlungen mit nur einem Bieter vorgesehen seien. Somit hätte die Antragstellerin mit einer Scoring-Entscheidung rechnen und ihr Angebot entsprechend optimieren müssen. Knapp zusammenliegende Preise könnten eine Einladung der Antragstellerin zu Verhandlungen nicht rechtfertigen. Nur das konkrete Angebot sei von Bedeutung. Die Antragstellerin hätte auch die Scoring-Entscheidung als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase zusammen mit der Zuschlagsentscheidung anfechten müssen. Damit sei die Scoring-Entscheidung bestandsfest geworden und der Nachprüfungsantrag sei ab- bzw zurückzuweisen. Weiters hätte sie statt der Zuschlagsentscheidung die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, anfechten müssen. Der Nachprüfungsantrag sei daher bereits aus diesem Grund a limine zurückzuweisen. Weiters vermutet die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung, dass das Angebot der Antragstellerin nicht ausschreibungskonform gewesen und der Nachprüfungsantrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen sei.

Am 3. August 2012 nahm die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom selben Tag zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie nach Darstellung des Sachverhaltes und Ausführungen zum Umfang der Akteneinsicht im Wesentlichen aus, dass sie sich in den Ausschreibungsunterlagen zu Recht vorbehalten habe, dass sie mit nur einem Bieter verhandeln wolle. Aufgrund dieser Festlegung habe für die Auftraggeberin auch keine Pflicht bestanden, mit der Antragstellerin zu verhandeln. Die Angebote seien vergleichbar. Die Ausschreibung beinhalte alle für die Kalkulation maßgeblichen Parameter. Sie seien mit den Zuschlagskriterien bewertbar. Die Preise seien daher vergleichbar. Die maximale Punkteanzahl pro technischem Kriterium sei im Dokument "Punkteauswertung" je Leistungsposition, welche als "Code" bezeichnet sei, im Detail festgelegt. Im Kriterium "Technische Leistung" könnten 400 Punkte erreicht werden. Die diversen Angebote seien im Hinblick auf den bewertungsrelevanten Gesamtpreis sowie die technische Ausführung entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage bewertet worden. Die Bepunktung der einzelnen technischen Anforderungen ergebe sich dabei im Detail aus dem Dokument "Leistungsverzeichnis Kehrblasgeräte Z 2012 026 - Gegenüberstellung Techn. Ausführung" der Auftraggeberin. Anhand dieser Bewertung seien die Angebote auch gereiht worden. Dabei habe die Angebotsprüfung und -bewertung die Reihung 1. B\*\*\* 370,37 Punkte, 2. A\*\*\* 347,03 Punkte

und 3. C\*\*\* 300,62 Punkte ergeben. Die Ausschreibung sei mangels Anfechtung bestandsfest geworden. Die Antragstellerin habe angesichts der Festlegungen in der Ausschreibung nicht darauf vertrauen können, zu Verhandlungen eingeladen zu werden, da sich einerseits die Antragstellerin vorbehalten habe, nur mit dem bestgereihten Bieter zu verhandeln und andererseits mit den drei erstgereihten Bietern zu verhandeln. Wäre die Antragstellerin daher viertgereiht gewesen, wäre sie auf keinen Fall zu Verhandlungen eingeladen worden. Das "technische und wirtschaftliche Optimierungspotential" deute einerseits darauf hin, dass die Antragstellerin nicht das bestmögliche Angebot gelegt habe, andererseits finde sich nirgendwo in den Ausschreibungsunterlagen, dass technische und wirtschaftliche Optimierungspotentiale Gegenstand der Verhandlungen sein sollten. Die Auftraggeberin habe ihren Bedarf nach Marktuntersuchungen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt. Sie habe nicht beabsichtigt, über "Änderungen und Umbauten" zu verhandeln. Auch hätte die Auftraggeberin aufgrund des großen Punkterückstandes keine Veranlassung gehabt, mit der Antragstellerin zu verhandeln. Daher sei der Nachprüfungsantrag abzuweisen.

Am 9. August 2012 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das Vorbringen der Auftraggeberin insgesamt nicht geeignet sei, um die gröblich benachteiligende Durchführung von Verhandlungen mit nur einem Bieter zu rechtfertigen. Die Auftraggeberin setze sich nicht mit der Pflicht zur Auslegung von § 254 Abs 4 BVergG an Hand von Grundsatzbestimmungen des betreffenden Gesetzes ebenso wie der Pflicht zur verfassungskonformen Interpretation auseinander. Das Erstangebot der Antragstellerin sei preislich das günstigste gewesen. Es wäre in einem erheblichen Ausmaß möglich gewesen, in Verhandlungen den Wünschen der Auftraggeberin entgegenzukommen. Die Auftraggeberin hätte bekannt machen müssen, dass sie zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt habe, über Adaptierungen und Umbauten zu verhandeln. Wenn die Auftraggeberin unter diesen Umständen ihre Entscheidung nur mit dem vorläufigen Bestbieter, wie er sich nach Vorlage der Erstangebote ergeben habe, zu verhandeln auf ihre vom "Hörensagen" gewonnene Erkenntnis stütze, eine technische Verbesserung des Angebotes sei der Antragstellerin überhaupt nicht möglich, dann sei dies als bloße Willkür zu qualifizieren. Damit verstoße die Auftraggeberin gegen den Grundsatz des fairen und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter. Folge man der Argumentation der Auftraggeberin, sie übe ein gesetzliches Recht aus und dies könne schon per se nicht rechtswidrig sein, dann wäre das Verhandlungsverfahren mit dem "preferred bidder" gemäß § 254 Abs 4 BVergG als Regelverfahren zu qualifizieren. Dabei übersehe die Auftraggeberin zwei wesentliche Elemente: Zum einen spreche schon der Gesetzestext selbst davon, dass es sich der Sektorenauftraggeber vorbehalten könne, unter den in Abs 4 genannten Voraussetzungen nur mit dem vorläufigen Bestbieter zu verhandeln. Damit handle es sich um eine Entscheidung des Sektorenauftraggebers im Vergabeverfahren. Grundsätzlich müsse jede Entscheidung des Sektorenauftraggebers im Vergabeverfahren, auch eine Ermessensentscheidung bekämpfbar sein. Bei der Ausübung dieses Ermessens sei der Sektorenauftraggeber jedenfalls auch an die Grundsätze des Vergabeverfahrens gebunden. Andernfalls würde diese zum nudum ius. Zum anderen habe gerade im vorliegenden Fall die Auftraggeberin selbst ein ausführliches Vorgehenskonzept für das Verhandlungsverfahren mit einem Short-Listing auf drei Bieter in ihren Ausschreibungsunterlagen erläutert. Das Vorgehen nach § 254 Abs 4 BVergG sehe sie selbst offensichtlich als Ausnahme an. Wenn sie daher diese Ausnahme für sich in Anspruch nehmen wolle, müsse dafür eine objektive Begründung vorhanden sein. Die Erläuterung der Auftraggeberin, sie habe nie vorgehabt über technische Parameter zu verhandeln, ohne dies jedoch in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, reiche für eine solche Begründung keinesfalls aus. Dies gelte ebenso für die auf bloßes Hörensagen gestützte unzutreffende Annahme der Auftraggeberin, die Antragstellerin habe ihr Angebot ohnehin nicht verbessern können. Die Antragstellerin hielt ihre Anträge aufrecht.

Am 13. August 2012 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. In dieser bestritt D\*\*\*, Rechtsvertreter der Auftraggeberin, das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 9. August 2012 vollinhaltlich. Es sei nicht richtig, dass es sich beim Angebot der Antragstellerin um das Bestangebot gehandelt habe. Die Antragstellerin verkenne, dass bei der gegenständlichen Ausschreibung das Bestbieterprinzip und nicht das Billigstbieterprinzip zur Anwendung komme. Herr A\*\*\* brachte vor, dass er nicht alle Unterlagen erhalten habe und daher nicht habe erkennen können, wie die Bewertung des technischen Angebots erfolgt sei. Insbesondere könne er nicht erkennen, wofür wie viele Punkte verteilt worden seien. D\*\*\* brachte vor, dass mit E-Mail vom 3. Mai 2012 alle Bieter zur Legung von Angeboten aufgefordert worden seien. Allen Mails seien die identen Ausschreibungsunterlagen angeschlossen gewesen. Der Erhalt dieses Mails sei am selben Tag bestätigt worden. Der Unterschied bei der Bewertung des technischen Angebotes der Antragstellerin zwischen der errechneten Punkteanzahl im abgegebenen Angebot und der Bewertung der Erstangebote rühre daher, dass die Antragstellerin bei Code 422 "Kontrollfenster in Beifahrertür unterer Bereich" statt "x" "65" eingetragen habe. Der Unterschied der Punkteanzahlen verändere die Reihung der Angebote nicht. Herr A\*\*\* brachte vor, dass die Zahlen in den Angeboten der Mitbewerber möglicherweise nicht korrekt seien. D\*\*\* bestritt dieses Vorbringen. Die Eintragungen in den Angeboten sämtlicher Bieter seien korrekt und es bestünde auch kein Zweifel an der Glaubwürdigkeit. Die mitbeteiligte Partei habe jedenfalls sämtliche MUSS-Kriterien erfüllt. Auf Grund ihres technisch besseren Angebotes sei sie auch im Vergleich zu der Antragstellerin wesentlich besser zu bewerten.

## 2. Sachverhalt

Die Flughafen Wien AG, die Betreiberin des Flughafens Wien-Schwechat, schreibt eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer über die Lieferung von acht Kehrblasgeräten zur Vorfeldreinigung in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach dem Bestbieterprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 5,200.000. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Bekanntmachung des Auftrags erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 7. April 2012 zur Zahl 2012/S 69-114877 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 5. April 2012 zur Zahl L-505588-244. Beide wurden am 4. April 2012 abgesandt. (amtliche Einschau unter [ted.europa.eu](http://ted.europa.eu) und [auftrag.at](http://auftrag.at))

Zuschlagskriterien sind der bewertungsrelevante Preis mit 75 % und die technische Leistung mit 25 %. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Nach Auswahl der Bieter in der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens sandte die Auftraggeberin die Ausschreibungsunterlagen allen Bietern per E-Mail. Alle Bieter bestätigten am selben Tag den vollständigen Erhalt der Ausschreibungsunterlagen. Das Leistungsverzeichnis ist eine Datei im Format Excel und enthält zwei Arbeitsblätter, das eigentliche Leistungsverzeichnis samt Erläuterungen mit der Bezeichnung "Leistungsverzeichnis-Z\_2012\_026", in dem die einzelnen Positionen als "Code" bezeichnet sind, und die automatisch errechnete Punkteanzahl für das Zuschlagskriterium "Technischer Wert" in den einzelnen Sollkriterien des Leistungsverzeichnisses unter der Bezeichnung "Bewertung". Im Datenblatt "Bewertung" sind die maximal erreichbare Punkteanzahl, die Methode der Berechnung der Punkteanzahl und die beim jeweiligen "Code" erreichte Punkteanzahl ausgewiesen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Angebotsschreiben in von der Auftraggeberin erstellten Ausschreibungsunterlagen lautet auszugsweise wie folgt:

"Sehr geehrte Frau E\*\*\*!

Mit diesem Schreiben übermitteln wir Ihnen unser rechtsverbindliches und für Sie unentgeltliches Angebot zu den in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und in der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen und bieten die ausschreibungsgegenständliche Leistung wie folgt an:

	Einheitspreis exkl. Ust.	USt. in %	Angebotspreis inkl. Ust.
Kehrblasgerät/Stück (gem. Leistungsverzeichnis)			
Garantie für 1000 Betriebsstunden/ Kehrblasgerät			

Preise für Ersatzteile siehe Datei  
"Z\_2012\_026\_Ersatzteile\_Kehrblasgeräte.xls"

und jeweils als OPTION:

	Einheitspreis exkl. Ust.	USt. in %	Angebotspreis inkl. Ust.
Technikerstunde ohne Reiseanteil			
Aufpreis für zusätzliche 250 Betriebsstunden Garantie pro Kehrblasgerät			

Weiters verpflichten wir uns bzw. erklären

- a) gemäß der Ausschreibung auf Grundlage des jeweils gültigen Bundesvergabegesetzes sowie auf Grundlage der Ausschreibungsbedingungen die geforderten Lieferungen/Leistungen zu den eingesetzten Preisen anzubieten und durchzuführen;
- b) alle Voraussetzungen für die Übernahme der Vertragspflichten zu erfüllen und die für die Erbringung der Leistung notwendigen Berechtigungen zu besitzen;
- c) Die Bestimmungen der Ausschreibung zu kennen, mit diesen vollinhaltlich einverstanden zu sein und als eindeutig und klar für die Erstellung des Angebotes befunden zu haben sowie befugt zu sein, die Lieferung/Leistung zu diesen Bestimmungen und den angebotenen Preisen zu erbringen und sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an das Angebot als gebunden zu erachten;
- d) ...

Datum und rechtsgültige Unterschrift: ..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lauten auszugsweise wie folgt:

"...

### 3. Ziel dieses Vergabeverfahrens bzw. Auftragsgegenstand

Ziel des Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß § 194 BVergG 2006 über Lieferung und Wartung von 8 Kehrblasgeräten für den Flughafen Wien.

### 4. Angebotspreise

Der Bieter hat im Angebotsanschreiben Preise für

- Kehrblasgeräte gem. Leistungsverzeichnis
- Garantiepreis p.a. für 1000 Betriebsstunden pro Kehrblasgerät
- Preise für Ersatzteile (gem. Datei "Z\_2012\_026\_Ersatzteile\_Kehrblasgeräte.xls")
- Preise für sonstige Ersatzteile
- Optional Garantieverlängerung für zusätzliche 250 Betriebsstunden anzubieten.

Die Preise für Ersatzteile, welche nicht in der Datei "Z\_2012\_026\_Ersatzteile\_Kehrblasgeräte.xls" angeführt sind, sind in einem Beiblatt dem Angebot beizulegen.

### 5. Informationen zum Vergabeverfahren

...

#### 5.3. Art des Vergabeverfahrens

Der Abschluss des Rahmenvertrages erfolgt nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der jeweils gültigen Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen. Für die FWAG kommen diesbezüglich die Bestimmungen für Sektorenauftraggeber zur Anwendung.

Die aktuelle Fassung des Bundesvergabegesetzes ist auf der Web-Site des Bundeskanzleramtes <http://www.ris.bka.gv.at> abrufbar.

...

#### 5.5 Ausschreibungsunterlagen

Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus

- diesen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen
- der Rahmenvereinbarung inkl. aller dort genannter Anlagen
- dem Angebotsschreiben samt Bietererklärungen
- dem "Leistungsverzeichnis"

- der Preisliste für Ersatzteile
- den Einkaufsbedingungen der FWAG

## 5.6 Warnpflicht

Die ausschreibende Stelle empfiehlt, die Ausschreibungsunterlagen nach Erhalt so schnell wie möglich auf Vollständigkeit und Verständlichkeit zu überprüfen. Sollten sich aufgrund der Prüfung Bedenken gegen die Ausschreibungsbedingungen ergeben (z.B. Widersprüchlichkeiten in den Bedingungen, Unvollständigkeiten, etc.), so hat der Bewerber die FWAG umgehend darauf hinzuweisen, um ehest eine Klärung im Zuge einer Berichtigung / Fragenbeantwortung durchführen zu können.

...

## 6. Angebotsbestimmungen

Der Bieter hat im Rahmen der ersten Angebotslegung ein Hauptangebot nach den Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen abzugeben. Ein nicht ausschreibungskonformes Hauptangebot wird ausgeschieden. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn Anforderungen der Ausschreibungen - insbesondere jene eines Leistungsverzeichnisses - nicht erfüllt werden.

Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden nicht zwingend ausgeschieden. Eine Vorreihung infolge Berichtigung eines Rechenfehlers ist zulässig.

Alternativangebote und/oder Abänderungsangebote im Rahmen der ersten Angebotslegung sind unzulässig.

### 6.1 Angebotspreise

Der Bieter hat einen Pauschalpreis (Einheitspreis) für alle geforderten Leistungen anzubieten. Der Einheitspreis wird für die Bestbieterermittlung herangezogen.

Der Einheitspreis ist ein Pauschalpreis, der insbesondere alle Nebenleistungen, sonstigen Leistungen, Gebühren und Abgaben sowie das erforderliche technische Equipment umfasst, auch wenn sie in diesem Vertrag nicht gesondert aufgeführt sind, aber zur Herbeiführung des vertraglichen Leistungserfolges erforderlich sind.

Die gesetzliche Umsatzsteuer ist gesondert auszuweisen. Der Angebotspreis ist daher die Summe aus Einheitspreis und gesetzlicher Umsatzsteuer.

Die nach Abschluss des Verhandlungsverfahrens angebotenen Preise sind unveränderliche Preise für 2012 und 2013. Danach gelten die Preisanpassungsklauseln gem. Rahmenvereinbarung.

### 6.2 Inhalt des Angebotes

Das Angebot hat zu bestehen aus

- dem vollständig ausgefüllten und rechtsverbindlich unterzeichneten Angebotsanschreiben samt Einheitspreis, Angebotspreis und Bietererklärungen,
- dem vollständig ausgefüllten "Leistungsverzeichnis" (siehe Datei "Z\_2012\_026\_Leistungsverzeichnis\_Kehrblasgeräte.xls",
- der Preisliste für Ersatzteile (siehe Datei Z\_2012\_026\_Ersatzteile\_Kehrblasgeräte.xls',
- den sonstigen Beschreibungen, Prospekte, etc. der angebotenen Geräte (falls verfügbar)
- einer CD/DVD mit den Angebotsunterlagen.

...

Es wird darauf hingewiesen, dass der Bewerber für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Angebotes haftet. Fehlende oder falsche Angaben können zum Ausscheiden eines Angebotes führen.

Die Erstellung des Angebotes und alle damit verbundenen Aufwände werden nicht vergütet.



### 6.3 Angebotsfrist und Angebotsöffnung

Die eindeutig als Angebot identifizierbaren Umschläge müssen unter Wahrung der Rechtzeitigkeit bis spätestens 31. Mai 2012, 13:00 Uhr

in der Flughafen Wien AG, \*\*\*\*,  
\*\*\*\*, Büro Fr. F\*\*\*\*

in einem verschlossenen Behältnis einlangen bzw. vorliegen. Nicht fristgerecht eingereichte Angebote werden im Verfahren nicht berücksichtigt bzw. sind aus diesem auszuscheiden.

Die Öffnung der Angebote erfolgt nach Ablauf der Angebotsfrist. Eine Teilnahme von Bietervertretern bei der Öffnung der Angebote ist nicht vorgesehen.

Die Abgabe von Angeboten ist Montag - Donnerstag von 09:00 - 15:30 Uhr und Freitag von 09:00 - 14:00 Uhr möglich!

### 7. Verfahrensablauf nach der Angebotsöffnung

Die Angebote werden zuerst formal und inhaltlich geprüft. Die formal gültigen Angebote werden gem. den Bestimmungen der Bewertungskriterien (siehe Pkt. 7.2, 'Zuschlagskriterien und Zuschlagsfrist') gereiht.

Anschließend werden die Verhandlungen in technischer, finanzieller und rechtlicher Hinsicht durchgeführt. Der Auftraggeber beabsichtigt, entsprechend der Reihung nur mit den besten drei Bietern Verhandlungen zu führen. Dies sind jene mit den höchsten Bewertungspunkten.

Die Termine der Verhandlungsgespräche werden den Bietern fristgerecht per E-Mail bekannt gegeben. Die Verhandlungsgespräche mit den Bietern werden in deutscher Sprache geführt. Das Ergebnis der Verhandlungen wird in einem Verhandlungsprotokoll festgehalten. Nach erfolgreichem Abschluss der Verhandlungen werden die Bieter gleichzeitig auf Basis der Ausschreibungsunterlagen und der Verhandlungsprotokolle zur Übermittlung eines 'last and final offer' aufgefordert. Danach werden diese Angebote wiederum bewertet und das Angebot mit den meisten Bewertungspunkten erhält den Zuschlag.

Die ausschreibende Stelle behält sich jedoch vor, Verhandlungen nur mit dem bestgereihten Bieter zu führen und mit den folgend gereihten Bietern nur dann zu verhandeln, wenn mit dem jeweils vorgereihten Bieter die Verhandlungen nicht positiv abgeschlossen wurden.

#### 7.1 Angebotsprüfung und vertiefte Angebotsprüfung

Der Auftraggeber ist berechtigt, alle im Angebot des Bieters gemachten Angaben zu überprüfen oder durch einen Dritten überprüfen zu lassen. Der Bieter hat in einem solchen Fall entsprechende Unterlagen vorzulegen.

Sollte bei der Prüfung festgestellt werden, dass seitens des Bieters falsche Angaben gemacht wurden, kann sein Angebot mangels Zuverlässigkeit des Bieters ausgeschieden werden.

Zum Zweck der Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung werden die vom Bieter anzuführenden Angebotspreisbestandteile als wesentliche Positionen festgelegt.

#### 7.2 Zuschlagskriterien und Zuschlagsfrist

Die Entscheidung, mit welchem geeigneten Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen wird, wird nach dem Bestbieterprinzip auf Basis einer kaufmännisch-technischen (qualitativen) Bewertung gefällt.

Die kaufmännisch-technische Bewertung erfolgt ausschließlich für formal gültige Angebote unter Zugrundelegung folgender gewichteter Zuschlagskriterien:

- Bewertungsrelevanter Gesamtpreis/TCO
- Technische Leistung (gem. Bewertungskatalog des Leistungsverzeichnisses)

Das Verhältnis der Zuschlagskriterien zueinander (Spalte "Rel. Gewicht") und die maximal erreichbare Punktezahl je Zuschlagskriterium ist in der folgenden Tabelle ersichtlich:

Kriterium	Punkte	Rel. Gewicht in %	Max. Punktezahl (Bewertungspunkte)
Bewertungsrelevanter Gesamtpreis	400	75	300
Technische Leistung	400	25	100
Gesamt		100	400

Auf Basis der erreichten Gesamtpunkteanzahl wird eine Reihung der technisch-wirtschaftlich günstigsten Angebote vorgenommen.

Die Zuschlagsfrist endet 2 Monate nach Ende der Angebotsfrist. Die Bieter sind an ihr Angebot bis zum Ende der Zuschlagsfrist gebunden. Der Auftraggeber beabsichtigt jedoch, den Zuschlag bis 31. Juli 2012 zu erteilen.

## 7.2.1 Detaillierungen und Beispiele zu den Bewertungskriterien

### 7.2.1.1 Bewertungsrelevanter Gesamtpreis

Der Bewertungsrelevante Gesamtpreis setzt sich aus folgenden Positionen zusammen:

- Einheitspreis/Kehrblasgerät x 8
- + Gesamtangebotspreis der Ersatzteile (exkl. USt.)
- + Einheitspreis/Jahr für 1000 Betriebsstunden Garantie x 8
- = Bewertungsrelevanter Gesamtpreis

Jenes Angebot mit dem niedrigsten bewertungsrelevanten Gesamtpreis erhält 400 Punkte und wird mit 75%-Punkten gewichtet. Alle weiteren Angebote werden entsprechend dem proportionalen Verhältnis zu dem Angebot mit dem niedrigsten bewertungsrelevanten Gesamtpreis bewertet.

Beispiel:

Berechnungsformel =  $(\text{niedrigster bew. rel. Gesamtpreis} / \text{bew. rel. Gesamtpreis Angebot Y}) \times 400 \times 75\%$   
 Bestes Angebot: Euro 3.200.000,-- (= 400 Punkte)  
 Angebot Y = Euro 3.670.000,--  
 $3.200.000 / 3.670.000 \times 400 \times 0,75 = 261,58$  Punkte für das Angebot Y

### 7.2.1.2 Technische Leistung

Für die im Leistungsverzeichnis, Tabellenblatt "Bewertung" angeführten Kriterien werden maximal 400 Punkte vergeben. Die erreichbaren Punkte sind ebenfalls in genannter Tabelle angeführt. Die Summe der erreichten Punkte wird mit einem 25%-Faktor gewichtet.

### 7.2.1.3 Preise für Ersatzteile

In der Datei 'Z\_2012\_026\_Ersatzteile\_Kehrblasgeräte.xls' sind unterschiedliche Ersatzteile angeführt, für die entsprechende Angebotspreise anzubieten sind. Die Preise werden mit einer Häufigkeitszahl multipliziert und die Gesamtsumme wird zur Bestbieterermittlung herangezogen.

## 7.3 Sonstige Bestimmungen und Hinweise

Es gelten ausschließlich die durch den Auftraggeber vorgegebenen Inhalte der Ausschreibungsunterlagen.

Bei nachweisbaren Absprachen zwischen Bietern werden die betroffenen Bieter sofort ausgeschlossen."  
 (Unterlagen des Vergabeverfahrens)



Das Leistungsverzeichnis lautet auszugsweise wie folgt:

"Infofeld:                   erreichte   Kontrollen -  
                                  Punkteanzahl   Meldungen

8. Leistungsverzeichnis Kehrbiasgeräte Z\_2012\_026

Das Formular ist der in Verwendung befindlichen Office Version entsprechend, am PC vollständig auszufüllen und danach als neue Datei (Anbot NAME.xls [für Office bis Version 2003] bzw. Anbot NAME.xlsx [für Office ab Version 2007]) auf die CD zu brennen. Zusätzlich ist diese Datei auszudrucken, zu unterfertigen und mit der CD als Beilage dem Angebot beizulegen und rechtzeitig an die Flughafen Wien AG, \*\*\*\*, z. Hd. Fr. F\*\*\*, 1300 Flughafen Wien zu senden oder abzugeben.

Alle grau hinterlegten Felder sind vom Bieter auszufüllen bzw. gegebenenfalls anzukreuzen (ausgenommen bei frei wählbaren Alternativmöglichkeiten - dann ist nur eines der grauen Felder ankreuzen).

Spalte M    wenn von VIE angekreuzt, MUSS dieser Punkt unbedingt erfüllt werden. Andernfalls kann das Angebot nicht am Auswahlverfahren teilnehmen

Spalte       hier werden, nur wenn das Feld grau hinterlegt ist, vom  
DATEN       Bieter je nach Bedarf DATEN (Typenbezeichnungen, definitive Maße, tatsächliche Werte, garantierte Zeiten, usw.) eingetragen

Spalte A    hier wird jeweils nur die zur Ausführung gelangende Alternative mit einem x (unbedingt als Kleinbuchstabe) angekreuzt  
In nicht grau hinterlegte Felder darf nichts eingetragen werden.

Die Vollständigkeit und Plausibilität der in die grauen Felder eingetragenen Daten wird im Tabellenblatt 'Bewertung' gecheckt. Nur wenn am Anfang des Tabellenblattes 'Leistungsverzeichnis' im Info-Feld 'O.K.' erscheint, sind alle erforderlichen Daten vollständig und bewegen sich innerhalb der vorgegebenen Minimal- oder Maximalwerte. Andernfalls kann das Angebot nicht am Auswahlverfahren teilnehmen. Ebenso werden im Blatt 'Bewertung' die Punkte für Technik automatisch berechnet und angezeigt.

100       Allgemein:

101       Der Winterdienst am Flughafen Wien hat sich nach Jahren der Räumtätigkeit mit verschiedensten Gerätearten und - Typen zu einem bestimmten, den speziellen Umständen entsprechenden Gerätekonzept entschlossen:

102       Pflug - Vorderachse - Gebläse (optional) - Kehrbürste gegen die Fahrtrichtung - Hinterachse - Heckblaseinrichtung (zusammengefasst zu einem kompakten, wendigen Gerät, das aufgrund der Garagierungsproblematik nicht länger als 13,5 m sein darf).

103       Die Gegebenheiten (hohe Schneegewichte, Räumung von engen Kurvenradien) und der Einsatzzweck erfordern starke Motorisierung, Allradantrieb und Allradlenkung.

104       Die Pflugbreite muss so gewählt werden, dass auch bei Kurvenfahrt und Schrägstellung die Bürste immer auf einer pflugreinen Fläche läuft.

105       Es sollen, bevor die Bürste die pflugreine Fläche reinigt, möglichst wenige Räder (nur eine Achse) den Restschnee verpressen. Ein möglichst guter Blick über die Spiegel auf das Kehr Bild erfordert die Situierung der Kehrbürste unter oder knapp hinter dem Fahrer.

106       Das Fahrzeug muss enge Kurvenradien und geringe Überhänge aufweisen. Aufgrund des häufigen Reversierbedarfes sind Anhänger oder sattelschlepperartige Geräte nicht brauchbar.

- 107 Das Gerät muss für hohe Arbeitsgeschwindigkeiten und für die Verarbeitung von Pulverschnee, sowie vereistem oder matschigem Schnee geeignet sein.
- 108 VIE-Norm-Schneebeleg: Schneegewicht 300 kg/m<sup>3</sup>  
Schneehöhe 5 cm
- 109 Die einzelnen Personen des Personals nutzen das Gerät relativ selten. Daher muss es extrem einfach zu bedienen sein und möglichst viel Rundumsicht bieten. Kompaktheit, Wendigkeit, und eine gute Beleuchtungsanlage sind Grundbedingung.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 9. Mai 2012 versandte die Auftraggeberin die

"2. Fragebeantwortung" an alle Bieter. Am 14. Mai 2012 versandte die Auftraggeberin die "1. Berichtigung" an alle Bieter. Am 25. Mai 2012 versandte die Auftraggeberin die "3. Fragebeantwortung" an alle Bieter. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die A\*\*\* wurde neben der C\*\*\*, der B\*\*\* und der G\*\*\* zur Angebotslegung eingeladen. Am 31. Mai 2012 erfolgte die Angebotsöffnung. Die A\*\*\* legte ein Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro 4.000.270 ohne USt und einer Punktesumme von 201,5 Punkten, die C\*\*\* ein Angebot mit einem Gesamtpreis vom Euro 4.638.848 ohne USt und einer Punktesumme von 167,7 Punkten und die B\*\*\* ein Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro 4.064.260 ohne USt und einer Punktesumme von 300,4 Punkten. Die G\*\*\* gab nur ein Kuvert mit einem Absageschreiben ab. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Angebot der A\*\*\* wurde mit 300,00 Preispunkten und 47,03 Technikpunkten, somit 347,03 Gesamtpunkten bewertet. Das Angebot der C\*\*\* wurde mit 258,70 Preispunkten und

41,92 Technikpunkten, somit 300,62 Gesamtpunkten bewertet. Das Angebot der B\*\*\* wurde mit 295,28 Preispunkten und

75,10 Technikpunkten, somit 370,37 Gesamtpunkten bewertet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 13. Juni 2012 fanden Verhandlungen mit der B\*\*\* statt. Dabei wurden der Treibstoffvorrat, Preise der Ersatzteile, die Lieferzeit, die Einrichtung eines Konsignationslagers am Flughafen Wien Schwechat, die Preisgestaltung und die Zahlungsbedingungen besprochen. Die Auftraggeberin räumte ihr eine Frist bis 19. Juni 2012 für eine schriftliche Stellungnahme in Form eines "last-andfinal- offers" ein. ("Besprechungsprotokoll Z/Bi/210 vom 2012-06-13" in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 19. Juni 2012 legte die B\*\*\* die Angaben nach der Besprechung vom 13. Juni 2012 vor. Darin verwies sie auf das gelegte Angebot, gab neue Preise an, legte eine Ersatzteilliste vor und nahm zu der Einrichtung eines Konsignationslagers Stellung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Vergabevorschlag vom 25. Juni 2012 wurde die B\*\*\* mit einem bewertungsrelevanten Gesamtpreis von Euro 3.920.260 und einer Bewertung von 300,00 Preispunkten und 75,10 Technikpunkten, somit 370,37 Gesamtpunkten für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorgeschlagen. Die A\*\*\* wurde mit einem bewertungsrelevanten Gesamtpreis von Euro 4.000.270 und einer Bewertung von 294,00 Preispunkten und 47,03 Technikpunkten, somit 341,03 Gesamtpunkten an zweiter Stelle gereiht. Die C\*\*\* wurde mit einem bewertungsrelevanten Gesamtpreis von Euro 4.638.848 und einer Bewertung von 253,53 Preispunkten und 41,92 Technikpunkten, somit 295,44 Gesamtpunkten an dritter Stelle gereiht. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 3. Juli 2012 sandte die Auftraggeberin folgendes Telefax an die Antragstellerin:

"Vergabeverfahren 'Kehrblasgeräte', GZ Z-2012-026

Sehr geehrter Bieter!

Sie haben zu dem von der FWAG durchgeführten Vergabeverfahren 'Kehrblasgeräte', GZ Z-2012-026 ein Angebot gelegt.

Aufgrund des Ergebnisses der Bestbieterermittlung beabsichtigt die FWAG den Zuschlag an folgendes Unternehmen zu erteilen:

Der bewertungsrelevante Gesamtpreis zur Erbringung der Gesamtleistung beträgt Euro 3.920.260,- excl. USt. Bzw. 300 Preisbewertungspunkte. Bei der technischen Leistung wurden 75,10 Punkte erzielt. Das beste Angebot erreicht somit 375,10 Gesamtpunkte.

Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes:

Der bewertungsrelevante Gesamtpreis Ihres Angebots liegt bei Euro 4.000.270,- bzw. 294 Bewertungspunkten. Das Angebot des Bestbieters ist daher um Euro 80.010,- bzw. 6 Bewertungspunkte vorteilhafter.

Die Bewertung der technischen Leistung Ihres Angebotes liegt bei 47,03 Bewertungspunkten. Das Angebot ist daher um 28,07 Punkte vorteilhafter.

Besondere Vorteile des Bestbieter-Angebots liegen u.a. bei der Gesamtlänge des Fahrzeuges (Code123), bei der Motorengesamtleistung für den Fahr- und Arbeitsbetrieb (Code173), beim Automatikgetriebe (Code201b), bei der Bürstendrehzahl (Code505), bei der Gesamtluftmenge der Gebläse (Code601) und bei der Pflugscharhöhe (Code703).

Gründe für die Ablehnung Ihres Angebotes:

Ihr Angebot kann für den Zuschlag nicht berücksichtigt werden, weil dieses aus den oben genannten Gründen im Bewertungsverfahren nicht als bestes Angebot hervorgegangen ist.

Stillhaltefrist gemäß § 273 BVergG 2006:

Die Stillhaltefrist beträgt 10 Tage und endet am 13. Juli 2012, 24:00 Uhr. Die Flughafen Wien AG bedankt sich für Ihr Interesse am gegenständlichen Verfahren und Ihr Angebot."

Ein gleichartiges Telefax erging am selben Tag an die C\*\*\*. Der B\*\*\* teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige, ihr den Zuschlag zu erteilen. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Rahmenvereinbarung wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht abgeschlossen, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Stellungnahme der Auftraggeber)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 9.000 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit der Sachverhaltsfeststellung zugrunde gelegt, als sie unbestritten geblieben sind. Die Aussagen von Herrn A\*\*\*, dass die Antragstellerin nicht über die vollständigen Teilnahmeunterlagen verfügt habe, ist insofern unglaubwürdig, als die Auftraggeberin auch der Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen geschickt und die Antragstellerin den Empfang dieser Ausschreibungsunterlagen bestätigt hat, sie auf Grundlage des Leistungsverzeichnisses im Dateiformat xlsx ein Angebot erstellt hat und selbst angegeben hat, noch vor der Verhandlung versucht zu haben, wie das Leistungsverzeichnis auf falsche Eingaben reagiere. Auch konnte die Antragstellerin trotz Aufforderung keine unvollständige Datei vorweisen. Für die Annahme, dass andere Bieter, insbesondere die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung in ihrem Angebot falsche Angaben gemacht habe, besteht bei Vergleich der Angebote keine Grundlage. Auch sprengt dieses Vorbringen gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG den Verfahrensgegenstand des Nachprüfungsverfahrens, den die Antragstellerin durch die gemäß § 322 Abs 1 Z 5 BVergG zwingend im Nachprüfungsantrag enthaltenen Beschwerdepunkte abschließend festgelegt hat (zB VwGH 25. 1. 2011, 2006/04/0200; BVA 19. 4. 2010, N/0008-BVA/02/2010-30; BVA 1. 8. 2011, N/0053-BVA/11/2011-31). Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

### 3. Rechtliche Würdigung

Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG, BGBl I 17/2006 idF BGBl I 10/2012 lauten:

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. ...

16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa) ...

dd) im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

ee) ...

jj) bei der Rahmenvereinbarung gemäß § 192 Abs. 7:

hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß sublit. aa) bis ee) oder nn) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

kk) ...

b) Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen sind alle übrigen, den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorhergehenden Entscheidungen. Diese können nur in dem gegen die ihnen nächst folgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden.

17. ...

49. Zuschlagsentscheidung ist die an Bieter abgegebene, nicht

verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.

50. ...

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 187. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen

§ 192. (1) Die Vergabe von Aufträgen über Leistungen hat im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, eines dynamischen Beschaffungssystems, einer Direktvergabe, einer Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb oder auf Grund einer Rahmenvereinbarung zu erfolgen.

(2) ...

(5) Beim Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

(6) ...

Abschluss von Rahmenvereinbarungen

§ 197. (1) Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 194 oder 195 abgeschlossen wurde.

(2) Das Instrument der Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Weise angewendet werden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.

(3) Die Partei oder die Parteien der Rahmenvereinbarung werden nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 194 oder 195 ermittelt. Der Sektorenauftraggeber hat den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nachweislich mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lautereren Wettbewerb

schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß § 195 Z 4 oder 8 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde.

(4) Der Sektorenauftraggeber darf die Rahmenvereinbarung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist abschließen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage. Für eine freiwillige Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung gelten die §§ 210 Abs. 2 und 219 Abs. 5 sinngemäß.

#### Ablauf des Verhandlungsverfahrens

§ 254. (1) Der Sektorenauftraggeber darf mit dem Bieter oder den Bietern über den gesamten Leistungsinhalt verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Der Sektorenauftraggeber darf Informationen nicht in solcher Weise diskriminierend weitergeben, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können.

(2) Ein Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern kann in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Der Auftraggeber kann die Anzahl der Angebote an Hand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien verringern. Der Sektorenauftraggeber hat jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich von dieser Entscheidung zu verständigen. Die vom Sektorenauftraggeber gewählte Vorgangsweise ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. In der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens mit mehreren Bietern kann der Sektorenauftraggeber auch mit nur einem Bieter verhandeln.

(3) Der Sektorenauftraggeber hat, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

(4) Der Sektorenauftraggeber kann sich in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten, dass er bei einem Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern im Fall der Abgabe von vollständig ausgearbeiteten und vergleichbaren Angeboten Verhandlungen nur mit dem Bieter des bestgereihten Angebots führt und er mit den übrigen Bietern Verhandlungen nur dann führt, wenn die Verhandlungen mit dem Bieter des bestgereihten Angebots nicht erfolgreich abgeschlossen werden.

(5) An den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien darf, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht anderes festgelegt wurde, während des Verhandlungsverfahrens keine Änderung vorgenommen werden.

(6) Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer sind bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.

#### Prüfung der Angebote

§ 267. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 187 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe des § 231 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

#### Wahl des Angebotes für den Zuschlag

§ 271. (1) Unbeschadet anderer Rechtsvorschriften über die Vergütung bestimmter Dienstleistungen ist der Zuschlag

1. entweder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den Angaben in der Ausschreibung, oder
2. dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

(2) Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten.

#### Zuständigkeit

§ 312. (1) Das Bundesvergabeamt ist nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Unterabschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Unterabschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Unterabschnitt) zuständig.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

#### Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) ...

#### Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

#### Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

§ 322. (1) Ein Antrag gemäß § 320 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,
2. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, insbesondere bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,
4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
5. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet,
6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
7. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung, und
8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Der Antrag ist jedenfalls in folgenden Fällen unzulässig, wenn

1. er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet,
2. er nicht innerhalb der in § 321 genannten Fristen gestellt wird, oder
3. er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß verbührt wurde.

(3) ...

#### Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) ...

#### 3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes



Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Flughafen Wien AG. Sie übt als Betreiberin des Flughafens Wien-Schwechat eine Sektorentätigkeit gemäß § 172 BVergG aus und ist damit Sektorenauftraggeberin gemäß § 163 BVergG (zB BVA 22. 5. 2006, N/0024-BVA/16/2006-038; 3. 4. 2007, N/0018-BVA/10/2007-029). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 1 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 17. Juli 2012, OZ 13, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

### 3.2 Zulässigkeit des Antrags

Ein Nachprüfungsantrag ist gemäß §§ 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 und 322 Abs 2 Z 1 BVergG nur dann zulässig, wenn er sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet. Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit jj iVm sublit dd BVergG ist bei der Vergabe einer Rahmenvereinbarung die "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll", statt der im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb anfechtbaren "Zuschlagsentscheidung" anfechtbar. Im vorliegenden Vergabeverfahren gab die Auftraggeberin jedoch keine "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll", sondern eine "Zuschlagsentscheidung" bekannt. Gegen diese wendet sich der verfahrenseinleitende Nachprüfungsantrag. Auch wenn die Auftraggeberin die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, als Zuschlagsentscheidung bezeichnete, wird der Nachprüfungsantrag, der sich gegen die Zuschlagsentscheidung wendet, nicht unzulässig, weil die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin klar und eindeutig bezeichnet ist, die Bezeichnung der Auftraggeberin gewählt wurde, jede Entscheidung der Auftraggeberin anfechtbar sein muss (zB EuGH 12. 12. 2002, Rs C-470/99, Universale-Bau u.a., Slg 2002, I-11617, Rn 71; EuGH 19. 6. 2003, Rs C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner, Slg 2003, I-6413, Rn 30; EuGH 11. 10. 2007, Rs C-241/06, Lämmerzahl, Slg 2007, I-8415, Rn 51) und ein Irrtum der Auftraggeberin nicht zu Lasten der rechtsschutzsuchenden Bieterin gehen kann (zB BVA 4. 2. 2011, F/0008-BVA/08/2010-75).

Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung bringt zusammengefasst vor, dass es sich bei der Entscheidung, dass die Auftraggeberin von Punkt 7 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen Gebrauch gemacht und nur mit einem Bieter verhandelt hat, um eine "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase" gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG handelt, die die Antragstellerin gesondert anfechten müssen hätte. Diese Entscheidung wurde den Bietern nach den vorliegenden Unterlagen jedoch weder vor Bekanntgabe der "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll", noch gemeinsam mit der angefochtenen "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll", bekanntgegeben, da sich darin überhaupt kein Hinweis auf geführte Verhandlungen findet. Der Antragstellerin konnte nur bekannt sein, dass mit ihr selbst nicht verhandelt wurde. Mit wem die Auftraggeberin sonst verhandelt hat, kann sie aufgrund der Geheimhaltungspflicht des § 254 Abs 6 BVergG auch nicht wissen.

Bei einer Entscheidung des Auftraggebers handelt es sich gemäß § 2 Z 16 BVergG um jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren. Die Entscheidung, nur mit dem bestgereihten Bieter zu verhandeln, ist zweifellos eine solche Festlegung. Allerdings erlangt sie - zumindest gegenüber der Antragstellerin - keinerlei Publizität. Da jedoch gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG nach außen in Erscheinung treten müssen, kann dieser Entscheidung schon aus diesem Grund nicht die Qualität einer gesondert anfechtbaren Entscheidung zukommen. Die Auftraggeberin hat zwar in Punkt 7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zwar eine Scoring-Entscheidung im Sinne des § 254 Abs 2 BVergG durch die Festlegung, mit den drei nach Bewertung der Erstangebote bestgereihten Bietern verhandeln zu wollen, angekündigt. Sie hat von dieser grundsätzlich vorgesehen Vorgangsweise jedoch Abstand genommen, die ebenfalls angekündigte Vorgangsweise nach § 254 Abs 4 BVergG gewählt und nur mit dem bestgereihten Bieter verhandelt. Dazu ist allerdings im BVergG keine ausdrückliche Scoring-Entscheidung, insbesondere keine Verständigung der Bieter, mit denen nicht weiter verhandelt wird, vorgesehen. Eine solche Entscheidung erging auch nicht. Die Antragstellerin war daher nicht verpflichtet, die Nichtigerklärung einer Scoring-Entscheidung zu beantragen, sondern konnte die Nichtigerklärung der Nicht-Einladung zu Verhandlungen - implizit - zusammen mit der "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung

abgeschlossen werden soll", beantragen, da sie noch in dem von den gesondert anfechtbaren Entscheidungen der "Festlegungen während der Angebotsfrist" in Form der 3. Fragebeantwortung und der angefochtenen "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll", begrenzten Abschnitt des Vergabeverfahrens liegt (RV 1171 BlgNR XXII. GP 13).

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen und kein Grund für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß § 322 Abs 2 BVergG erkennbar ist.

Im Ergebnis ist daher der Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG vorliegen. Es liegt kein Grund für eine Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor. Die Pauschalgebühr wurde nach Aufforderung vollständig bezahlt.

### 3.3 Inhaltliche Beurteilung

Die Antragstellerin wendet sich - zusammengefasst - gegen das Unterlassen von Verhandlungen mit ihr, da ihr die Möglichkeit genommen worden sei, ihr Angebot in Verhandlungen zu optimieren.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht angefochten wurde und daher bestandsfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rpsr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065).

Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024).

In einem Verhandlungsverfahren kommt gerade im Sektorenbereich dem Auftraggeber ein größerer Spielraum als im offenen und nicht offenen Verfahren zu, den Gang des Verfahrens festzulegen (zB BVA 1. 8. 2012, N/0067-BVA/05/2012-23). Der Gesetzgeber wollte die Formalisierung des Verhandlungsverfahrens auf ein Minimum reduzieren (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup>, [2009] § 254 Rz 6). Dem Auftraggeber steht es dabei auch frei, den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens durch Form- oder Fristvorgaben den formalisierten offenen oder nicht offenen Verfahren anzunähern (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> [2010] Rz 739). Dabei kommt den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß § 187 Abs 1 BVergG besondere Bedeutung zu (BVA 15. 9. 2009, N/0083-BVA/12/2009-32; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup>, [2009] § 254 Rz 60). Der Auftraggeber ist allerdings gefordert, den Gang des Verfahrens verbindlich und für alle Bewerber und Bieter transparent festzulegen (zB BVA 7. 11. 2011, N/0094-BVA/06/2011-26; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> [2010] Rz 739) und ist selbst in weiterer Folge ebenso wie die Bieter nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter an diese Festlegungen gebunden (EuGH 22. 6. 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt", Slg 1993, I-3353, Rn 37; BVA 19. 12. 2008, N/0148-BVA/12/2008-20 mwN).

Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen. Andernfalls ist ihr Angebot auszuschneiden (BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25). Die Festlegungen in Punkt 7 der Ausschreibungsbedingungen verlangen vollständige und vergleichbare Angebote, um die Zuschlagskriterien anwenden zu können. Andernfalls könnte die Auftraggeberin nicht ermitteln, welche Angebote wie gereiht sind, um den oder die Bieter für Verhandlungen auszuwählen.

Die Prüfung der Angebote hat gemäß § 267 Abs 1 BVergG in erster Linie anhand der Festlegungen der Ausschreibung zu erfolgen (zB BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> [2010] Rz 1358).

Für öffentliche Auftraggeber besteht zwar gemäß § 105 Abs 1 BVergG eine Pflicht, mit jedem Bieter zumindest einmal zu verhandeln (zB UVS Steiermark 9. 2. 2009, 443.15-4/2008). § 105 Abs 1 BVergG normiert nämlich, dass der Auftraggeber bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern mit diesen über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln hat. Im Gegensatz dazu legt § 254 Abs 1 BVergG lediglich fest, dass der Sektorenauftraggeber mit dem Bieter oder den Bietern über den gesamten Leistungsinhalt verhandeln darf. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber für Sektorenauftraggeber gerade keine Verhandlungspflicht festlegen wollte (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup>, [2009] § 254 Rz 9; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> [2010] Rz 743). Die Auftraggeberin war daher schon aus diesem Grund nicht verpflichtet, mit jedem Bieter zumindest einmal zu verhandeln.

Die Ausschreibung ist stark an ein offenes Verfahren angenähert. Das Leistungsverzeichnis enthält Mindestanforderungen und Soll-Kriterien, die mit Punkten bewertet werden. Diese Bewertungspunkte kann der Bieter bereits beim Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses sehen und erkennen, wie weit er von der höchstmöglichen Punktezahl entfernt ist. Die Leistung ist durch die Mindestanforderungen konkret beschrieben. Alternativ- und Abänderungsangebote sind nach Punkt 6 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen bei Legung der Erstangebote unzulässig, was die Bindung der Bieter an die Vorgaben der Ausschreibung unterstreicht. Die Auftraggeberin hat in den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis und in einzelnen Leistungsparametern festgelegt, was ihr von besonderer Bedeutung ist. Die Bieter waren daher in der Lage, auch bei - zugestanden - in einem gewissen Rahmen individuell angefertigten Kehrblasgeräten die Anforderungen der Auftraggeberin zu erkennen und ein auf diese Anforderungen zugeschnittenes Produkt anzubieten. So hatte auch die stattgefundene Verhandlung mit der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung auf technischer Ebene eher den Charakter eines Aufklärungsgesprächs als den Charakter einer Verhandlung mit technischen Anpassungen. Auch das Angebot der Antragstellerin enthielt ein für den Einsatzzweck taugliches Kehrblasgerät, wobei es sich in diesem Zusammenhang erübrigt, auf etwaige Möglichkeiten der technischen Anpassung einzugehen, weil die Bieter - wie unten auszuführen sein wird - bereits mit dem Erstangebot ein optimales Gerät anbieten mussten. So waren die Angebote auch vergleichbar und es hätte ihnen - abgesehen von allfälligen Aufklärungen, die den Rahmen der Aufklärungen in einem offenen Verfahren nicht sprengten, - unmittelbar der Zuschlag erteilt werden können. Daher waren sie einer Bewertung unter Anwendung der Zuschlagskriterien zugänglich. Schließlich konnte jeder Bieter die Bewertung seines Angebots im Zuschlagskriterium "Technische Leistung" bereits bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses sehen und gab diese Bewertungspunkte mit seinem Angebot ab.

Für das gegenständliche Vergabeverfahren sind die Festlegungen in Punkt 7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen maßgeblich. Demnach bewertet die Auftraggeberin alle Erstangebote nach den Zuschlagskriterien. Grundsätzlich wollte er mit den drei bestgereihten Bieter verhandeln. Dies setzt bei einer größeren Zahl als drei Bieter bereits eine Scoring-Entscheidung gemäß § 254 Abs 2 BVergG voraus. Daher konnte kein Bieter sicher sein, überhaupt zu Verhandlungen eingeladen zu werden. Um überhaupt eine Chance zu haben, zu Verhandlungen eingeladen zu werden, waren die Bieter durch den festgelegten Ablauf des Vergabeverfahrens gezwungen, bereits mit dem Erstangebot ein aus ihrer Sicht bestmögliches Angebot unter Berücksichtigung der im Leistungsverzeichnis bestandsfest festgelegten Anforderungen der Auftraggeberin zu legen. Angemerkt sei, dass die Auftraggeberin eine Optimierung des Angebots in Hinblick auf ihre Anforderungen auch durch die Gestaltung des Leistungsverzeichnisses unterstützte, die eine sofortige Erkennbarkeit der abschließenden Bewertung im Zuschlagskriterium "Technische Leistung" und damit den Vergleich mit der höchsten erreichbaren Punkteanzahl ermöglicht.

Darüber hinaus behielt sich die Auftraggeberin vor, nur mit dem bestgereihten Bieter zu verhandeln. Es waren zwar keine weiteren Kriterien für die Ausübung dieses Ermessens festgelegt, allerdings entspricht diese Festlegung § 254 Abs 4 BVergG, der die Ausübung des Ermessens auch nicht an weitere Voraussetzungen bindet.

Für die Auftraggeberin bestand daher nur die Möglichkeit, mit einem oder mit drei Bieter zu verhandeln. Die von der Antragstellerin eingeforderte Möglichkeit, mit der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung und mit ihr zu verhandeln, bestand nach den Festlegungen der Ausschreibung nicht.

Für Verhandlungen mit nur einem Bieter finden sich in der Literatur die Voraussetzungen, dass zumindest mit dem Verfasser des besten Erstangebots verhandelt wird, die Vorgangsweise zuvor angekündigt worden war und vollständig ausgearbeitete und vergleichbare Angebote vorliegen (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> [2010] Rz 742). Weiters dürfen die Anpassungen und Präzisierungen des Vertragsgegenstandes nicht so weit gehen, dass andere Bieter bei Gelegenheit zur Anbotslegung unter den neuen Aspekten des Ausschreibungsgegenstandes eine Chance auf die Bestbieterstellung hätten. Auch dürfen die Anpassungen nicht zu einer Verschlechterung der Bewertung unter Anwendung der Zuschlagskriterien führen, wohingegen eine Verbesserung zulässig ist (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup>, [2009] § 254 Rz 15).

Im vorliegenden Vergabeverfahren wurde mit dem Bieter verhandelt, der das am besten bewertete Angebot abgeben hat. Die Verhandlungsführung mit dem Bieter, der nach den Erstangeboten bestgereiht war, war in Punkt 7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen angekündigt. Die Angebote sind - wie oben ausgeführt - vollständig ausgearbeitet und vergleichbar. Der geringe Unterschied der Angebotspreise hat insbesondere keinen Einfluss auf die Vergleichbarkeit der Angebote. Der Ausschreibungsgegenstand hat sich in der Verhandlung in keiner Weise geändert, sodass keine neuen Aspekte des Ausschreibungsgegenstandes in der Verhandlung entstanden sind, die eine Änderung oder Anpassung der Angebote der anderen Bieter ermöglicht hätte. Schließlich hat sich die Bewertung des Angebots der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung verbessert, wodurch die anderen Bieter nicht die Möglichkeit bekommen hätten, selbst das

bestbewertete Angebot gelegt zu haben. Auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung aller Bieter begegnet die Vorgangsweise der Auftraggeberin keinen Bedenken, da sie diese Vorgangsweise angekündigt hat, alle Bieter die Nichtigerklärung dieser Festlegung hätten begehren können und die Festlegung weitgehend dem Wortlaut des Gesetzes entspricht. Daher hat die Auftraggeberin auf Grundlage der Ausschreibung zu Recht ausschließlich mit der nach den Erstangeboten bestgereihten Bieterin verhandelt und die Partnerin der Rahmenvereinbarung entsprechend §§ 197 Abs 3 und 271 BVergG nach den Vorgaben in der Ausschreibung ermittelt.

Dass die Antragstellerin angibt, kein vollständiges Angebot abgegeben zu haben, ein Optimierungspotential in Verhandlungen mit der Auftraggeberin ausloten zu wollen und auch zu Preisreduktionen bereit zu sein, vermag angesichts der Festlegungen in der bestandsfesten Ausschreibung am obigen Ergebnis nichts zu ändern. Dass die Antragstellerin unter Berücksichtigung der in der Ausschreibung klar erkennbaren vielfältigen technischen Anforderungen der Auftraggeberin kein nach ihren Angaben vollständiges Angebot ausgearbeitet hat, ist ausschließlich ihr selbst zuzuschreiben. Sollte sie die Absicht gehabt haben, die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses in technischer Hinsicht zu ändern, ist darauf zu verweisen, dass dem Auftraggeber obliegt, die ausgeschriebene Leistung nach seinem Bedarf festzulegen (zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0104 mwN). Durch den Ausschluss von Alternativ- und Abänderungsangeboten in Punkt 6 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen hat die Auftraggeberin betont, Erstangebote ausschließlich auf Grundlage der versandten Ausschreibung erhalten zu wollen. Auch die Kalkulation des Angebotspreises ist ausschließlich Sache des Bieters. Schließlich konnte sie - wie oben ausgeführt - nicht darauf vertrauen, dass sie überhaupt zu Verhandlungen eingeladen werden würde. Was die Abweichung der Punktezahlen in dem Angebot der Antragstellerin und in der Angebotsbewertung durch die Auftraggeberin betrifft, handelt es sich um eine Differenz von 13,3 Technikpunkten, die einen Unterschied von 3,33 Gesamtbewertungspunkten bewirken. Sie ist auf einen Eingabefehler der Antragstellerin zurückzuführen. Damit hätte die Antragstellerin bei der für die Einladung zur Verhandlung des bestbewerteten Bieters einzig maßgeblichen Bewertung der Erstangebote insgesamt 350,36 Gesamtbewertungspunkte statt 347,03 Gesamtbewertungspunkte erzielt.

#### 3.4 Ersatz der Pauschalgebühr

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag jedoch nicht obsiegt, da das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag abwies. Ein Ersatz der Pauschalgebühr findet daher nicht statt.