

TE Verg Bescheid 2010/8/24 N/0056-BVA/14/2010-25

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.08.2010

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §9 Abs1

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §15 Abs1 Z2

BVergG 2006 §25 Abs5

BVergG 2006 §29 Abs1 Z1

BVergG 2006 §29 Abs1 Z2

BVergG 2006 §30 Abs1 Z3

BVergG 2006 §78 Abs9

BVergG 2006 §96 Abs2

BVergG 2006 §97 Abs1

BVergG 2006 §98

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1 Z6

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 9 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Winterdienst LKW in den Jahren 2011-2013 für die ASFINAG Service GmbH und für die ASFINAG Alpenstraßen GmbH" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 2.7.2010, verbessert eingebracht am 5.7.2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, „zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Winterdienst LKW in den Jahren 2011-2013 für die ASFINAG Service GmbH und für die ASFINAG Alpenstraßen GmbH" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 2.7.2010, verbessert eingebracht am 5.7.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, "die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages für das Projekt 'Lieferung von Winterdienst LKW in den Jahren 2011-2013 für die ASFINAG Service GmbH und für die ASFINAG Alpenstraßen GmbH' für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages (Teilnahmeantragsunterlagen) wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, hat der A***, vertreten durch X***, die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 623,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen Ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die gegenständliche Auftragsvergabe wird als zweistufiges Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt. Es handelt sich um einen Lieferauftrag, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Das Vergabeverfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EG unter (2010/S 101-153674) am 27.5.2010 EU-weit und national im Amtlichen Lieferanzeiger bekannt gemacht.

Auftraggeber ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Vergebende Stelle ist die ASFINAG Service G.m.b.H., Traunuferstraße 9. 4052 Ansfelden.

Der Zweck des Vergabeverfahrens besteht in der Vergabe von Lieferleistungen für Winterdienst-LKW (im Folgenden WIDI-LKWs) im Zusammenhang mit der bestehenden Erneuerungsplanung des Fuhrparks sowie der Ersatzbeschaffung für eingetretene Schadensfälle.

Der Fuhrpark des Auftraggebers umfasst rund 300 WIDI-LKWs und wurde im Jahr 2006 aus den Beständen der Länder und der Sondergesellschaften zusammengeführt. Beschaffungen erfolgen im 3-Jahreszeitraum. Die im Jahr 2008 im offenen Verfahren ausgeschriebene Beschaffung hatte einen "Komplett-LKW", also den "Grund-LKW" inkl. Aufbauten, zum Gegenstand (siehe mündliche Verhandlung).

Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung ist nur der "Grund-LKW" (Führerstand, Antriebseinheit, Chassis und Achsen) ohne An- und Aufbauten (siehe mündliche Verhandlung). Winterdienstgeräte und Kräne bilden keinen Ausschreibungsgegenstand.

Die LKW-Winterdienstaufbauten sollen über eine weitere Ausschreibung beschafft oder aus dem vorhandenen Bestand des Auftraggebers verwendet werden (siehe Auftraggeber mündliche Verhandlung).

Es werden drei LKW-Kategorien (2-Achs-LKW 4 x 4, 3-Achs-LKW 6 x 4 und 3-Achs-LKW 6 x 4*4) ausgeschrieben. Für die einzelnen LKW-Kategorien ist eine Teilvergabe vorgesehen (vgl. Pkt. 1.1.6 der Teilnahmeantragsunterlagen und Auftraggeber mündliche Verhandlung). Es werden drei LKW-Kategorien (2-Achs-LKW 4 x 4, 3-Achs-LKW 6 x 4 und 3-Achs-LKW 6 x 4*4) ausgeschrieben. Für die einzelnen LKW-Kategorien ist eine Teilvergabe vorgesehen (vergleiche Pkt. 1.1.6 der Teilnahmeantragsunterlagen und Auftraggeber mündliche Verhandlung).

Das Vergabeverfahren befindet sich derzeit in der 1. Stufe (Bewerbersauswahl), (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags).

Die Bewerbungsfrist (Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen) war ursprünglich mit 5.7.2010 festgelegt worden und wurde mittels Auftraggeberberichtigung vom 1.7.2010 auf den 9.7.2010 verlängert.

Mit Schriftsatz vom 2.7.2010, verbessert eingebracht am 5.7.2010, brachte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 9.7.2010, N/0056-BVA/14/2010-EV8, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt II), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Akteneinsicht gestellt. Mit Schriftsatz vom 2.7.2010, verbessert eingebracht am 5.7.2010, brachte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 9.7.2010, N/0056-BVA/14/2010-EV8, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt römisch zwei), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Akteneinsicht gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 2.7.2010 brachte der Antragsteller zusammengefasst vor:

Der Auftraggeber führe ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Winterdienst LKWs für die Jahre 2011 bis 2013 als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich mit vorheriger Bekanntmachung durch.

Die Teilnahmeantragsunterlagen seien in mehrfacher Hinsicht mangelhaft. So würden diese am Deckblatt den Hinweis auf ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung für Lieferleistungen enthalten, hingegen würde im Fließtext (Pkt. 1.1.5) das Vergabeverfahren als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung für Dienstleistungsaufträge bezeichnet werden.

Der Termin für die Abgabe der Teilnahmeanträge sei ursprünglich mit 5.7.2010 festgesetzt worden. Mit Berichtigung/sonstiger Information vom 1.7.2010 habe der Auftraggeber die Teilnahmeantragsunterlagen dahingehend berichtigt, dass nunmehr endgültig feststehe, dass er ein Verhandlungsverfahren wähle und die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge auf Freitag, den 9.7.2010, erstrecke.

Der Antragsteller sei ein seit vielen Jahrzehnten erfolgreiches Unternehmen im Bereich des LKW-Vertriebes, wobei die Lieferung von Winterdienst-LKWs eine seiner Kernkompetenzen darstelle. Der gegenständliche Auftrag stelle für ihn in

Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Der Antragsteller wolle sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligen und einen Teilnahmeantrag abgeben. Daraus ergebe sich unzweifelhaft sein Interesse am Vertragsabschluss.

Durch die rechtswidrige Wahl des Verhandlungsverfahrens drohe ihm schon jetzt, vor allem aber im Falle einer (späteren) Anfechtung durch Mitbewerber, ein erheblicher finanzieller und sonstiger Schaden.

Der Antragsteller erachte die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich als rechtswidrig. Der Auftraggeber dürfe Aufträge grundsätzlich nur im offenen bzw. nicht-offenen Verfahren (Regelverfahren) vergeben. Bei Lieferaufträgen sei die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nur in den in § 29 BVergG genannten Fällen zulässig. Die dort genannten Ausnahmetatbestände seien bei Lieferung von Winterdienst-LKWs nicht erfüllt. Der Antragsteller erachte die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich als rechtswidrig. Der Auftraggeber dürfe Aufträge grundsätzlich nur im offenen bzw. nicht-offenen Verfahren (Regelverfahren) vergeben. Bei Lieferaufträgen sei die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nur in den in Paragraph 29, BVergG genannten Fällen zulässig. Die dort genannten Ausnahmetatbestände seien bei Lieferung von Winterdienst-LKWs nicht erfüllt.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG, sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens sowie im Recht auf eine dem Gesetz entsprechende Verfahrenswahl verletzt. Es würden daher die Teilnahme (antrags)unterlagen (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) angefochten werden. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens sowie im Recht auf eine dem Gesetz entsprechende Verfahrenswahl verletzt. Es würden daher die Teilnahme (antrags)unterlagen (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) angefochten werden.

Gemäß § 321 Abs. 4 BVergG sei die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist anfechtbar, sofern diese Frist mehr als 17 Tage betrage. Die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge sei auf den 9.7.2010 (12.00 Uhr) verlängert worden. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens sei am 27.5.2010 erfolgt, sodass die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge mehr als 17 Tage betrage. Gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG sei die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist anfechtbar, sofern diese Frist mehr als 17 Tage betrage. Die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge sei auf den 9.7.2010 (12.00 Uhr) verlängert worden. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens sei am 27.5.2010 erfolgt, sodass die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge mehr als 17 Tage betrage.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 9.7.2010 zum Nachprüfungsantrag Stellung wie folgt:

Der Nachprüfungsantrag sei schon mangels Erfüllung der formalen Voraussetzungen zurück- in eventu abzuweisen.

Gemäß § 322 Abs. 1 Z 6 BVergG habe ein Antrag auf Nachprüfung jedenfalls die Gründe zu enthalten, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stütze. Der Antragsteller behaupte lediglich - ohne Nennung weiterer Argumente - dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntgabe im Oberschwellenbereich rechtswidrig gewesen sei. Gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG habe ein Antrag auf Nachprüfung jedenfalls die Gründe zu enthalten, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stütze. Der Antragsteller behaupte lediglich - ohne Nennung weiterer Argumente - dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntgabe im Oberschwellenbereich rechtswidrig gewesen sei.

Gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG müsse dem Unternehmer ein Schaden entstanden sein oder zu entstehen drohen. Worin die Schadenseignung im Falle einer - bestrittenen - rechtswidrigen Wahl des Verfahrens liegen sollte, vermöge der Antragsteller selbst nicht darzutun. Der Antragsteller möchte am Verfahren teilnehmen. Ob dieses Verfahren in Form eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich oder im offenen bzw. nicht offenen Verfahren durchgeführt werde, sei für die Frage, ob dem Antragsteller ein Schaden drohe bzw. entstanden sei, irrelevant. Ein Schaden könne durch eine unrichtige Verfahrenswahl dann nicht eintreten, wenn sich der Auftraggeber ohnedies eines transparenten Verfahrens, nämlich eines solchen mit vorheriger Bekanntmachung, bedient habe. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG müsse dem Unternehmer ein Schaden entstanden sein oder

zu entstehen drohen. Worin die Schadenseignung im Falle einer - bestrittenen - rechtswidrigen Wahl des Verfahrens liegen sollte, vermöge der Antragsteller selbst nicht darzutun. Der Antragsteller möchte am Verfahren teilnehmen. Ob dieses Verfahren in Form eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich oder im offenen bzw. nicht offenen Verfahren durchgeführt werde, sei für die Frage, ob dem Antragsteller ein Schaden drohe bzw. entstanden sei, irrelevant. Ein Schaden könne durch eine unrichtige Verfahrenswahl dann nicht eintreten, wenn sich der Auftraggeber ohnedies eines transparenten Verfahrens, nämlich eines solchen mit vorheriger Bekanntmachung, bedient habe.

Die behauptete Rechtswidrigkeit habe keinen wesentlichen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren iSd § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG. Nachdem ohnedies ein Verfahrensverfahren mit Bekanntmachung, folglich ein einem freien und lauterem Wettbewerb dienendes Verfahren durchgeführt werde, könne die behauptete Rechtswidrigkeit der Verfahrenswahl keinen wesentlichen Einfluss auf den Verfahrensausgang selbst haben. Eine Änderung der Bewerber- bzw. Bieterstruktur würde bei Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht eintreten. Die behauptete Rechtswidrigkeit habe keinen wesentlichen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Nachdem ohnedies ein Verfahrensverfahren mit Bekanntmachung, folglich ein einem freien und lauterem Wettbewerb dienendes Verfahren durchgeführt werde, könne die behauptete Rechtswidrigkeit der Verfahrenswahl keinen wesentlichen Einfluss auf den Verfahrensausgang selbst haben. Eine Änderung der Bewerber- bzw. Bieterstruktur würde bei Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht eintreten.

In Pkt. 1.1.5 der Teilnahmeantragsunterlagen sei irrtümlicherweise der Hinweis auf ein nicht offenes Verfahren enthalten. Auf Grund der Konzeption der Teilnahmeantragsunterlagen, insbesondere auf Grund der Bestimmung des Pkt. 1.2.2 und der dort getroffenen Festlegungen für den Verfahrensablauf habe ein redlicher, verständiger Erklärungsempfänger jedoch klar erkennen können, dass ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt werde. Offensichtlich werde dieser Umstand jedoch vom Antragsteller ohnehin nicht bestritten.

Zur Behauptung der rechtswidrigen Verfahrenswahl:

Gemäß § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG könnten Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn es sich um Lieferungen handle, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen würden. Nach den Materialien zur Gesetzesbestimmung sei eine globale Preisgestaltung dann nicht möglich, wenn Bieter keinen festen Preis für ihre Leistung angeben könnten, sondern Eventualitäten berücksichtigen müssten, die den direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen würden. Seien zwingend Verhandlungen notwendig, um die Leistung auf den Auftraggeber zu adaptieren, damit der Bieter überhaupt ein passendes Angebot legen könne, sei diese Verfahrenswahl ebenfalls zulässig. So entspreche es auch der ständigen Judikatur, dass dann, wenn der Auftraggeber die vertraglichen Spezifikationen a priori nicht hinreichend genau festlegen könne, die Wahl des Verhandlungsverfahrens zulässig sei. Das Verhandlungsverfahren gelange jedenfalls dann zur Anwendung, wenn das Verhandeln unbedingt erforderlich sei, um einen Leistungsvertrag überhaupt erstellen zu können (BVA, 24.10.2003, 03N-87/03-20). Gemäß Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG könnten Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn es sich um Lieferungen handle, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen würden. Nach den Materialien zur Gesetzesbestimmung sei eine globale Preisgestaltung dann nicht möglich, wenn Bieter keinen festen Preis für ihre Leistung angeben könnten, sondern Eventualitäten berücksichtigen müssten, die den direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen würden. Seien zwingend Verhandlungen notwendig, um die Leistung auf den Auftraggeber zu adaptieren, damit der Bieter überhaupt ein passendes Angebot legen könne, sei diese Verfahrenswahl ebenfalls zulässig. So entspreche es auch der ständigen Judikatur, dass dann, wenn der Auftraggeber die vertraglichen Spezifikationen a priori nicht hinreichend genau festlegen könne, die Wahl des Verhandlungsverfahrens zulässig sei. Das Verhandlungsverfahren gelange jedenfalls dann zur Anwendung, wenn das Verhandeln unbedingt erforderlich sei, um einen Leistungsvertrag überhaupt erstellen zu können (BVA, 24.10.2003, 03N-87/03-20).

Genau das treffe im gegenständlichen Fall zu. Ausschreibungsgegenständlich sei die Lieferung von Winterdienst LKWs, wobei es sich dabei nicht um Standard-LKWs, sondern um Spezialausführungen handle. Nicht nur, dass sich die ausgeschriebenen LKWs der einzelnen am Markt vorhandenen Bieter in Bezug auf Größe, Abmessungen, technische Elemente, wie z.B. Achslasten etc. stark voneinander unterscheiden würden, sei aus Sicht des Auftraggebers zukünftig

vorgesehen, dass auf diesen verschiedene Anbauten angebracht werden sollten (z.B. Front- bzw. Seitenpflug, Winterdiensthydraulik, Hilfsrahmen mit Aufsatzstreuer bzw. Kipperbrücke, Front- bzw. Heckkran). Diese Aufbauten seien nicht Bestandteil der gegenständlichen Ausschreibung, weshalb aufgrund der bereits dargelegten Unterschiedlichkeiten zwischen den am Markt vertretenen LKWs mit den Bietern abgeklärt werden müsse, welche Aufbauten in welcher Art und Weise auf den jeweiligen LKW montiert werden könnten. Da sich die einzelnen LKWs beispielsweise im Fahrgestell bzw. auch in den Ausmaßen der Fahrerkabine unterscheiden würden, müsse geklärt werden, welches Ausmaß die für den Winterdienst erforderlichen Aufbauten haben dürften bzw. müssten und wie die Montage zu erfolgen habe, um die durch das Anbringen derartiger Anbauten auf den LKW übertragenen physikalischen Kräfte so gering wie möglich zu halten. Beispielsweise könne ein Frontpflug auf einem Mini-Cooper, Mercedes oder Jeep angebracht werden. Je nach Fahrzeug, auf dem der Pflug montiert werden solle, hänge die Größe und Art der Montage desselben ab. Auf einem Mini-Cooper müsse ein anderer Pflug montiert werden, wie beispielsweise auf einem Jeep. Genauso verhalte es sich mit den gegenständlich ausgeschriebenen WIDI-LKWs. Je nach angebotem LKW würden sich die Größe der Anbauten und die Montage derselben unterscheiden. Nachdem der Auftraggeber nicht vorhersehen könne, welche LKWs mit welchen technischen Daten angeboten würden, bedürfe es der Abklärung der vorbezeichneten Punkte im Rahmen von Verhandlungen.

Die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung sei folglich auf Grund der Bestimmung des § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG rechters, weshalb sich der Auftraggeber insgesamt nicht des Eindrucks erwehren könne, dass der Antragsteller, der seit Jahren die nunmehr verfahrensgegenständlichen LKWs geliefert habe, die Beschaffung verzögern bzw. sich keinem wettbewerblichen Verfahren stellen möchte. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung sei folglich auf Grund der Bestimmung des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG rechters, weshalb sich der Auftraggeber insgesamt nicht des Eindrucks erwehren könne, dass der Antragsteller, der seit Jahren die nunmehr verfahrensgegenständlichen LKWs geliefert habe, die Beschaffung verzögern bzw. sich keinem wettbewerblichen Verfahren stellen möchte.

In einer Replik vom 16.7.2010 zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 9.7.2010 brachte der Antragsteller vor:

Der Nachprüfungsantrag sei vergaberechtskonform. Der Antragsteller habe dargelegt, dass die in § 29 BVergG normierten Tatbestände für die Wahl des Verhandlungsverfahrens beim gegenständlichen Lieferauftrag nicht vorliegen würden. Der Nachprüfungsantrag sei vergaberechtskonform. Der Antragsteller habe dargelegt, dass die in Paragraph 29, BVergG normierten Tatbestände für die Wahl des Verhandlungsverfahrens beim gegenständlichen Lieferauftrag nicht vorliegen würden.

Durch die falsche Verfahrenswahl seien ihm nicht nur bislang Rechtsberatungskosten und Kosten für die Erstellung eines Teilnahmeantrages entstanden, sondern würden darüber hinaus Kosten für die Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens drohen. Jeder Unternehmer, der sich um öffentliche Aufträge bewerbe, habe Kenntnis über die durchaus wesentlich höhere Aufwendigkeit eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens infolge der Erstellung zumeist mehrerer Angebote, der Teilnahme an den Verhandlungen etc. im Vergleich zu einem offenen Verfahren, welches mit einer Angebotslegung erledigt sei.

Die Wesentlichkeit der falschen Verfahrenswahl für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 Abs.1 Z 2 BVergG sei evident. Diese sei nach der Rechtsprechung des VfGH schon dann gegeben, wenn die potentielle Relevanz des Verfahrensfehlers für den Verfahrensausgang vorhanden sei, also der Auftraggeber bei rechtmäßiger Vorgangsweise zu einem anderen Ergebnis kommen könnte. Im offenen Verfahren würden alle interessierten Bieter die Ausschreibungsunterlagen erhalten und könnten ein Angebot legen. Im Verhandlungsverfahren würden zwar interessierte Bewerber zunächst einen Teilnahmeantrag stellen können, jedoch dann lediglich fünf Bewerber in die Wesentlichkeit der falschen Verfahrenswahl für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sei evident. Diese sei nach der Rechtsprechung des VfGH schon dann gegeben, wenn die potentielle Relevanz des Verfahrensfehlers für den Verfahrensausgang vorhanden sei, also der Auftraggeber bei rechtmäßiger Vorgangsweise zu einem anderen Ergebnis kommen könnte. Im offenen Verfahren würden alle interessierten Bieter die Ausschreibungsunterlagen erhalten und könnten ein Angebot legen. Im Verhandlungsverfahren würden zwar interessierte Bewerber zunächst einen Teilnahmeantrag stellen können, jedoch dann lediglich fünf Bewerber in die

1. 2.Ziffer 2

Stufe gelangen und die Möglichkeit zur Legung eines Angebotes erhalten. Es stehe daher außer Zweifel, dass der

Auftraggeber auf Grund des völlig anderen Ablaufes des Verhandlungsverfahrens im Vergleich zum offenen Verfahren potentiell zu einem anderen Ergebnis kommen könnte.

Das Verhandlungsverfahren sei ein Ausnahmeverfahren, weshalb die Rechtfertigungsgründe eng auszulegen seien. Die Beweislast für das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die den Ausnahmetatbestand des Verhandlungsverfahrens rechtfertigen würden, obliege nach der ständigen Rechtsprechung demjenigen, der sich darauf berufen wolle (vgl. EuGH 8.4.2008, Rs C-337/05 Kommission/Italien). Bislang habe der Auftraggeber keine berücksichtigungswürdigen Gründe für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 29 Abs.1 Z 2 BVergG vorgebracht. Das Verhandlungsverfahren sei ein Ausnahmeverfahren, weshalb die Rechtfertigungsgründe eng auszulegen seien. Die Beweislast für das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die den Ausnahmetatbestand des Verhandlungsverfahrens rechtfertigen würden, obliege nach der ständigen Rechtsprechung demjenigen, der sich darauf berufen wolle (vgl. EuGH 8.4.2008, Rs C-337/05 Kommission/Italien). Bislang habe der Auftraggeber keine berücksichtigungswürdigen Gründe für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vorgebracht.

Zunächst behaupte der Auftraggeber das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG (mangelnde globale Preisgestaltung). In weiterer Folge stütze sich der Auftraggeber jedoch auf Literatur- und Judikaturnachweise, die die Verfahrenswahl des Verhandlungsverfahrens für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen betreffen würden. Dies wäre grundsätzlich noch nicht verfehlt. Der Auftraggeber stütze sich auf einen Ausnahmetatbestand, welcher nur auf Dienstleistungsanträge zur Anwendung komme. Das Zitat des Auftraggebers zur Leistungsabstimmungsnotwendigkeit aus Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, §§ 28-30 Rz 27, beziehe sich auf den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 1 Z 3 BVergG der nicht hinreichend spezifizierbaren Dienstleistungen. Zunächst behaupte der Auftraggeber das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (mangelnde globale Preisgestaltung). In weiterer Folge stütze sich der Auftraggeber jedoch auf Literatur- und Judikaturnachweise, die die Verfahrenswahl des Verhandlungsverfahrens für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen betreffen würden. Dies wäre grundsätzlich noch nicht verfehlt. Der Auftraggeber stütze sich auf einen Ausnahmetatbestand, welcher nur auf Dienstleistungsanträge zur Anwendung komme. Das Zitat des Auftraggebers zur Leistungsabstimmungsnotwendigkeit aus Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraphen 28 -, 30, Rz 27, beziehe sich auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG der nicht hinreichend spezifizierbaren Dienstleistungen.

Im Unterschied zu seinen bisherigen Ausschreibungen von WIDI-LKWs, mit welchen der Auftraggeber jeweils umfassend ausgestattete WIDI-LKWs ("Gesamtsysteme") inklusive Aufbauten, Kran, Pflügen etc. beschafft habe, schreibe der Auftraggeber in der vorliegenden Ausschreibung ausschließlich die Lieferung der Fahrgestelle, zwar mit kleineren Vorrichtungen für Zu- und Anbauten, jedoch ohne diese Zu- und Aufbauten (Kräne, Pflüge etc.) selbst, aus.

Der Auftraggeber versuche die mit Teilvergaben - und zwar einer Beschaffung der LKW-Fahrgestelle in der gegenständlichen Ausschreibung und der Beschaffung von Aufbauteilen mit späteren Ausschreibungen - zusammenhängenden Mehraufwände als Argument für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens heranzuziehen. Dies sei nicht zulässig. Nach Rechtsmeinung des EuGH dürften, obwohl weder der Grundsatz der ungeteilten bzw. geteilten Vergabe bestehe, bei Vergaben nicht mutwillig Komponenten getrennt oder verbunden werden, um eine Vergabe überhaupt zu umgehen oder die Art der Vergabe zu beeinflussen.

Für die ausschreibungsgegenständlichen LKW-Fahrgestelle könne ein eindeutiges Leistungsverzeichnis erstellt werden. Ebenso könnten die Bieter für die gegenständlichen Leistungen einen festen Preis angeben, weshalb der Ausnahmetatbestand der mangelnden globalen Preisgestaltung nicht vorliege. Derartige, eindeutig beschreibbare und bepreispbare Lieferaufträge von WIDI-LKWs würden daher branchenüblich ausschließlich im offenen Verfahren vergeben werden.

Alle nötigen Fahrzeugparameter der ausschreibungsgegenständlichen LKW-Fahrgestelle wie zB die Außenmaße, Kabinenmaße, Achszahl, Antriebsformel (d.h. wie viele Räder angetrieben werden), Hydraulik, Anbauplatten und Farbe könnten bzw. müssten an Hand der ÖNORM S 2044 und RVS 13.212 B für die ausschreibungsgegenständlichen 3 Kategorien an WIDI-LKWs (2-achs LKW 4 x 4, 3-achs LKW 6 x 4, 3-achs LKW 6 x 4*4) beschrieben werden. Über die Scheinwerfer und Leuchten für Fahrzeuge des Straßendienstes etwa würden sich gesetzliche Vorgaben in § 17 KFG iVm

§ 27 StVO finden. Alle nötigen Fahrzeugparameter der ausschreibungsgegenständlichen LKW-Fahrgestelle wie zB die Außenmaße, Kabinenmaße, Achsanzahl, Antriebsformel (d.h. wie viele Räder angetrieben werden), Hydraulik, Anbauplatten und Farbe könnten bzw. müssten an Hand der ÖNORM S 2044 und RVS 13.212 B für die ausschreibungsgegenständlichen 3 Kategorien an WIDI-LKWs (2-achs LKW 4 x 4, 3-achs LKW 6 x 4, 3-achs LKW 6 x 4*4) beschrieben werden. Über die Scheinwerfer und Leuchten für Fahrzeuge des Straßendienstes etwa würden sich gesetzliche Vorgaben in Paragraph 17, KFG in Verbindung mit Paragraph 27, StVO finden.

Aber auch die ausschreibungsgegenständlichen Vorrichtungen für Zu- und Aufbauten sowie die nicht ausschreibungsgegenständlichen Zu- und Aufbauten könnten mit Leitlinien eindeutig beschrieben werden und seien mit Fahrgestellen aller am österreichischen Markt vertretenen Anbieter kompatibel.

Gebe es für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so seien diese heranzuziehen (§ 97 Abs. 2 BVergG). Der Auftraggeber habe die entsprechenden Leitlinien für die Beschreibung der vergabegegenständlichen WIDI-LKWs heranzuziehen. Tue er dies, entstehe ein eindeutiges Leistungsverzeichnis, das - wie in einem offenen Verfahren üblich - von den Bietern nur mehr bepreist werden müsste. Gebe es für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so seien diese heranzuziehen (Paragraph 97, Absatz 2, BVergG). Der Auftraggeber habe die entsprechenden Leitlinien für die Beschreibung der vergabegegenständlichen WIDI-LKWs heranzuziehen. Tue er dies, entstehe ein eindeutiges Leistungsverzeichnis, das - wie in einem offenen Verfahren üblich - von den Bietern nur mehr bepreist werden müsste.

Auf Grund des großen Fuhrparks von ca. 300 LKWs beim Auftraggeber sei jedenfalls davon auszugehen, dass das Know-How für die Erstellung eines eindeutigen Leistungsverzeichnisses für die gegenständlichen WIDI-LKW-Fahrgestelle vorhanden sei.

Es finde quartalsmäßig eine "Winterdienst- und Geräteausschusssitzung" statt, an der sämtliche für die Beschaffung von Winterdienstfahrzeugen zuständigen Vertreter der Landesregierungen sowie die Fuhrparkmanager des Auftraggebers teilnehmen würden, um gemeinsam Themen wie Standardisierung von Geräten oder die Vereinheitlichung von Beschaffungsvorgängen zu erörtern und zu definieren. Auch dies trage dazu bei, dass der Auftraggeber sehr wohl in der Lage sei, ein eindeutiges Leistungsverzeichnis zu erstellen.

Sofern ein Auftraggeber noch nicht genau wisse, was er vorschreiben könne oder solle, müsse er sich im Vorfeld der Ausschreibung allenfalls unter Beiziehung sachverständiger Assistenz darüber Klarheit verschaffen.

Der Auftraggeber bringe vor, dass "zukünftig vorgesehen sei, dass auf diesen LKWs verschiedene Anbauten angebracht werden sollten. Diese Aufbauten seien nicht Bestandteil der gegenständlichen Ausschreibung, weshalb mit den Bietern abgeklärt werden müsse, welche Aufbauten in welcher Art und Weise auf den jeweiligen LKW montiert werden könnten". Dies widerspreche den Grundsätzen des Vergaberechts, wonach ein Vergabeverfahren nur dann durchzuführen sei, wenn die Absicht bestehe, eine Leistung zu vergeben, nicht jedoch um den Markt zu erkunden.

Der Ausnahmetatbestand der mangelnden globalen Preisgestaltung liege nicht vor, da für den gegenständlichen Lieferauftrag an Hand der anzuwendenden Leitlinien, wie etwa ÖNORMEN, ein eindeutiges Leistungsverzeichnis erstellt und daher von den Bietern ein fester Preis für die anzubietenden Leistungen angeboten werden könne. Das Verhandlungsverfahren sei daher unzulässig.

In einer weiteren Stellungnahme vom 23.7.2010 brachte der Auftraggeber im Wesentlichen vor:

Dem Auftraggeber komme bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gesamt- oder Teilvergabe (§ 22 BVergG) stattfinden solle, ein Ermessen zu. Die Gesamtvergabe komme deshalb nur dann in Betracht, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalls wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte ein besonderes Gewicht erhalten würden. Hier liege keine Teilung eines Gesamtauftrages vor. Bei den vom Antragsteller angesprochenen Aufbauten handle es sich allesamt um Komponenten, die nicht vom LKW-Hersteller selbst gefertigt, sondern von diesem generell von Fremdlieferanten zugekauft würden. Die Aufbauten seien auch nicht unabdingbar für das Funktionieren des LKWs notwendig. Im Übrigen würden wirtschaftliche Gesichtspunkte iSd vorzitierten Gesetzesbestimmung vorliegen, zumal durch die getrennte Beschaffung der LKWs und der Anbaugeräte von einer wesentlichen Beschaffungskostenreduktion beim Auftraggeber ausgegangen werde. Weiters würden die Anbaugeräte sowie die LKWs eine unterschiedliche Lebensdauer haben, sodass ebenfalls eine kostensenkende Verwendung der beim Auftraggeber vorhandenen Geräte

möglich sei. Dem Auftraggeber komme bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gesamt- oder Teilvergabe (Paragraph 22, BVergG) stattfinden solle, ein Ermessen zu. Die Gesamtvergabe komme deshalb nur dann in Betracht, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalls wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte ein besonderes Gewicht erhalten würden. Hier liege keine Teilung eines Gesamtauftrages vor. Bei den vom Antragsteller angesprochenen Aufbauten handle es sich allesamt um Komponenten, die nicht vom LKW-Hersteller selbst gefertigt, sondern von diesem generell von Fremdlieferanten zugekauft würden. Die Aufbauten seien auch nicht unabdingbar für das Funktionieren des LKWs notwendig. Im Übrigen würden wirtschaftliche Gesichtspunkte iSd vorzitierten Gesetzesbestimmung vorliegen, zumal durch die getrennte Beschaffung der LKWs und der Anbaugeräte von einer wesentlichen Beschaffungskostenreduktion beim Auftraggeber ausgegangen werde. Weiters würden die Anbaugeräte sowie die LKWs eine unterschiedliche Lebensdauer haben, sodass ebenfalls eine kostensenkende Verwendung der beim Auftraggeber vorhandenen Geräte möglich sei.

Die vom Antragsteller zitierte RVS 13212B sei nicht mehr gültig, sondern durch die RVS 12.02.22B ersetzt worden. In der RVS gebe es keine Regelungen bezüglich der Seitenpflugaubauplatte. Zu den vom Antragsteller angeführten ÖNORMEN bzw. RVS sei vereinfacht dargestellt auszuführen, dass einige wenige Anbauten zwar durch diese in Grundzügen beschrieben worden seien, die Detailausführung des eigentlichen Fahrzeuges obliege jedoch dem Hersteller selbst, was in der Folge an Beispielen veranschaulicht werden solle:

Bei einem LKW mit drei Achsen könne die höchste technische Achslast auf der Vorderachse herstellerabhängig zwischen 9 und 10,5 Tonnen betragen, sohin um 1,5 Tonnen variieren. Die Ausrichtung der möglichen Aufbauten bzw. Winterdienstgeräte (zB Breite des Frontschneepfluges, schwere und somit stabile bzw. leichte Ausführung, Kubatur des Streuautomaten, Reichweite des Krans auf Grund weiterer Ausschübe) hänge vom angebotenen Fahrzeug ab, zumal je nach Ausrichtung der technischen Achslast auf der Vorderachse bei einem LKW durch Anbringung eines Aufbaus die 9 Tonnen überschritten, bei einem anderen LKW jedoch noch Belastungsreserven übrig seien.

Als weiteres Beispiel für die Unrichtigkeit der Ausführungen des Antragstellers seien die unterschiedlichen herstellerepezifischen Radstände zu nennen. Aus der Länge des Radstandes würden unterschiedliche Möglichkeiten der Positionierung der Aufbauten resultieren, da ein unterschiedlich großer Radstand zu unterschiedlichen Konfigurationen im Bereich des Führerhauses, der Kräne und sonstigen Aufbauten führe. Würde sich der Auftraggeber auf einen Radstand in der Ausschreibung fixieren, würde er den Bieterkreis vergaberechtswidriger Weise einschränken.

Die vom Antragsteller zitierten ÖNORMEN und RVS-Regelungen würden lediglich einen minimalen Bereich der technischen Ausführung regeln, die darüber hinaus gehenden technischen Spezifika durch jeden Hersteller selbst definiert.

Der Hinweis auf die Unzulässigkeit der Markterkundung werde auf das Schärfste zurückgewiesen. Selbstverständlich habe der Auftraggeber eine Vergabeabsicht im Hinblick auf die ausgeschriebenen WIDI-LKWs. Im vom Antragsteller zitierten Fall sei es dem dortigen Auftraggeber überhaupt nicht möglich gewesen, ein Leistungsverzeichnis zu erstellen und hätte dieses in seiner Gesamtheit im Zuge der Verhandlungen erstellt werden sollen. Die Entscheidung sei demnach mit dem gegenständlichen Fall nicht vergleichbar.

Am 5.8.2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien im Wesentlichen ergänzend vorbrachten:

- -Strichaufzählung
Allgemeines:

Der Auftraggeber (Herr B***) gab an, dass beim gegenständlichen Lieferauftrag ein Dienstleistungsanteil im ca. einstelligen Prozentbereich des Gesamtauftragswertes vorhanden sei ("Organisation und Koordination der vom Auftraggeber bekannt gegebenen Kran- und Winterdienstgerätehersteller", Pkt. 2 Projekt- und Leistungsbeschreibung).

Die in Punkt 1.1.6 der Teilnahmeantragsunterlagen vorgesehene Teilvergabe beziehe sich auf die 3 ausgeschriebenen LKW-Kategorien, die jeweils komplett vergeben würden.

Zu den Eigenschaften eines Standard-LKWs bzw. der ausgeschriebenen WIDI-LKWs erläuterte der Auftraggeber (Herr B***) anhand einer zum Akt genommenen grafischen Darstellung, dass bislang ein Komplettprodukt (Standard-LKW + Kräne etc., also mit Aufbauten und Schneepflug) im offenen Verfahren beschafft worden sei. Nunmehr werde im

Gegensatz dazu nur der originäre Teil des eigentlichen LKWs ausgeschrieben (Führerstand, Antriebseinheit, Chassis und Achsen). Der Rest (die Aufbauten) würde entweder über eine weitere Ausschreibung beschafft oder aus dem vorhandenen Bestand des Auftraggebers verwendet werden.

Der WIDI-LKW sei keine eigene Type, sondern werde hierfür vom Hersteller ein Standard-LKW auf die Bedürfnisse des Winterdienstes adaptiert.

-Zur Beschreibbarkeit des Produktes:

Der Auftraggeber (Herr B***) gab an, dass der Auftraggeber aus Erfahrung wisse, dass unterschiedliche Produkte mit unterschiedlichen Abmessungen und Gewichten (Achslasten nach KFG) angeboten würden. Das Produkt als solches sei beschreibbar, allerdings nicht in seinen Varianten. Die Limits seien durch die maximal zulässige Achslast festgelegt. Durch das Verhandlungsverfahren sollen die beim Auftraggeber vorhandenen Geräte mit den am Markt erhältlichen Geräten zu einem Gesamtoptimum optimiert werden.

Auf Vorhalt der Vorsitzenden, dass das vorhandene Gerät mühelos beschreibbar sein müsste, erwiderte Herr B*** dass dieses nur unter großem Aufwand beschreibbar sei, da es alle möglichen Varianten gebe.

Der Antragstellervertreter replizierte, dass auch die Zu- und Aufbauten beschreibbar seien.

Der Antragsteller (Herr C***) führte aus, dass es Normen über Längen und Gewichte (Maximale) gebe. Dem Einsatzzweck eines WIDI-LKWs entsprechend, könne ein WIDI-LKW unter Angabe des Gesamtgewichtes, der Nutzlast und des maximalen Wendekreises ausgeschrieben werden. Das Produkt sei demnach seinen Anforderungen entsprechend beschreibbar. Auf Grund der in ihrer derzeitigen Form vorliegenden Vorgaben an die Leistung in den Teilnahmeantragsunterlagen habe er bereits eine Vorstellung davon, was anzubieten sein werde. In Verbindung mit den zu erwartenden, im Detail festzulegenden technischen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen wären die Anforderungen dann im Detail festgelegt. Damit könnte ein genau definiertes Fahrzeug spezifiziert und damit ein Angebot gelegt und hierfür auch ein fester Preis angegeben werden. Er könne zu den 3 in den Teilnahmeantragsunterlagen skizzierten LKW- Basisvarianten (Kategorien) jeweils ein entsprechendes Produkt anbieten, wobei die detaillierte Ausschreibung noch gar nicht vorhanden sei.

Der Auftraggebervvertreter wendete ein, dass damit nicht gesagt sei, ob auch andere LKW-Anbieter ein oder mehrere entsprechende Produkte pro Kategorie anbieten könnten.

Der Auftraggeber (Herr B***) wies darauf hin, dass es allgemeine Normen über Länge und Gewicht von LKWs (Achslasten nach KFG) gebe. Normen, die das Zusammenspiel zwischen Grund-LKW und Aufbauten regeln würden, seien nicht vorhanden.

Der Auftraggebervvertreter erklärte, dass die beiden in der Vergangenheit durchgeführten Vergabeverfahren widerrufen worden seien, da kein den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes Angebot eingelangt sei (Anm.: Die Zahl der bisher vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahren wurde vom Auftraggeber in der Folge von zwei Verfahren auf ein im Jahr 2008 durchgeführtes Verfahren eingeschränkt). Der Auftraggebervvertreter erklärte, dass die beiden in der Vergangenheit durchgeführten Vergabeverfahren widerrufen worden seien, da kein den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes Angebot eingelangt sei. Anmerkung, Die Zahl der bisher vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahren wurde vom Auftraggeber in der Folge von zwei Verfahren auf ein im Jahr 2008 durchgeführtes Verfahren eingeschränkt).

Der Auftraggeber (Herr D***) ergänzte, dass die Angebote der beiden Bieter (darunter der nunmehrige Antragsteller) aus technischen bzw formalen Gründen auszuschneiden gewesen und die Vergabeverfahren in Form von Verhandlungsverfahren beendet worden seien.

Der Auftraggeber (Herr B***) gab an, dass der Fuhrpark der ASFINAG (ca. 300 WIDI-LKWs) im Jahr 2006 aus Fahrzeugen der Sondergesellschaften und der Bundesländer zusammengeführt worden sei. Die Lebensdauer der Fahrzeuge betrage ca. 8-12 Jahre. Es werde im 3-Jahreszeitraum beschafft.

Der Auftraggebervvertreter stellte fest, dass die Ausschreibung 2008 mit der gegenständlichen Ausschreibung nicht vergleichbar sei, da damals der gesamte WIDI-LKW (als "Komplettsystem") ausgeschrieben worden sei. Damals sei daher keine detaillierte Beschreibung des Grund-LKWs erforderlich gewesen.

Der Auftraggebervertreter wurde von der Vorsitzenden zur Vorlage der Ausschreibungsunterlagen des seinerzeitigen Vergabeverfahrens und der Widerrufsbeurteilung bis 6.8.2010, 12.00 Uhr, aufgefordert.

Der Antragstellervertreter brachte vor, dass der Widerruf einer Ausschreibung keinen Rückschluss auf die mangelnde Beschreibbarkeit der Leistung zulasse.

Übereinstimmend wurde festgehalten, dass in den gegenständlichen Teilnahmeantragsunterlagen der Weg einer funktionalen Leistungsbeschreibung festgelegt werde.

Der Auftraggeber (Herr B***) gab an, dass der Auftraggeber die verfahrensgegenständliche Leistung (Beschaffung des Grundaufbaus) zum ersten Mal beschaffe und daher auf keine früheren Erfahrungen zurückgreifen könne.

-Zu den Aufbauten und Aufnahmen für die Aufbauten:

Der Auftraggeber (Herr B***) bestätigte auf Vorhalt der Vorsitzenden, dass die Aufbauten selbst nicht Ausschreibungsgegenstand seien und daher auch nicht für den konkreten Auftrag eigens angefertigt werden müssten.

Der Auftraggebervertreter erklärte unter Hinweis auf fehlende Normen betreffend das Zusammenspiel von Grund-LKW und Aufbauten, dass die Aufbauten sehr wohl auch zur Begründung der Wahl eines Verhandlungsverfahrens herangezogen werden könnten.

Der Antragsteller (Herr C***) präziserte sein Schriftsatzvorbringen, wonach Aufbauten - wie Aufnahmen - grundsätzlich mit allen am österreichischen Markt vertretenen LKW-Produkten kompatibel seien dahingehend, dass dies zwar nicht zu 100% gesagt werden könne, jedoch zum Großteil der Fall sei. Dies betreffe sowohl Wechselaufbauten als auch fixe Aufbauten.

Der Auftraggeber (Herr B***) erwiderte, dass zu jedem LKW-Produkt nur ganz bestimmte, vom Hersteller zugekaufte, von diesem nicht selbst hergestellte Aufbauten passen würden.

Der Antragsteller (Herr C***) bestritt dies und gab zu Protokoll, dass er sein LKW-Chassis - entgegen der Behauptung von DI B***, dass er seinen LKW immer mit dem gleichen Aufbaufabrikat liefern würde - mit allen in Österreich erhältlichen Aufbauten ausstatten könne und dies auch regelmäßig so handhabe. Fixe Verträge mit bestimmten Aufbautenherstellern würden nicht bestehen, sondern würden jeweils mehrere Angebote eingeholt. Jeder LKW-Hersteller habe für den Aufbau einen Rahmen, auf den der Aufbau aufgesetzt werde. Das Vorbringen des DI B*** zur mangelnden Kompatibilität von LKW-Fahrgestell und Aufbauten sei unzutreffend und würde seinem eigenen Vorbringen widersprechen, dass die beim Auftraggeber vorhandenen Altbestände an Aufbauten genützt und mit neuen Fahrgestellen kombiniert werden sollten.

Der Antragsteller (Herr C***) erläuterte weiters, dass die Schnittstellen vom Aufbauhersteller definiert seien. Der Aufbauhersteller stelle den Aufbau in einen Hilfsrahmen. Der Aufbau werde sodann vom Aufbauhersteller mit dem Hilfsrahmen auf den am LKW vorhandenen Hauptrahmen aufgesetzt. Ein Aufwand für den LKW-Hersteller sei damit nicht verbunden. Die dargestellte Vorgangsweise gelte nicht nur für den Kipper, sondern auch für den Salzsolebehälter und für den Kran, generell für alle Aufbauten. Überall gebe es einen Hilfsrahmen, der dann mit dem Hauptrahmen am LKW verbunden werde.

Der Auftraggeber (Herr B***) wandte ein, dass die Schnittstelle zwischen Aufbauten und LKW LKW-Herstellerspezifisch und aufbauherstellerspezifisch sei.

DI Kleiner hielt dazu fest, dass die Anpassungsleistungen zwischen Hilfs- und Hauptrahmen möglich seien. Herr B*** stellte dies nicht in Abrede.

-Zu den Zusatzeinrichtungen:

Der Auftraggeber (Herr B***) gab an, dass hierunter unter anderem die in Punkt 1.2.1 der Teilnahmeantragsunterlagen genannten Aufsatzwände und Schnellabsetzvorrichtungen zu verstehen seien. Diese Zusatzeinrichtungen würden vom LKW-Hersteller ebenso zugekauft und nicht selbst hergestellt.

Der Antragsteller (Herr C***) bestätigte dies und hielt fest, dass die Zusatzeinrichtungen beschreibbar seien.

Der Auftraggeber (Herr B***) stellte hierzu fest, dass durch die Beschreibung die Gefahr der Markteinschränkung bestehe.

-Zur Winterdiensthydraulik:

Hierbei handle es sich um die Hydraulik hauptsächlich für die Schneepflüge (Auftraggeber, Herr B***). "Winterdiensthydraulik" sei ein in einschlägigen Verkehrskreisen gängiger Begriff.

Der Antragsteller (Herr C***) bestätigte dies und gab an, dass er wisse was darunter zu verstehen und daher anzubieten sei und er dies auch kalkulieren könne.

Der Antragsteller (Herr C***) stellte fest, dass am österreichischen Markt definitiv 7 LKW-Hersteller vertreten seien, die alle auch WIDI-LKWs herstellen würden.

Der Auftraggeber (Herr B***) schränkte die vom Antragsteller genannte Zahl von 7 LKW-Anbietern auf 5 LKW-Anbieter ein.

Am 6.8.2010 legte der Auftraggeber aufforderungsgemäß die Ausschreibungsunterlagen des Vergabeverfahrens aus dem Jahr 2008 vor (Beschaffung des Komplett-LKWs, somit des Grund-LKWs inklusive der einzelnen Aufbauten) und wies in seiner angeschlossenen Stellungnahme darauf hin, dass durch das Leistungsverzeichnis der Vorausschreibung die Ansicht des Auftraggebers unterstrichen werde, dass eine detaillierte Beschreibung der Grund-LKWs auch zum damaligen Zeitpunkt nicht möglich gewesen sei.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A) Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der geschätzte Auftragswert der Vergabe wurde vom Auftraggeber mit Euro 15.000.000,-- (exkl. USt.) angegeben. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der geschätzte Auftragswert der Vergabe wurde vom Auftraggeber mit Euro 15.000.000,-- (exkl. USt.) angegeben.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag (§ 5 BVergG) im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 1 iVm § 15 Abs. 1 Z 2 BVergG), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. (Ein vorhandener Dienstleistungsanteil am Auftrag - die Organisation und Koordination der vom Auftraggeber bekannt gegebenen Kran- und Winterdienstgerätehersteller - bewegt sich im ca. einstelligen Prozentbereich des Gesamtauftragswertes und ist daher ohne Einfluss auf die Einstufung des Auftrages als Lieferauftrag, siehe § 9 Abs. 1 BVergG). Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag (Paragraph 5, BVergG) im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. (Ein vorhandener Dienstleistungsanteil am Auftrag - die Organisation und Koordination der vom Auftraggeber bekannt gegebenen Kran- und Winterdienstgerätehersteller - bewegt sich im ca. einstelligen Prozentbereich des Gesamtauftragswertes und ist daher ohne Einfluss auf die Einstufung des Auftrages als Lieferauftrag, siehe Paragraph 9, Absatz eins, BVergG).

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung des Antrages zuständig.

Der am 5.7.2010 verbessert eingebrachte Nachprüfungsantrag vom 2.7.2010 wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 iVm 321 Abs. 4 BVergG eingebracht. Der am 5.7.2010 verbessert eingebrachte Nachprüfungsantrag vom 2.7.2010 wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, in Verbindung mit 321 Absatz 4, BVergG eingebracht.

Gemäß § 321 Abs. 4 BVergG ist die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist anfechtbar, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Die ursprünglich mit 5.7.2010 festgelegte Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge wurde mit Ausschreibungsberichtigung vom 1.7.2010 auf den 9.7.2010 verlängert und endete damit am 9.7.2010. Der Nachprüfungsantrag vom 2.7.2010, verbessert eingebracht am 5.7.2010, wurde somit 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist im Sinne des § 321 Abs. 4 leg.cit eingebracht (die Teilnahmefrist beträgt mehr als 17 Tage) und ist damit als rechtzeitig zu qualifizieren. Gemäß Paragraph 321, Absatz 4,

BVergG ist die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist anfechtbar, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Die ursprünglich mit 5.7.2010 festgelegte Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge wurde mit Ausschreibungsberichtigung vom 1.7.2010 auf den 9.7.2010 verlängert und endete damit am 9.7.2010. Der Nachprüfungsantrag vom 2.7.2010, verbessert eingebracht am 5.7.2010, wurde somit 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist im Sinne des Paragraph 321, Absatz 4, leg.cit eingebracht (die Teilnahmefrist beträgt mehr als 17 Tage) und ist damit als rechtzeitig zu qualifizieren.

Der Nachprüfungsantrag genügt entgegen der Ansicht des Auftraggebers den formalen Anforderungen des § 322 Abs. 1 BVergG und enthält auch die Gründe im Sinne des § 322 Abs. 1 Z 6 BVergG, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt (die im Hinblick auf das Nichtvorliegen eines gesetzlichen Ausnahmetatbestandes rechtswidrige Wahl eines Verhandlungsverfahrens). Der Antragsteller hat dies auch argumentativ untermauert. Im Übrigen ist auf den Grundsatz " iura novit curia" zu verweisen. Der Nachprüfungsantrag genügt entgegen der Ansicht des Auftraggebers den formalen Anforderungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG und enthält auch die Gründe im Sinne des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt (die im Hinblick auf das Nichtvorliegen eines gesetzlichen Ausnahmetatbestandes rechtswidrige Wahl eines Verhandlungsverfahrens). Der Antragsteller hat dies auch argumentativ untermauert. Im Übrigen ist auf den Grundsatz " iura novit curia" zu verweisen.

Auch die Prozessvoraussetzung eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens ist entgegen der Ansicht des Auftraggebers erfüllt (§ 320 Abs. 1 Z 2 BVergG) und damit die Antragslegitimation gegeben. Auch die Prozessvoraussetzung eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens ist entgegen der Ansicht des Auftraggebers erfüllt (Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG) und damit die Antragslegitimation gegeben.

Hierzu sei an die ständige Rechtsprechung des VwGH erinnert, wonach ein dem Antragsteller drohender Schaden im Sinne des § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG bereits dann vorliegt, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (Vgl. VwGH 24.2.2010, Zl. 2008/04/0239-9; VwGH 23.05.2007, Zl. 2007/04/0010). Dem hat der Antragsteller u.a schon insofern entsprochen, als er einen Schaden unter anderem in der für einen Bieter gegenüber einem offenen Verfahren aufwendigeren Gestaltung des Verfahrensablaufes eines 2-stufigen Verhandlungsverfahrens erblickt (Erstellung mehrerer Angebote, Teilnahme an Verhandlungen etc.). Hierzu sei an die ständige Rechtsprechung des VwGH erinnert, wonach ein dem Antragsteller drohender Schaden im Sinne des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bereits dann vorliegt, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (Vgl. VwGH 24.2.2010, Zl. 2008/04/0239-9; VwGH 23.05.2007, Zl. 2007/04/0010). Dem hat der Antragsteller u.a schon insofern entsprochen, als er einen Schaden unter anderem in der für einen Bieter gegenüber einem offenen Verfahren aufwendigeren Gestaltung des Verfahrensablaufes eines 2-stufigen Verhandlungsverfahrens erblickt (Erstellung mehrerer Angebote, Teilnahme an Verhandlungen etc.).

B) Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a) Litera a
zu Spruchpunkt I:

Die Auftragsvergabe soll in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung iSd § 25 Abs. 5 BVergG erfolgen. Die Auftragsvergabe soll in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung iSd Paragraph 25, Absatz 5, BVergG erfolgen.

Zur Beschreibung der Leistung macht der Auftraggeber von der Möglichkeit einer funktionalen Leistungsbeschreibung iSd § 96 Abs. 2 BVergG Gebrauch (siehe Projekt- und Leistungsbeschreibung). Zur Beschreibung der Leistung macht der Auftraggeber von der Möglichkeit einer funktionalen Leistungsbeschreibung iSd Paragraph 96, Absatz 2, BVergG Gebrauch (siehe Projekt- und Leistungsbeschreibung).

Pkt. 2 (Projekt- und Leistungsbeschreibung) der Teilnahmeantragsunterlagen lautet:

"2 Projekt- und Leistungsbeschreibung

Die Gesellschaften ASFINAG Service GmbH und ASFINAG Alpenstraßen GmbH benötigen für die Erfüllung der winterdienstlichen Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden einen allzeit funktionstüchtigen und einsatzbereiten Fuhrpark. Aufgrund der bestehenden Erneuerungsplanung des Fuhrparks sowie für den Ersatz der eingetretenen Schadensfälle beabsichtigen die oben genannten Gesellschaften die Vergabe der Lieferleistungen im Rahmen des BVergG 2006 durchzuführen.

Der Leistungsgegenstand umfasst die Lieferung von Winterdienst-LKWs mit 2-achs und 3-achs Fahrgestellen.

Im technischen Angebot der Ausschreibungsunterlage werden getrennt nach Kategorien die technischen Spezifikationen funktional im Detail festgelegt.

Das technische Angebot wird sich in 3 Kategorien gliedern:

Alle WIDI-LKW sind mit Frontpflugaubauplatte sowie 2 Kreis Winterdiensthydraulik zu liefern.

- -Strichaufzählung
Kategorie 1: 2-achs LKW 4 x 4

Alle WIDI-LKW sind mit Front- und Seitenpflugaubauplatten sowie 3 Kreis Winterdiensthydraulik zu liefern.

- -Strichaufzählung
Kategorie 2: 3-achs LKW 6 x 4
- -Strichaufzählung
Kategorie 3: 3-achs LKW 6 x 4*4
- -Strichaufzählung
als Aufzählpositionen werden die Möglichkeiten einen Front- oder Heckkran aufzubauen, anzubieten sein.
- -Strichaufzählung
Bestandteil dieser Ausschreibung ist auch die Organisation und Koordination der vom AG bekanntgegebenen Kran- und Winterdienstgerätehersteller
- -Strichaufzählung
Winterdienstgeräte und Kräne sind nicht Teil dieser Ausschreibung"

Gemäß § 29 Abs. 1 BVergG können Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn 1. im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines durchgeführten wettbewerblichen Dialoges keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die nach den Vorschriften dieses Bundesgesetzes unannehmbar sind und die ursprünglichen Bedingungen für den Lieferauftrag nicht grundlegend geändert werden, oder 2. es sich um Lieferungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen. Gemäß Paragraph 29, Absatz eins, BVergG können Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn 1. im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines durchgeführten wettbewerblichen Dialoges keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die nach den Vorschriften dieses Bundesgesetzes unannehmbar sind und die ursprünglichen Bedingungen für den Lieferauftrag nicht grundlegend geändert werden, oder 2. es sich um Lieferungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen.

Im klassischen Bereich besteht ein grundsätzlicher Primat des offenen und nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Das Verhandlungsverfahren stellt dem gegenüber ein Ausnahmeverfahren dar, das nur dann gewählt werden darf, wenn einer der im Gesetz in abschließender Weise angeführten Ausnahmefälle vorliegt. In diesem Sinne sind auch nach der Rechtsprechung des EuGH die durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens ein Abgehen vom Regelverfahren ermöglichenden Bestimmungen restriktiv auszulegen. So hat der EuGH ausgesprochen, dass selbst außergewöhnliche Umstände - wie etwa die Lieferung von Arzneimitteln an Einrichtungen der sozialen Sicherheit - keinen allgemeinen und unterschiedslosen Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren gestatten (EuGH 3.5.1994, Rs C-328/92, Kommission/Spanien). In der zit Entscheidung hat der EuGH weiters festgehalten, dass die

Beweislast für das Vorliegen der das Abgehen vom Regelverfahren rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände demjenigen obliegt, der sich auf sie beruft; siehe auch [Fink/Heid] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [204f].

An dieser Stelle sei erwähnt, dass auch eine wie hier vorgenommene funktionale Leistungsbeschreibung die Zulässigkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens nicht automatisch zu begründen vermag, sondern das Vorliegen eines gesetzlichen Ausnahmetatbestandes voraussetzt; siehe auch [Estermann] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [273].

Zur Rechtfertigung der Inanspruchnahme der Verfahrensform eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung beruft sich der Auftraggeber im vorliegenden Fall auf den Ausnahmetatbestand der Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung des § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG in seiner ersten Fallvariante (Lieferungen, die ihrer Natur nach eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen). Zur Rechtfertigung der Inanspruchnahme der Verfahrensform eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung beruft sich der Auftraggeber im vorliegenden Fall auf den Ausnahmetatbestand der Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG in seiner ersten Fallvariante (Lieferungen, die ihrer Natur nach eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen).

Im Vergabeakt ("Nachweis über die Ausschreibungsreife", Seite 2) führt der Auftraggeber zur Begründung der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens gemäß § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG wie folgt aus: Im Vergabeakt ("Nachweis über die Ausschreibungsreife", Seite 2) führt der Auftraggeber zur Begründung der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG wie folgt aus:

"Eine globale Preisgestaltung ist nicht möglich, weil ein Winterdienst LKW eine Spezialausführung eines Standard LKW ist. Die Achslasten, die Aufnahmen für die Aufbauten, die Aufbauten selbst und die Zusatzeinrichtungen müssen spezifisch für den konkreten Auftrag angefertigt werden. Es gibt keine allgemeinen technischen Lösungen (wie z.B.) technische Normen, sodass jeder Lieferant für seinen Standard- LKW Einzellösungen erarbeiten muss. Die Komplexität des Produktes wie z.B. die Hydrauliksteuereinrichtung für den Front- und Seitenpflug und den Streuer oder Aufnahme für den Seitenpflug ist dergestalt, dass nur das Verhandlungsverfahren zu einer für den Auftraggeber optimalen und den Lieferanten fairen - weil kalkulierbaren - Lösung führt. Nur durch Verhandlungsrunden mit den potentiellen Lieferanten ist sichergestellt, dass am Ende des Verfahrens vergleichbare und transparent bewertbare Angebote vorliegen."

Unter der Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung iSd Tatbestandes des § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG ist zu verstehen, dass der Auftraggeber für die beabsichtigte Leistung ohne Verhandlungen kein adäquates Vergütungsmodell festlegen kann, das einen Vergleich der Angebote erwarten lässt. Aus der Sicht des Bieters ist darunter zu verstehen, dass dieser auf der Grundlage der Aufgabenbeschreibung durch den Auftraggeber keinen festen Gesamtpreis für seine Leistung angeben kann, sondern Eventualitäten berücksichtigen muss, die einen direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen (vgl. 1171 der Beilagen XXII. GP, RV-Materialien zu den §§28-30). Die umfassende Preisgestaltung für den Auftragsgegenstand kann diesfalls nur durch Verhandlungen erreicht werden, da der Bieter dort darlegen kann, für welche Teile oder Positionen er unter welchen Umständen kalkulieren kann (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel §§ 28 bis 30 Rz 20, 21). Unter der Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung iSd Tatbestandes des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist zu verstehen, dass der Auftraggeber für die beabsichtigte Leistung ohne Verhandlungen kein adäquates Vergütungsmodell festlegen kann, das einen Vergleich der Angebote erwarten lässt. Aus der Sicht des Bieters ist darunter zu verstehen, dass dieser auf der Grundlage der Aufgabenbeschreibung durch den Auftraggeber keinen festen Gesamtpreis für seine Leistung angeben kann, sondern Eventualitäten berücksichtigen muss, die einen direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen vergleiche 1171 der Beilagen römisch 22 . GP, RV-Materialien zu den §§28-30). Die umfassende Preisgestaltung für den Auftragsgegenstand kann diesfalls nur durch Verhandlungen erreicht werden, da der Bieter dort darlegen kann, für welche Teile oder Positionen er unter welchen Umständen kalkulieren kann vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraphen 28 bis 30 Rz 20, 21).

Die Unmöglichkeit der globalen Preisgestaltung muss in der Natur der Sache liegen und damit objektiv begründet sein (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel aaO). Die Unmöglichkeit der globalen Preisgestaltung muss in der Natur der Sache liegen und damit objektiv begründet sein vergleiche Schramm/Öhler in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel aaO).

Der Auftraggeber begründet die (angebliche) Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung und damit verbunden die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes des § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG im Vergabeakt zusammengefasst damit, dass es sich bei einem WIDI-LKW um keinen Standard-LKW, sondern um eine Spezialausführung eines Standard-LKWs handelt. Da sich die LKWs der einzelnen am Markt vorhandenen Anbieter in Bezug auf Größe, Abmessungen, Fahrgestell, Ausmaßen der Fahrerkabine, Achslasten etc. stark voneinander unterscheiden würden, müsse jeder LKW-Lieferant für die auf den ausgeschriebenen LKWs aufzubringenden - nicht ausgeschriebenen - Aufbauten und Zusatzeinrichtungen in Ermangelung allgemeiner technischer Lösungen wie z. B. Normen, für seinen Standard-LKW Einzellösungen erarbeiten. Die Komplexität des Produktes verhindere eine globale Preisermittlung. Auf der Der Auftraggeber begründet die (angebliche) Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung und damit verbunden die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG im Vergabeakt zusammengefasst damit, dass es sich bei einem WIDI-LKW um keinen Standard-LKW, sondern um eine Spezialausführung eines Standard-LKWs handelt. Da sich die LKWs der einzelnen am Markt vorhandenen Anbieter in Bezug auf Größe, Abmessungen, Fahrgestell, Ausmaßen der Fahrerkabine, Achslasten etc. stark voneinander unterscheiden würden, müsse jeder LKW-Lieferant für die auf den ausgeschriebenen LKWs aufzubringenden - nicht ausgeschriebenen - Aufbauten und Zusatzeinrichtungen in Ermangelung allgemeiner technischer Lösungen wie z. B. Normen, für seinen Standard-LKW Einzellösungen erarbeiten. Die Komplexität des Produktes verhindere eine globale Preisermittlung. Auf der

derzeitigen Grundlage könne - ohne Durchführung von Verhandlungen - kein

Leistungsvertrag erstellt und die Leistung vom Bieter nicht kalkuliert werden.

Der Leistungsgegenstand umfasst die Lieferung von WIDI-LKWs mit 2-achs und 3-achs Fahrgestellen, wobei sich das technische Angebot in den den ausgewählten Bewerbern in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zu übermittelnden, die Bedingungen der Vergabe im Einzelnen regelnden Ausschreibungsunterlagen (siehe Pkt. 1.2.2 der Teilnahmeantragsunterlagen, "Ablauf des Vergabeverfahrens") - in 3 Kategorien gliedern wird (Kat 1: 2- achs LKW 4 x 4, Kat 2: 3-achs LKW 6 x 4 und Kat 3: 3-achs LKW 6 x 4*4), für die eine Teilvergabe vorgesehen ist (siehe oben).

Die Teilnahmeantragsunterlagen sehen folgende Merkmale bzw. Anforderungen für die zu liefernden Grund-LKWs vor:

Die Antriebsformel: 4x4 bei 2-achs LKWs und 6x4 bzw. 6x4*x4 bei 3-achs LKWs, eine 2- bzw. 3-Kreiswinterdiensthydraulik, die Anzahl der Achsen (2- achs bzw. 3-achs LKWs) und das Vorhandensein von Front- und Seitenpflugaufbauplatte. Als Aufbaupositionen werden die Möglichkeiten zum Aufbau eines Front- bzw. Heckkranes anzubieten sein.

Die Winterdienstgeräte und Kräne selbst - also diverse Aufbauten wie Front- und Seitenpflug, Aufsatzstreuer, Kipperbrücke etc. - sind kein Ausschreibungsgegenstand (vgl. Pkt. 2 letzter Unterpunkt der Projekt- und Leistungsbeschreibung sowie Schriftsatz des Auftraggebers vom 9.7.2010). Die Winterdienstgeräte und Kräne selbst - also diverse Aufbauten wie Front- und Seitenpflug, Aufsatzstreuer, Kipperbrücke etc. - sind kein Ausschreibungsgegenstand vergleiche Pkt. 2 letzter Unterpunkt der Projekt- und Leistungsbeschreibung sowie Schriftsatz des Auftraggebers vom 9.7.2010).

Es soll somit im Wesentlichen ein Standard-LKW- bzw. -Fahrgestell, somit ein Grund-LKW mit Winterdiensthydraulik mit einzelnen Vorrichtungen zur Anbringung von Pflügen und Kränen (letztere als Aufbaupositionen), jedoch ohne die Aufbauten selbst, zur Vergabe gelangen (vgl. auch mündliche Verhandlung). Es soll somit im Wesentlichen ein Standard-LKW- bzw. -Fahrgestell, somit ein Grund-LKW mit Winterdiensthydraulik mit einzelnen Vorrichtungen zur Anbringung von Pflügen und Kränen (letztere als Aufbaupositionen), jedoch ohne die Aufbauten selbst, zur Vergabe gelangen vergleiche auch mündliche Verhandlung).

Wie im Folgenden ausgeführt wird, vermochte der Auftraggeber nicht darzulegen, dass den Bietern aufgrund der vorhandenen und noch zu erwartenden weiteren Leistungsvorgaben - die technischen Spezifikationen sollen in den Ausschreibungsunterlagen funktional im Detail konkretisiert werden - eine kalkulierbare Angebotslegung nicht möglich sein sollte:

Der Auftraggeber macht hierzu geltend, dass er die vertraglichen Spezifikationen a priori nicht hinreichend genau festlegen könne, sodass ein Leistungsvertrag nicht erstellt werden könne. Die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses

sei ohne vorher gehende Verhandlungen mit den Bietern nicht möglich. Die Bieter könnten keinen festen Preis für ihre Leistung angeben, sondern müssten Eventualitäten berücksichtigen. Es bedürfe zwingend Verhandlungen zur Adaptierung der Leistung an den Auftraggeber, damit die Bieter überhaupt zur Legung eines passenden Angebotes in die Lage versetzt würden.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Vorauszuschicken ist, dass die vom Auftraggeber geltend gemachte Problematik der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses schon angesichts der Wahl einer funktionalen Leistungsbeschreibung zu relativieren ist. Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung müssen die vom Bieter zu erbringenden Leistungen nämlich nicht im Detail - in Form eines aufgegliederten Leistungsverzeichnisses - festgelegt werden, sondern ist vom Auftraggeber im Wesentlichen eine zielorientierte Aufgabenstellung bzw. Leistungsbeschreibung vorzunehmen. Die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses im engeren Sinn sieht das Gesetz nur bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung vor (§ 97 Abs. 1 BVergG). Vorauszuschicken ist, dass die vom Auftraggeber geltend gemachte Problematik der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses schon angesichts der Wahl einer funktionalen Leistungsbeschreibung zu relativieren ist. Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung müssen die vom Bieter zu erbringenden Leistungen nämlich nicht im Detail - in Form eines aufgegliederten Leistungsverzeichnisses - festgelegt werden, sondern ist vom Auftraggeber im Wesentlichen eine zielorientierte Aufgabenstellung bzw. Leistungsbeschreibung vorzunehmen. Die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses im engeren Sinn sieht das Gesetz nur bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung vor (Paragraph 97, Absatz eins, BVergG).

Gemäß § 96 Abs. 2 BVergG haben bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die technischen Spezifikationen gemäß § 98 das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. [...] Leistungs- und Funktionsanforderungen müssen so ausreichend präzisiert werden, dass sie den Bewerbern und Bietern eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Vergabe des Auftrages ermöglichen. Gemäß Paragraph 96, Absatz 2, BVergG haben bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die technischen Spezifikationen gemäß Paragraph 98, das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. [...] Leistungs- und Funktionsanforderungen müssen so ausreichend präzisiert werden, dass sie den Bewerbern und Bietern eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Vergabe des Auftrages ermöglichen.

Diesen Erfordernissen wird gegenständlich entsprochen:

Wie der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung plausibel darlegte, vermitteln ihm bereits die derzeit vorliegenden Angaben in den Teilnahmeantragsunterlagen - somit noch vor Hinzutreten der technischen Detailspezifizierungen in den Ausschreibungsunterlagen - eine Vorstellung über den anzubietenden Leistungsgegenstand und versetzen ihn in die Lage, zu allen drei skizzierten LKW-Basisvarianten (Kategorien) ein passendes Produkt anzubieten. Der Einwand des Auftraggebers, dass damit nicht gesagt sei, ob auch andere LKW-Anbieter ein oder mehrere entsprechende Produkte pro Kategorie anbieten könnten, geht ins Leere. Der Auftraggeber bezieht die Möglichkeit, dass nicht notwendiger Weise jeder Bieter zu jeder Kategorie ein passendes Produkt anbieten könne, sogar selbst in seine Ausschreibungsgestaltung ein, indem er Teilvergaben für die einzelnen LKW-Kategorien mit der Legung von Teilangeboten beabsichtigt (Pkt. 1.1.6 der Teilnahmeantragsunterlagen).

Im Zusammenhang mit der Beschreibbarkeit der Leistung erläuterte der Antragsteller (Herr C***) in der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf vorhandene Normen über Längen und Gewichte (Maximale) für LKWs, dass ein WIDI-LKW - seinem Verwendungszweck entsprechend - unter Angabe des Gesamtgewichtes, der Nutzlast und des maximalen Wendekreises beschrieben und ausgeschrieben werden kann. Dem hat der Auftraggeber auch nicht widersprochen. Der Auftraggeber bestätigte vielmehr in Übereinstimmung mit dem Antragsteller, dass allgemeine Normen zu Länge und Gewicht (Achslasten) von LKWs existieren und "das Produkt als solches" beschreibbar ist. Dem Einwand des Auftraggebers, dass es neben diesen allgemeinen Normen keine das Zusammenspiel von Grund-LKW und Aufbauten regelnden Normen geben solle, kommt dabei keine Relevanz zu (siehe unten).

Darüber hinaus gibt es Normen zu speziellen technischen Anforderungen an WIDI-LKWs. Hiezu sei auf die ÖNORM S 2044 (Entsorgungs- und Straßendienstfahrzeuge, Schneeräumungsfahrzeuge, Technische Anforderungen) verwiesen, in deren Pkt. 4.1 etwa die Anforderungen an die Anbauplatte eingehend geregelt werden, auf die RVS 12.02.22 B

(vormals RVS 13.212), in der unter B: "Vorbauplatte für WIDI-LKW" die Anforderungen an die Vorbauplatte normiert werden, an die RVS 13.212 A über Hydraulikanlagen in WIDI-LKW, auf die grundsätzlichen technischen Anforderungen der ÖNORM S 20130 sowie auf die ÖNORM EN 13021 über die Sicherheitsanforderungen, denen Schneeräumfahrzeuge zu entsprechen haben. In der ÖNORM S 2044 wird in Pkt. 4 (Technische Anforderungen) etwa ausdrücklich darauf hingewiesen, dass allfällige zusätzliche An- oder Aufbauten, wie z.B. Kran, Streugeräte angehobener Schneeflug zu berücksichtigen sind und dies erforderlichenfalls durch leicht und gefahrlos anzubringenden und auch wieder entfernbaren verschiebungssicheren Ballast sicherzustellen ist.

ISd Gesagten ist daher davon auszugehen, dass für einschlägige Kreise, somit für einen fachkundigen Bieter bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit (vgl. EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078) aufgrund der in den Teilnahmeantragsunterlagen abgesteckten Grundparameter der Leistung in Verbindung mit den angekündigten funktional festzulegenden technischen Detailspezifizierungen in den Ausschreibungsunterlagen und im Zusammenhalt mit technischen Normen und Leitlinien erkennbar ist, was anzubietender und demnach zu kalkulierender Leistungsgegenstand ist. ISd Gesagten ist daher davon auszugehen, dass für einschlägige Kreise, somit für einen fachkundigen Bieter bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit vergleiche EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078) aufgrund der in den Teilnahmeantragsunterlagen abgesteckten Grundparameter der Leistung in Verbindung mit den angekündigten funktional festzulegenden technischen Detailspezifizierungen in den Ausschreibungsunterlagen und im Zusammenhalt mit technischen Normen und Leitlinien erkennbar ist, was anzubietender und demnach zu kalkulierender Leistungsgegenstand ist.

ISd Vorbringens des Antragstellers werden die in den Teilnahmeantragsunterlagen angekündigten, in den Ausschreibungsunterlagen hinzutretenden Leistungsdetails (technische Spezifikationen) ein abgerundetes Leistungsbild im Sinne eines genau definierten Fahrzeuges ergeben, für das vom Bieter ein fester Preis angegeben werden kann. Eine mangelnde Beschreibbarkeit der Leistung und ein daraus resultierendes Unvermögen der Bieter zur Angabe eines festen Preises für ihre Leistung liegen daher nicht vor.

Auch der Versuch des Auftraggebers, die Unmöglichkeit einer globalen Preisermittlung mit der Komplexität des Produktes im Allgemeinen und der exemplarisch hervorgehobenen Komplexität der Hydrauliksteuereinrichtung im Besonderen, begründen zu wollen, führt zu keiner abweichenden Beurteilung.

So kann die technologische Komplexität eines Produktes zwar einen Anhaltspunkt für die mangelnde Ermittelbarkeit eines festen Preises bieten. Hierbei hat es sich jedoch in erster Linie um neuartige oder besonders komplexe Leistungen zu handeln, die einer festen Preisbildung entgegenstehen (vgl. hiezu die Judikatur zu Dienstleistungsaufträgen). Wenn auch im Nutzfahrzeugbereich - so wie auf anderen technischen Gebieten - zweifellos technologische Fortentwicklungen und Neuerungen stattfinden, ist eine solche hohe Komplexität im Falle eines "bloß" an die Winterdienstfordernisse anzupassenden Standard-LKWs zu verneinen. Diese Adaptierungen vermögen dem Produkt nicht den Charakter einer Leistung zu verleihen, die einer vorherigen Preisermittlung nicht zugänglich wäre. Zudem ist anzunehmen, dass der Aufrüstung eines Standard-LKWs zum WIDI-LKW durch den LKW-Hersteller ein gewisser "Wiederholungscharakter" zukommt und sich auch hier eine gewisse Standardisierung herausbilden wird. Davon zeugt schon, dass allein am österreichischen Markt fünf bis sieben LKW-Hersteller vertreten sind, die alle auch WIDI-LKWs herstellen (siehe mündliche Verhandlung). So kann die technologische Komplexität eines Produktes zwar einen Anhaltspunkt für die mangelnde Ermittelbarkeit eines festen Preises bieten. Hierbei hat es sich jedoch in erster Linie um neuartige oder besonders komplexe Leistungen zu handeln, die einer festen Preisbildung entgegenstehen (vergleiche hiezu die Judikatur zu Dienstleistungsaufträgen). Wenn auch im Nutzfahrzeugbereich - so wie auf anderen technischen Gebieten - zweifellos technologische Fortentwicklungen und Neuerungen stattfinden, ist eine solche hohe Komplexität im Falle eines "bloß" an die Winterdienstfordernisse anzupassenden Standard-LKWs zu verneinen. Diese Adaptierungen vermögen dem Produkt nicht den Charakter einer Leistung zu verleihen, die einer vorherigen Preisermittlung nicht zugänglich wäre. Zudem ist anzunehmen, dass der Aufrüstung eines Standard-LKWs zum WIDI-LKW durch den LKW-Hersteller ein gewisser "Wiederholungscharakter" zukommt und sich auch hier eine gewisse Standardisierung herausbilden wird. Davon zeugt schon, dass allein am österreichischen Markt fünf bis sieben LKW-Hersteller vertreten sind, die alle auch WIDI-LKWs herstellen (siehe mündliche Verhandlung).

Den Ausführungen des Auftraggebers zur Komplexität des Produktes ist im Einzelnen wie folgt entgegenzutreten:

Was die Aufbauten betrifft, so sind diese, wie erwähnt, gar nicht Ausschreibungsgegenstand, sodass schon deshalb nicht davon gesprochen werden kann, dass diese von den einzelnen LKW-Lieferanten spezifisch für den konkreten Auftrag angefertigt werden müssten. Wäre dies tatsächlich der Fall, so würde dies bedeuten, dass bereits im Voraus feststünde, dass der hier zum Zug kommende Bieter - den allgemeinen Vergabegrundsätzen widersprechend, gleichbehandlungs- und wettbewerbswidriger Weise - auch einen künftigen Auftrag über die Aufbauten erhalten sollte.

Ein Erfordernis der Einzelanfertigung kann sich aber auch den eigenen Ausführungen des Auftraggebers zu Folge nicht stellen. So bringt der Auftraggeber ausdrücklich vor, dass es sich bei den Aufbauten allesamt um Komponenten handelt, die nicht vom LKW-Hersteller gefertigt, sondern von diesem generell von Fremdlieferanten zugekauft werden. Ein Zukauf von Fremdteilen und eine gleichzeitige Eigen- bzw. Einzelanfertigung dieser Teile schließen einander jedoch aus.

Auch das Argument, dass vorhandenes Altgerät (Aufbauten) genutzt und mit neuen LKW-Fahrgestellen kombiniert werden soll, vermag daran nichts zu ändern. Dieses Beschaffungsmotiv und sich allenfalls daran knüpfende spezielle Bedürfnisse finden in den Teilnahmeantragsunterlagen keinen Niederschlag und werden angesichts der prinzipiellen Verneinung der Beschreibbarkeit der Aufbauten durch den Auftraggeber wohl auch in den Ausschreibungsunterlagen iS. unausgesprochen bleiben. Sollen die zu beschaffenden Leistungen exakt zu bereits vorhandenem Material passen und mit diesem zu einem neuen Ganzen zusammengeführt werden, obliegt es jedoch dem Auftraggeber, die Merkmale des vorhandenen Altgerätes, an denen sich die LKW-Anbieter zu orientieren hätten, in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend zu definieren. Die Behauptung des Auftraggebers, dass eine Beschreibung des Altgerätebestandes nicht bzw. nur unter großem Aufwand möglich sein sollte, da es alle möglichen Varianten gebe, ist als bloße Schutzbehauptung zu qualifizieren. Dass dem Auftraggeber eine Beschreibung des Altgerätes durchaus möglich sein muss, gibt er schon selbst zu erkennen. Dadurch nämlich, dass er dem Antragsteller - als seinem bisherigen WIDI-LKW-Lieferanten - vorhält, dass dieser seinen LKW stets mit dem gleichen Aufbaufabrikat liefern würde. Folgt man dem Auftraggeber, muss es sich beim vorhandenen Altgerät ohnehin um einheitliches Aufbaufabrikat handeln, dessen Beschreibung zu bewerkstelligen sein muss.

Im gegebenen Zusammenhang ist schließlich auf die Bestimmung des § 78 Abs. 9 BVergG zu verweisen, nach der der Auftraggeber zur Vorbereitung einer Ausschreibung erforderlichenfalls unbefangene Sachverständige beizuziehen hat, sofern der eigene Sachverstand hierzu nicht ausreicht. Da das Erfordernis, ob die vertraglichen Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, nicht am subjektiven Unvermögen des Auftraggebers, sondern an objektiven Maßstäben festzumachen ist, ist daher allenfalls auf externen Sachverstand zurückzugreifen, um zu entsprechenden Spezifikationen zu gelangen, die die Durchführung eines offenen bzw. nicht offenen Verfahrens ermöglichen; siehe [Fink/Heid] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [212]. Im gegebenen Zusammenhang ist schließlich auf die Bestimmung des Paragraph 78, Absatz 9, BVergG zu verweisen, nach der der Auftraggeber zur Vorbereitung einer Ausschreibung erforderlichenfalls unbefangene Sachverständige beizuziehen hat, sofern der eigene Sachverstand hierzu nicht ausreicht. Da das Erfordernis, ob die vertraglichen Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, nicht am subjektiven Unvermögen des Auftraggebers, sondern an objektiven Maßstäben festzumachen ist, ist daher allenfalls auf externen Sachverstand zurückzugreifen, um zu entsprechenden Spezifikationen zu gelangen, die die Durchführung eines offenen bzw. nicht offenen Verfahrens ermöglichen; siehe [Fink/Heid] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [212].

Davon abgesehen, ist aber ohnedies eine weitgehende Kompatibilität der Aufbauten (sowohl Wechselaufbauten als auch Fixaufbauten) mit den am österreichischen Markt vertretenen LKW-Produkten gegeben. So erläuterte der Antragsteller (Herr C***) in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar, dass auf jedem LKW ein Hauptrahmen vorhanden ist, auf den der Aufbautenhersteller den Hilfsrahmen mit den Aufbauten setzt. Die vom Aufbautenhersteller in den Hilfsrahmen gestellten Aufbauten werden somit mittels Hilfsrahmens auf den Hauptrahmen des LKWs gesetzt und so mit dem LKW verbunden. Die Schnittstelle zwischen Aufbauten (Hilfsrahmen) und LKW ist jeweils vom Aufbautenhersteller definiert. Die im Hinblick auf definierte Schnittstellen erforderlichen Anpassungen sind, wie auch der Auftraggeber auf Vorhalt von Senatsmitglied DI Kleiner einräumte, möglich.

Die beschriebene Vorgangsweise der Verwendung eines Hilfsrahmens zwecks Aufbringung der Aufbauten auf dem LKW-Hauptrahmen findet generell bei allen Aufbauten, also nicht nur beim Kipper, sondern auch beim Salzsolebehälter und beim Kran Anwendung. Angesichts dieser auch vom Auftraggeber unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des Antragstellers zur Aufbringung der Aufbauten am LKW mittels Hilfsrahmens und LKW-

Hauptrahmens erweist sich die Behauptung des Auftraggebers, dass zu jedem LKW-Produkt jeweils nur ganz bestimmte, vom LKW-Hersteller zugekaufte Aufbauten passen würden, als haltlos. Für die grundsätzliche Kompatibilität von LKW-Grundgestellen und Aufbauten spricht auch, dass der Antragsteller - vom Auftraggeber unwidersprochen geblieben - nicht nur theoretisch in der Lage ist, sein LKW-Chassis mit allen in Österreich erhältlichen Aufbauten auszustatten, sondern dies in der Praxis auch tatsächlich so handhabt. Dementsprechend verfügt der Antragsteller auch über keine "fixen" Verträge mit bestimmten Aufbautenherstellern, sondern holt im Einzelfall jeweils mehrere Angebote ein.

Wäre eine grundsätzliche Kompatibilität von LKW-Fahrgestellen und Aufbauten tatsächlich nicht gegeben, sondern wären zur Verwendung des Altgerätes - wie auch für die Einsatzfähigkeit neu zugekaufter Aufbauten - umfangreiche Manipulationen des LKW-Herstellers erforderlich, wäre auch nicht anzunehmen, dass der Auftraggeber überhaupt den aufwändigen und wohl auch kostenintensiven Weg einer Altgerätenutzung bzw. einer getrennten Beschaffung von LKWs und Aufbauten einschlagen würde.

Auch für die - nicht ausschreibungsgegenständlichen - LKW-Aufbauten besteht demnach entgegen der Darstellung des Auftraggebers kein Einzelanfertigungsbedarf.

Zu den Aufnahmen für die Aufbauten ist auf obige Ausführungen zu Haupt- und Hilfsrahmen zu verweisen. Da der Hilfsrahmen mit den Aufbauten vom Aufbauhersteller - und nicht vom LKW-Hersteller - am LKW-Hauptrahmen befestigt wird, ist für den LKW-Hersteller mit der "Herstellung" der Aufnahmen auch kein Aufwand verbunden (vgl. Antragsteller, Herr C***, mündliche Verhandlung). Auch diesbezüglich fällt daher kein Einzelanfertigungsbedarf für den LKW-Hersteller an. Zu den Aufnahmen für die Aufbauten ist auf obige Ausführungen zu Haupt- und Hilfsrahmen zu verweisen. Da der Hilfsrahmen mit den Aufbauten vom Aufbauhersteller - und nicht vom LKW-Hersteller - am LKW-Hauptrahmen befestigt wird, ist für den LKW-Hersteller mit der "Herstellung" der Aufnahmen auch kein Aufwand verbunden (vergleiche Antragsteller, Herr C***, mündliche Verhandlung). Auch diesbezüglich fällt daher kein Einzelanfertigungsbedarf für den LKW-Hersteller an.

Zudem existieren auch zu Anbauten Normen, die die Anbauten in ihren Grundzügen beschreiben (siehe Auftraggeberschriftsatz vom 23.7.2010) und gibt der Auftraggeber (Herr B***) an, dass er vorhandene Normen (z.B. zur Anbauplatte) berücksichtigen würde.

Bei der Winterdiensthydraulik handelt es sich um die Hydraulik hauptsächlich für die Schneepflüge (vgl. Auftraggeber, Herr B***, mündliche Verhandlung). Der Begriff "WIDI-Hydraulik" ist ein in einschlägigen Verkehrskreisen gängiger Begriff. Ein fachkundiger Bieter weiß somit, was darunter zu verstehen und damit anzubieten und zu kalkulieren ist. Dies geht aus den übereinstimmenden Aussagen von Auftraggeber und Antragsteller in der mündlichen Verhandlung hervor und wird auch durch eine die entsprechenden Anforderungen enthaltende RVS für Hydraulikanlagen in WIDI-LKWs (RVS 13.212A) untermauert. Bei der Winterdiensthydraulik handelt es sich um die Hydraulik hauptsächlich für die Schneepflüge (vergleiche Auftraggeber, Herr B***, mündliche Verhandlung). Der Begriff "WIDI-Hydraulik" ist ein in einschlägigen Verkehrskreisen gängiger Begriff. Ein fachkundiger Bieter weiß somit, was darunter zu verstehen und damit anzubieten und zu kalkulieren ist. Dies geht aus den übereinstimmenden Aussagen von Auftraggeber und Antragsteller in der mündlichen Verhandlung hervor und wird auch durch eine die entsprechenden Anforderungen enthaltende RVS für Hydraulikanlagen in WIDI-LKWs (RVS 13.212A) untermauert.

Auch die Zusatzeinrichtungen (etwa die in Pkt. 1.2.1 der Teilnahmeantragsunterlagen angesprochenen diversen Ergänzungsausstattungen wie Aufsatzwände, Schnellabsatzvorrichtung) werden von den LKW-Anbietern nicht selbst hergestellt, sondern zugekauft, sodass diese ebenfalls nicht vom LKW-Lieferanten spezifisch für den konkreten Auftrag angefertigt werden müssen. Die Zusatzeinrichtungen sind ebenfalls beschreibbar. Dies bestätigt auch der Auftraggeber durch seine Bemerkung, dass mit der Beschreibung die Gefahr einer Markteinschränkung verbunden sein solle.

Zu den Achslasten ist darauf hinzuweisen, dass die Anzahl der Achsen in den Teilnahmeantragsunterlagen (2 bzw. 3 Achsen) vorgeschrieben ist. Wie der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 23.7.2010 ausführt, beträgt etwa bei einem LKW mit 3 Achsen die zulässige Achslast auf der Vorderachse zwischen 9 und 10,5 Tonnen. Mögliche herstellerabhängige Unterschiede einzelner LKWs in der zulässigen Vorderachslast bewegen sich demnach in einer maximalen Bandbreite von 1,5 Tonnen und sind insofern für den Auftraggeber vorhersehbar. Mit der Regelung der Achsenanzahl in den Teilnahme- bzw. Ausschreibungsunterlagen wird daher auch eine Aussage über die Achslasten

getroffen. Darüber hinaus spricht der Auftraggeber selbst von Normen betreffend die zulässigen Gewichte von LKWs (maximal zulässige Achslasten nach KFG). Das Beispiel der Achslasten zeigt also, dass auch die pauschale Behauptung des Auftraggebers, dass für ihn nicht vorhersehbar sein soll, welche LKWs mit welchen technischen Daten angeboten würden, nicht nachvollziehbar ist.

Selbst wenn es, wie der Auftraggeber vorbringt, von den allgemeinen Normen über Länge und Gewicht von LKWs abgesehen, keine das Zusammenspiel von Grund-LKW und Aufbauten regelnden Normen geben sollte, vermag dies der grundsätzlichen Beschreibbarkeit der ausschreibungsgegenständlichen Leistung keinen Abbruch zu tun. Dies kann schon deshalb nicht der Fall sein, da die Aufbauten keinen Ausschreibungsgegenstand bilden. Im Hinblick darauf ist auch das Vorbringen verfehlt, dass die Bieter Eventualitäten zu berücksichtigen hätten, die einer umfassenden Preisgestaltung und der Legung eines auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Angebotes entgegenstehen würden [die Aufbauten sollen hinsichtlich Ausmaß und Größe und Art der Montage so beschaffen sein, dass die in Frage kommenden Aufbauten nicht ohne vorherige Abklärung (Verhandlungen) mit den jeweiligen LKW-Lieferanten festgelegt werden könnten]. Mit dieser Argumentation verkennt der Auftraggeber, dass die angesprochenen Eventualitäten, die einen Verhandlungsbedarf bedingen sollen (Aufbauten und Kräne), von der Ausschreibung ausgenommen sind und darin ein zu berücksichtigendes Zusammenspiel von Grund-LKW und Aufbauten nicht einmal anklingt. Ein Bezug zu den Aufbauten wird nicht hergestellt. In den Teilnahmeantragsunterlagen wird der Leistungsgegenstand, der in den Ausschreibungsunterlagen im Detail konkretisiert werden soll, vielmehr allgemein als Lieferung eines LKW-Fabrikates mit einzelnen Aufnahmevorrichtungen umschrieben. Da der Auftraggeber die Praktikabilität der Beschreibbarkeit der Aufbauten unter Hinweis auf deren technische Vielfalt grundsätzlich in Abrede stellt, ist auch nicht anzunehmen, dass in den Ausschreibungsunterlagen ieS eine Verknüpfung der Anforderungen an die Grund-LKWs mit vorhandenen bzw. künftig zu beschaffenden Aufbauten erfolgen wird und die entsprechenden Anforderungen beschrieben werden. Es liegt auf der Hand, dass ein Bieter kein auf unartikulierte und damit nicht ausschreibungsgegenständliche Bedürfnisse des Auftraggebers zugeschnittenes Angebot zu legen hat.

Der Tatbestand des § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG bezieht sich jedoch auf den beabsichtigten Leistungsgegenstand; vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 28-30 Rz 20), worunter der ausgeschriebene Leistungsgegenstand zu verstehen ist. Der Tatbestand des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bezieht sich jedoch auf den beabsichtigten Leistungsgegenstand; vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 28 -, 30, Rz 20), worunter der ausgeschriebene Leistungsgegenstand zu verstehen ist.

Abgesehen davon, übersieht der Auftraggeber mit seiner Argumentation, dass die ins Treffen geführte Judikatur zum Abstimmungsbedarf in Verhandlungen, um dem Bieter überhaupt die Legung eines auf die speziellen Bedürfnisse des Auftraggebers angepassten Angebotes zu ermöglichen, ganz konkret zum Ausnahmetatbestand der nicht spezifizierbaren Dienstleistungen iSd § 30 Abs. 1 Z 3 BVergG und nicht zu Lieferleistungen ergangen ist. Abgesehen davon, übersieht der Auftraggeber mit seiner Argumentation, dass die ins Treffen geführte Judikatur zum Abstimmungsbedarf in Verhandlungen, um dem Bieter überhaupt die Legung eines auf die speziellen Bedürfnisse des Auftraggebers angepassten Angebotes zu ermöglichen, ganz konkret zum Ausnahmetatbestand der nicht spezifizierbaren Dienstleistungen iSd Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG und nicht zu Lieferleistungen ergangen ist.

Der Auftraggeber begründet seinen Verhandlungsbedarf in Wahrheit somit gar nicht mit der Notwendigkeit von Verhandlungen über die verfahrensgegenständlich ausgeschriebenen Leistungen, sondern sinngemäß damit, mit den Verhandlungen über die nunmehr zu vergebenden Leistungen die Grundlagen für die Zusammenführung von neuen LKWs mit den vorhandenen Aufbauten einerseits und für eine künftige Beschaffung von Aufbauten im Wege einer weiteren Ausschreibung andererseits, schaffen zu wollen (vgl. Auftraggeberschriftsatz vom 9.7.2010, Seite 4: "... ist aus Sicht des

Auftraggebers zukünftig vorgesehen, dass auf diesen verschiedene Anbauten angebracht werden sollten ... Diese Aufbauten sind nicht Bestandteil der gegenständlichen Ausschreibung weshalb ... mit den Bietern abgeklärt werden muss, welche Aufbauten in welcher Art und Weise auf den jeweiligen LKW montiert werden könnten ... Je nach angebotenem LKW unterscheidet sich die Größe der Anbauten und die Montage derselben").

Insoweit der Bedarf an Aufbauten durch neu zu beschaffendes Gerät gedeckt werden soll, liegt der Zweck der Verhandlungen demnach in der Auslotung von Möglichkeiten einer in der Zukunft liegenden Beschaffung [arg. weshalb mit den Bietern (Anm.: mit den Bietern der Grund-LKWs) abgeklärt werden muss, welche Aufbauten...auf den jeweiligen LKW montiert werden könnten]. Hinsichtlich dieser Aufbauten besteht gegenwärtig kein Vergabewille, sodass darin eine unzulässige Markerkundung zu erblicken ist. (Zur Abstimmung neuer Grund-LKWs auf vorhandene Aufbauten siehe oben). Insoweit der Bedarf an Aufbauten durch neu zu beschaffendes Gerät gedeckt werden soll, liegt der Zweck der Verhandlungen demnach in der Auslotung von Möglichkeiten einer in der Zukunft liegenden Beschaffung [arg. weshalb mit den Bietern Anmerkung, mit den Bietern der Grund-LKWs) abgeklärt werden muss, welche Aufbauten...auf den jeweiligen LKW montiert werden könnten]. Hinsichtlich dieser Aufbauten besteht gegenwärtig kein Vergabewille, sodass darin eine unzulässige Markerkundung zu erblicken ist. (Zur Abstimmung neuer Grund-LKWs auf vorhandene Aufbauten siehe oben).

Zur Untermauerung der Notwendigkeit der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens stützt sich der Auftraggeber schließlich darauf, dass die im Jahr 2008 im offenen Verfahren ausgeschriebene Vergabe zur Beschaffung von WIDI-LKWs (als "Komplettsysteme", umfassend ausgestatteter LKWs inkl. WIDI-Ausrüstung) widerrufen und als Verhandlungsverfahren beendet habe werden müssen, da kein den Angebotsbestimmungen entsprechendes Angebot gelegt worden sei.

Hiezu ist festzuhalten, dass das Ausscheiden von Angeboten mangels Ausschreibungskonformität auf vielfältige Gründe, etwa auf "bloße" Formalmängel zurückzuführen sein kann. Das Ausscheiden von Angeboten wie auch ein in weiterer Folge gebotener Widerruf mangels im Vergabeverfahren verbliebener Angebote lassen - zumals es damals nur zwei Bieter gab - keinen Rückschluss auf eine fehlende Beschreibbarkeit der Leistung zu. Inwiefern das Leistungsverzeichnis der Vorausschreibung unterstreichen würde, dass auch damals eine detaillierte Beschreibung des Grund-LKWs nicht möglich gewesen sein soll, wie der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 6.8.2010 vermeint, ist dem Bundesvergabeamt nicht erschießbar. Dies bestätigt auch ein Aktenvermerk des Auftraggebers zum seinerzeitigen Vergabeverfahren vom 16.4.2008. Darin wird zur Begründung der Ausscheidensentscheidungen angeführt, dass im Angebot des einen Bieters eine zwingend vorzunehmende Typenbezeichnung gefehlt habe und dem Angebot des anderen Bieters eine die Vertragsbestimmungen des Auftraggebers abändernde Erklärung angeschlossen gewesen sei. Davon, dass einer der beiden Bieter Schwierigkeiten gehabt haben könnte, aufgrund der vorgegebenen Leistungsbeschreibung ein klar definiertes ausschreibungskonformes Angebot zu legen, ist hingegen keine Rede. So begründete der Auftraggeber die Entscheidung zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens im zit. Aktenvermerk auch weder mit Problemen in Bezug auf die Leistungsbeschreibung noch mit dem Scheitern des offenen Verfahrens, sondern vielmehr allein und ausdrücklich mit der Möglichkeit der Erzielung wirtschaftlicher Vorteile.

Schlussfolgerungen:

Der Auftraggeber vermochte nicht plausibel darzulegen, dass er nach

objektiven Gesichtspunkten - wie auch nach subjektivem Kenntnisstand und

Erfahrungsschatz (der Fuhrpark des Auftraggebers umfasst immerhin rund 300 WIDI-LKWs) - nicht im Stande sein sollte, eine den Grundsätzen einer funktionalen Leistungsbeschreibung genügende Beschreibung der Leistung vorzunehmen und den Bietern damit eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand, verbunden mit der Möglichkeit einer umfassenden vorherigen Preisgestaltung zu vermitteln.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass auch das offene Verfahren Möglichkeiten der Ausschreibungsgestaltung bietet (Alternativangebote, Abänderungsangebote, Varianten), um unterschiedlichen Gegebenheiten der Fabrikate der einzelnen LKW-Anbieter Rechnung zu tragen.

Aus all dem ist abschließend zu folgern, dass der bei Lieferaufträgen die Wahl eines Verhandlungsverfahrens gestattende Tatbestand des § 29 Abs. 1 Z 2 1. Fallvariante BVergG (Lieferungen, die ihrer Natur nach eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen), nicht erfüllt ist. Allfällige, mit der Leistungserbringung verbundene Risiken, die einer globalen Preisgestaltung entgegen stehen würden (§ 29 Abs. 1 Z 2 2. Fallvariante BVergG), wurden nicht vorgebracht und sind dem Bundesvergabeamt auch nicht erkennbar. Da auch der Tatbestand des § 29 Abs. 1 Z 1 BVergG (Durchführung eines Verhandlungsverfahrens im Anschluss an ein nicht erfolgreiches offenes oder nicht offenes Verfahren) gegenständlich nicht zur Anwendung kommt, wurde das Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zu Unrecht gewählt. Aus all dem ist abschließend zu folgern, dass der bei Lieferaufträgen die Wahl eines Verhandlungsverfahrens gestattende Tatbestand des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, 1. Fallvariante BVergG (Lieferungen, die ihrer Natur nach eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen), nicht erfüllt ist. Allfällige, mit der Leistungserbringung verbundene Risiken, die einer globalen Preisgestaltung entgegen stehen würden (Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, 2. Fallvariante BVergG), wurden nicht vorgebracht und sind dem Bundesvergabeamt auch nicht erkennbar. Da auch der Tatbestand des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG (Durchführung eines Verhandlungsverfahrens im Anschluss an ein nicht erfolgreiches offenes oder nicht offenes Verfahren) gegenständlich nicht zur Anwendung kommt, wurde das Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zu Unrecht gewählt.

Die rechtswidrige Wahl des Verhandlungsverfahrens ist auch von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Möglichkeit eines von einem in einem offenen Verfahren mit uneingeschränktem Teilnehmerkreis geführten Vergabeverfahren abweichenden Verfahrensausganges ist evident, zumal es in der 2. Stufe eines Verhandlungsverfahrens zu einer erheblichen Reduktion des Bieterkreises kommt, der sich durch "Shortlisting" udgl. bis zur Ermittlung des Zuschlagsempfängers weiter verengt. Die rechtswidrige Wahl des Verhandlungsverfahrens ist auch von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die Möglichkeit eines von einem in einem offenen Verfahren mit uneingeschränktem Teilnehmerkreis geführten Vergabeverfahren abweichenden Verfahrensausganges ist evident, zumal es in der 2. Stufe eines Verhandlungsverfahrens zu einer erheblichen Reduktion des Bieterkreises kommt, der sich durch "Shortlisting" udgl. bis zur Ermittlung des Zuschlagsempfängers weiter verengt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

1. b) Litera b
zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 318 Abs. 1 BVergG ist für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 BVergG vom Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG ist für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 BVergG vom Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Da die gegenständliche Auftragsvergabe dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist, kommt die Pauschalgebühr für Lieferaufträge im Oberschwellenbereich zur Anwendung. Vom Antragsteller wurden dementsprechend Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 623,-- (Euro 415,-- für den Nachprüfungsantrag und Euro 208,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet (siehe § 1 der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010 - BVA-GebV 2010, BGBl. II Nr. 72/2010). Gemäß § 2 Abs. 1 der zit. Verordnung beträgt unter anderem die für Anträge auf Nachprüfung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zu entrichtende Pauschalgebühr lediglich 25 vH der gemäß § 1 festgesetzten Gebühr. Da die gegenständliche Auftragsvergabe dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist, kommt die Pauschalgebühr für Lieferaufträge im Oberschwellenbereich zur Anwendung. Vom Antragsteller wurden dementsprechend Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 623,-- (Euro 415,-- für den Nachprüfungsantrag und Euro 208,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet (siehe Paragraph eins, der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010 - BVA-GebV 2010, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 72 aus 2010,). Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, der zit. Verordnung beträgt unter anderem die für Anträge auf Nachprüfung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zu entrichtende Pauschalgebühr lediglich 25 vH der gemäß Paragraph eins, festgesetzten Gebühr.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende

Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs.2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Da sowohl dem Nachprüfungsantrag als auch, wie eingangs in der Begründung angemerkt, dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde, hat der Antragsteller Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von insgesamt Euro 623,-- durch den Auftraggeber.

Zuletzt aktualisiert am

06.10.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at