

TE Verg Bescheid 2008/3/6 N/0015-BVA/10/2008-026

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.03.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z10

BVergG 2006 §29 Abs2 Z3

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Angebotseinholung über die Beschaffung eines modernen

Videokonferenzsystems (BMLV-GZ: 09915/3/00-00-IKTD-KdoFüU/IKTE/2008)" des Auftraggebers Republik Österreich, Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung vertreten durch die Finanzprokuratur eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH vom 8. Februar 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A*** "auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe" wird stattgegeben. Im Vergabeverfahren "Angebotseinholung über die Beschaffung eines modernen Videokonferenzsystems (BMLV-GZ: 09915/3/00-00-IKTD-KdoFüU/IKTE/2008)" wird die Aufforderung zur Angebotsabgabe des Auftraggebers Republik Österreich, Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung vom 31. Jänner 2008 für nichtig erklärt wird.

Rechtsgrundlage: §§ 29 Abs 2 Z 3, 325 Abs 1 BVergGRechtsgrundlage: Paragraphen 29, Absatz 2, Ziffer 3, 325, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag der A***, "auf Gebührenersatz gemäß § 319 Abs 3 BVergG, indem das BVA der Antragsgegnerin auftragen möge, der Antragstellerin zu Handen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Antrag auf Nichtigerklärung (EUR 300,--) und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (EUR 150,--) entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt sohin EUR 450,--, binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird insofern stattgegeben, als der Auftraggeber Republik Österreich, Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, verpflichtet ist, der Antragstellerin A*** zu Handen Ihres Rechtsvertreters die entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 450 zu ersetzen.Dem Antrag der A***, "auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG, indem das BVA der Antragsgegnerin auftragen möge, der Antragstellerin zu Handen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Antrag auf Nichtigerklärung (EUR 300,--) und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (EUR 150,--) entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt sohin EUR 450,--, binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird insofern stattgegeben, als der Auftraggeber Republik Österreich, Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, verpflichtet ist, der Antragstellerin A*** zu Handen Ihres Rechtsvertreters die entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 450 zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Antragstellerin ist die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH. Sie stellte am 8. Februar 2008 neben Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Hinblick aufAntragstellerin ist die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH. Sie stellte am 8. Februar 2008 neben Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Hinblick auf

- die von der Auftraggeberin gewählte Verfahrensart eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung;
- die diskriminierend kurz gesetzte Angebotsfrist;
- die unter Punkt 3 des Schriftsatzes näher erörterte produktspezifische und damit mangelhafte Leistungsbeschreibung, insbesondere in den Punkten 3.4.1 bis 3.4.9 des Nachprüfungsantrages getroffenen Feststellungen; und
- die für eine Bestbieterermittlung nicht geeignete Gewichtung der Zuschlagskriterien Preis und Lieferzeit und Robustheit.

Dieser Antrag betrifft das Vergabeverfahren "Angebotseinholung über die Beschaffung eines modernen Videokonferenzsystems (BMLV-GZ: 09915/3/00-00-IKTD-KdoFüU/IKTE/2008)" des Auftraggebers Republik Österreich, Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung. Die Antragstellerin brachte vor, dass die

Aufforderung zur Angebotsabgabe am 31. Jänner 2008 bei ihr eingelangt sei. Die Anfechtungsfrist ende am 11. Februar 2008, 24.00 Uhr. Ihr Antrag sei daher rechtzeitig. Sie erachtet sich in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Festlegung vergabekonformer Zuschlagskriterien, auf Vergleichbarkeit der Angebote, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, auf Abgabe von Angeboten ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken und auf Grundlage einer eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf rechtskonforme Prüfung der Angebote und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt. Der drohende Schaden bestehe im Verlust der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und der rechtsfreundlichen Vertretung. Begründend führte sie im Wesentlichen aus, dass kein Grund für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vorliege. Ebenso wenig liege ein Grund für eine besondere Dringlichkeit vor, da der Auftraggeber bereits zwei Vergabeverfahren über denselben Beschaffungsgegenstand habe widerrufen müssen. Den Misserfolg habe er zu vertreten. Dass die Bieter zwei Monate, somit ein Monat mehr als die gesetzliche Angebotsbindungsfrist, an ihre Angebote gebunden seien, spreche auch gegen eine besondere Dringlichkeit. Die Leistungsbeschreibung sei so zu gestalten, dass alle potentiellen Bieter die Möglichkeit haben müssten, ein gemäß den Ausschreibungsunterlagen und dem üblichen Marktgeschehen konformes Angebot legen zu können. Der Auftraggeber habe gegenüber den Voraussetzungen den Leistungsgegenstand derart verändert, dass die Antragstellerin kein den Ausschreibungsunterlagen konformes und dem Markt entsprechendes Angebot legen könne. Die notwendigen Mindestkriterien, die der Mitbewerber habe nicht erfüllen können, seien aus dem Leistungsverzeichnis gestrichen worden. Aus dem Vergleich ergäben sich Änderungen derart, dass in der nunmehrigen Leistungsbeschreibung Multipointfähigkeit gefordert sei, beide ausgeschriebene Versionen ein zusätzliches externes Notebook im Lieferumfang enthalten müssten, diese in beiden Versionen das "gleiche" Notebook seien, weshalb die Antragstellerin bei der mobilen Anlage kein integriertes Notebook anbieten könne, die "betriebliche Kompatibilität" nunmehr nicht mehr gegeben sein müsse, sich aus den Leistungsbeschreibungen das Notebook der Marke "C*** D***" ableiten lasse, das Musskriterium Datenübertragung nicht mehr vorhanden sei, keine Schnittstellen für Schlüsselgeräte mehr erforderlich seien und bei den sonstigen leistungsbezogenen Forderungen größtenteils die Datenblätter der B***produkte übernommen worden seien. Die geforderte Betriebstemperatur ermögliche das Anbieten von B***produkten und sei für den geplanten Einsatz im Tschad zu niedrig. Die Leistungsbeschreibung enthalte daher eindeutig produktspezifische Festlegungen. Es gebe dafür keine sachliche Rechtfertigung. Die vom Auftraggeber getroffene Gewichtung der Zuschlagskriterien lasse keine Bestbieterermittlung zu, sondern zwingt den Anbieter in das Billigstbieterprinzip. Damit werde gegen den Grundsatz des fairen und lauten Wettbewerbes verstoßen. Die Angebotsfrist ende erst nach dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Haupt- und Provisorialverfahren führte er aus, dass die Anträge verspätet sind, da das Verfahren im Unterschwellenbereich geführt wird und die Antragsfrist von einer Woche nach § 321 Abs 1 Z 5 BVergG zur Anwendung gelangt. Die Beschaffung sei erst durch den Beschluss des Hauptausschusses des Nationalrates vom 9. November 2007 notwendig geworden. Ein vorherige Beschaffung ohne konkrete Absicht der Beschaffung widerspreche § 19 Abs 4 BVergG, da die konkrete Beschaffungsabsicht noch nicht festgestanden sei. Die ausgeschriebenen Videokommunikationssysteme dienten dem österreichischen Kontingent im Tschad für Aufklärungsarbeit. Sie seien zum Schutz von Leib und Leben der Soldaten im Einsatzraum sowie deren Schutzbefohlenen erforderlich. Das Kontingent werde mehr als 100 Personen umfassen. Keine andere Nation könne dem österreichischen Bundesheer solche Systeme zur Verfügung stellen. Die Zuschlagsfrist von zwei Monaten sei eine Maximalfrist, die auch unterschritten werden könne. Daraus könne nicht auf die fehlende Dringlichkeit geschlossen werden. Die Frist des § 321 Abs 2 Z 2 BVergG komme nicht zur Anwendung, da die Aufforderung zur Angebotsabgabe keine Ausschreibung iSd BVergG darstelle. Im Übrigen enthielt der Schriftsatz Ausführungen zur einstweiligen Verfügung. Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Haupt- und Provisorialverfahren führte er aus, dass die Anträge verspätet sind, da das Verfahren im Unterschwellenbereich geführt wird und die Antragsfrist von einer Woche nach Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zur Anwendung gelangt. Die Beschaffung sei erst durch den Beschluss des Hauptausschusses des Nationalrates vom 9. November 2007 notwendig geworden. Ein vorherige Beschaffung ohne konkrete Absicht der Beschaffung widerspreche Paragraph 19, Absatz 4, BVergG, da die konkrete Beschaffungsabsicht noch nicht festgestanden sei. Die ausgeschriebenen Videokommunikationssysteme dienten dem österreichischen Kontingent im Tschad für Aufklärungsarbeit. Sie seien

zum Schutz von Leib und Leben der Soldaten im Einsatzraum sowie deren Schutzbefohlenen erforderlich. Das Kontingent werde mehr als 100 Personen umfassen. Keine andere Nation könne dem österreichischen Bundesheer solche Systeme zur Verfügung stellen. Die Zuschlagsfrist von zwei Monaten sei eine Maximalfrist, die auch unterschritten werden könne. Daraus könne nicht auf die fehlende Dringlichkeit geschlossen werden. Die Frist des Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG komme nicht zur Anwendung, da die Aufforderung zur Angebotsabgabe keine Ausschreibung iSd BVergG darstelle. Im Übrigen enthielt der Schriftsatz Ausführungen zur einstweiligen Verfügung.

Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2008 legte der Auftraggeber die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin bestritt er die Ausführungen der Antragstellerin zur Gänze, soweit nicht einzelne Punkte als richtig anerkannt werden. Er wiederholte Ausführungen aus dem Schriftsatz vom 12. Februar. So weit noch nicht wiedergegeben führte er aus, dass die Antragstellerin an die Angaben in der Aufforderung zur Angebotsabgabe gebunden ist. Daher liege ein Verfahren im Unterschwellenbereich vor. Die kommissionelle Öffnung der Angebote finde nach § 118 Abs 2 BVergG unter Ausschluss der Bieter statt. Die Gefahr, dass Angebotsinhalte Mitbewerbern zur Kenntnis gelangten, bestehe nicht. Der Auftraggeber besitze die Freiheit festzulegen, welche Geräte er benötige. Die Festlegung von militärischen Notwendigkeiten und militärischen Erfordernissen liege ausschließlich in der Hand des Bundesministers für Landesverteidigung. Diese unterlägen nur dem Sachlichkeitsgebot. Wenn ein möglicher Bieter nicht gemäß Leistungsverzeichnis liefern könne, könne er den Auftraggeber nicht zwingen, das Leistungsverzeichnis so zu erstellen, dass auch sein Produkt dem Leistungsverzeichnis entspreche. Der Nutzer des gegenständlichen Produktes unterscheide sich von jenem, für den der Beschaffungsvorgang im Frühjahr 2007 eingeleitet worden sei. Die Multipointfähigkeit sei eine Forderung des Nutzers und für den erfolgreichen Einsatz der Aufklärungselemente aus militärischer Sicht unbedingt erforderlich. Es sei kein zusätzliches, sondern ein externes Notebook verlangt. Dies diene der längeren Nutzbarkeit der Systeme. Die Tatsache der Möglichkeit der Verwendung sei dem Auftraggeber erst bei der Ausschreibung im Frühjahr 2007 bewusst geworden. Die betriebliche Kompatibilität mit einem eingeführten A***-Gerät sei für den Einsatz im Tschad nicht erforderlich. Alle Bieter für VKS müssten die Notebooks zukaufen. Die Forderungen an die Notebooks seien aufgrund der militärischen Einsatzbedingungen gestellt worden. Es gebe mindestens drei Bieter, die die Forderung erfüllten. Moderne Videokommunikationssysteme passten die Datenübertragungsrate an die Möglichkeit des Übertragungsweges an. Die Forderung nach Schnittstellen für Schlüsselgeräte sei aufgrund der spezifischen Verwendung nicht notwendig. Die Forderung nach einer Fernbedienung sei wegen der Einsatzmöglichkeit als "Konferenzzentrale" notwendig. Die Forderung nach einem höheren Temperaturbereich als 40° C sei unzulässig, da kein Gerät für diesen Temperaturbereich spezifiziert sei. Darüber hinaus finde der Einsatz in klimatisierten Bereichen statt. Mit der alleinigen Erfüllung der Muss-Forderungen (80 %) sei die erforderliche Leistungsfähigkeit für den Einsatz abgedeckt. Die Erfüllung von S-Forderungen betreffe einerseits die Robustheit des Notebooks (10 %), was bei den klimatischen und geographischen Bedingungen im Tschad von Bedeutung sei, und andererseits die kurze Lieferzeit (10 %). Die Korrektur der Uhrzeiten des Endes der Angebotsfrist und der Angebotsöffnung sei mit der Versendung der Originalunterlagen im Postweg erfolgt. Schließlich beantragt der Auftraggeber die Zurückweisung der Anträge der Antragstellerin, in eventu deren Abweisung, die Zurück- bzw Abweisung der Anträge der Antragstellerin auf Akteneinsicht sowie die Abhaltung der mündlichen Verhandlung bis 19. Februar 2008. Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2008 legte der Auftraggeber die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin bestritt er die Ausführungen der Antragstellerin zur Gänze, soweit nicht einzelne Punkte als richtig anerkannt werden. Er wiederholte Ausführungen aus dem Schriftsatz vom 12. Februar. So weit noch nicht wiedergegeben führte er aus, dass die Antragstellerin an die Angaben in der Aufforderung zur Angebotsabgabe gebunden ist. Daher liege ein Verfahren im Unterschwellenbereich vor. Die kommissionelle Öffnung der Angebote finde nach Paragraph 118, Absatz 2, BVergG unter Ausschluss der Bieter statt. Die Gefahr, dass Angebotsinhalte Mitbewerbern zur Kenntnis gelangten, bestehe nicht. Der Auftraggeber besitze die Freiheit festzulegen, welche Geräte er benötige. Die Festlegung von militärischen Notwendigkeiten und militärischen Erfordernissen liege ausschließlich in der Hand des Bundesministers für Landesverteidigung. Diese unterlägen nur dem Sachlichkeitsgebot. Wenn ein möglicher Bieter nicht gemäß Leistungsverzeichnis liefern könne, könne er den Auftraggeber nicht zwingen, das Leistungsverzeichnis so zu erstellen, dass auch sein Produkt dem Leistungsverzeichnis entspreche. Der Nutzer des gegenständlichen Produktes unterscheide sich von jenem, für den der Beschaffungsvorgang im Frühjahr 2007 eingeleitet worden sei. Die Multipointfähigkeit sei eine Forderung des Nutzers und für den erfolgreichen Einsatz der Aufklärungselemente aus militärischer Sicht unbedingt erforderlich. Es sei kein

zusätzliches, sondern ein externes Notebook verlangt. Dies diene der längeren Nutzbarkeit der Systeme. Die Tatsache der Möglichkeit der Verwendung sei dem Auftraggeber erst bei der Ausschreibung im Frühjahr 2007 bewusst geworden. Die betriebliche Kompatibilität mit einem eingeführten A***-Gerät sei für den Einsatz im Tschad nicht erforderlich. Alle Bieter für VKS müssten die Notebooks zukaufen. Die Forderungen an die Notebooks seien aufgrund der militärischen Einsatzbedingungen gestellt worden. Es gebe mindestens drei Bieter, die die Forderung erfüllten. Moderne Videokommunikationssysteme passten die Datenübertragungsrate an die Möglichkeit des Übertragungsweges an. Die Forderung nach Schnittstellen für Schlüsselgeräte sei aufgrund der spezifischen Verwendung nicht notwendig. Die Forderung nach einer Fernbedienung sei wegen der Einsatzmöglichkeit als "Konferenzzentrale" notwendig. Die Forderung nach einem höheren Temperaturbereich als 40° C sei unzulässig, da kein Gerät für diesen Temperaturbereich spezifiziert sei. Darüber hinaus finde der Einsatz in klimatisierten Bereichen statt. Mit der alleinigen Erfüllung der Muss-Forderungen (80 %) sei die erforderliche Leistungsfähigkeit für den Einsatz abgedeckt. Die Erfüllung von S-Forderungen betreffe einerseits die Robustheit des Notebooks (10 %), was bei den klimatischen und geographischen Bedingungen im Tschad von Bedeutung sei, und andererseits die kurze Lieferzeit (10 %). Die Korrektur der Uhrzeiten des Endes der Angebotsfrist und der Angebotsöffnung sei mit der Versendung der Originalunterlagen im Postweg erfolgt. Schließlich beantragt der Auftraggeber die Zurückweisung der Anträge der Antragstellerin, in eventu deren Abweisung, die Zurück- bzw Abweisung der Anträge der Antragstellerin auf Akteneinsicht sowie die Abhaltung der mündlichen Verhandlung bis 19. Februar 2008.

Mit Schriftsatz vom 14. Februar 2008 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Aufforderung zur Angebotsabgabe eine Ausschreibung iSd BVergG darstellt. Die Anträge seien daher fristgerecht eingebracht. Es liege keine besondere Dringlichkeit vor. Der Auftraggeber habe im November 2007 versucht, Konkurrenzprodukte direkt zu beschaffen. Das nunmehrige Leistungsverzeichnis sei eindeutig auf diese Produkte zugeschnitten. Die österreichischen Soldaten im Tschad besäßen ein funktionsfähiges Videokommunikationssystem. Das EU-Kommando entsende keine Einheiten in den Tschad, die nicht in der Lage seien, mit den Truppenkontingenten anderer Nationen zu kommunizieren. Es sei die Leistungsbeschreibung der Ausschreibung 2006 unter Streichung jener Teile verwendet worden, die das Konkurrenzprodukt nicht erfüllen könne. Es entbehre jeder logischen Grundlage für ein Land wie Österreich eine maximale Betriebstemperatur zu fordern, für ein heißes Land wie Tschad jedoch zu streichen. Es handle sich um ein und denselben Leistungsgegenstand. Es sei im Dezember 2007 versucht worden, bei dem in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger der Ausschreibung vom Frühjahr 2007 die Leistung direkt zu beschaffen. Die Zusendung der Leistungsbeschreibung an die Antragstellerin sei schon auf Grund der Tatsache, dass die Antragstellerin die Leistungsbeschreibung wissentlich nicht erfüllen könne, vergaberechtlich unzulässig. Es sei davon auszugehen, dass der Antragstellerin nur zur Wahrung des äußeren Anscheins die Ausschreibungsunterlagen übermittelt worden seien.

Am 15. Februar 2008 erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung zur Zahl N/0015-BVA/10/2008-011, mit der es dem Auftraggeber die Öffnung der Angebote untersagte, den Lauf der Angebotsfrist aussetzte und den Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung abwies.

Am 28. Februar 2008 nahm die Antragstellerin erneut Stellung und legte Produktdatenblätter des B*** ***, B*** ***, C*** ***, A*** ***, A*** M*** vor. Sie brachte vor, dass einige Punkte aus den Datenblättern der B***-Produkte in die Leistungsbeschreibung eingeflossen seien. Eine sachliche Rechtfertigung für die Mehrpunktfähigkeit bestehe nicht. Eine sachliche Rechtfertigung für ein gleiches externes Notebook bestehe nicht. Insbesondere sei nicht ersichtlich, warum kein integriertes Notebook verwendet werden könne. DVI-Eingänge seien bei dem System A*** nicht nötig. Warum eine 16:10 Auflösung für Videokonferenzen nötig sei, sei unklar. Die Erforderlichkeit einer Infrarot- oder Funkfernbedienung im Tschad sei nicht nachvollziehbar. Eine AES-Verschlüsselung sei unbrauchbar, weil sie nicht den gesamten Datenstrom verschlüssle. Es werde keine maximale Betriebstemperatur für die Geräte verlangt. Die Norm "MIL 461" sei eine rein amerikanische Norm. Üblicherweise werden bei derartigen Anforderungen sogenannte "COMSEC-Zonen" verlangt. Die Einhaltung der Umweltauflagen bezögen sich nur auf das Notebook, nicht auf den Transportkoffer. Die betriebliche Kompatibilität zu den im Einsatz befindlichen Geräten würde nicht verlangt. Der Datentransfer werde in der Leistungsbeschreibung nicht verlangt, obwohl gerade dadurch gewisse notwendige Leistungsparameter eines VKS-Systems ausgemacht würden.

Am 29. Februar 2008 brachte die Antragstellerin erneut einen Schriftsatz ein. Darin beantragte sie die Zeugenladung von Brigadier D*** zum Beweis dafür, dass die gegenständliche Ausschreibung unsachlich von den tatsächlichen Anforderungen des BMLV abweiche.

Am 4. März 2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. E***, Vertreter des Auftraggebers, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 28. Februar 2008. Er wies darauf hin, dass die Antragstellerin in ihrem bisherigen Vorbringen eine Reihe von Muss-Kriterien vorgebracht habe, die sie nicht erfüllen könne. In vergaberechtlicher Hinsicht führe schon die Nichterfüllung eines zu Recht geforderten Muss-Kriteriums dahin, dass ihr die Antragslegitimation fehle. Er beantragte weiters den Ausschluss der Öffentlichkeit nach § 317 BVergG iVm § 67e Abs 1 AVG. Diesem Antrag gab das Bundesvergabeamt statt und schloss die Öffentlichkeit von der Verhandlung aus. E*** gab an, dass dem Auftraggeber im Unterschwellenbereich die Wahl des Verhandlungsverfahrens freisteht. Auf Grund des Anlaufens des Einsatzes sei nicht auszuschließen gewesen, dass sich gewisse technische Spezifikationen noch änderten. Deren Berücksichtigung wäre nur in einem Verhandlungsverfahren, nicht jedoch in einem offenen Verfahren möglich. Der Antragstellerin könne weder durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens noch durch das Unterbleiben einer Bekanntmachung ein Schaden entstehen, weil sie zu Verhandlungen eingeladen worden sei. F*** bestritt das Vorbringen. Es sei auch die G*** eingeladen worden. Sie habe keine Referenzen. Sie erbringe keine Leistungsnachweise. Sie hätte gar nicht eingeladen werden dürfen. Die Antragstellerin habe ein Interesse, dass nur leistungsfähige Bieter eingeladen würden. E*** bestritt dieses Vorbringen. Die Festlegung von Eignungskriterien sei Sache des Auftraggebers. Dabei seien nicht zwingend Referenzen zu verlangen. Zum Zeitablauf sei anzumerken, dass am 11.1.2008 eine Konferenz der Mitgliedstaaten der Europäischen Union stattgefunden habe, in der die noch fehlende Ausrüstung festgelegt worden sei. Danach habe der Auftraggeber zügig in drei Wochen das Leistungsverzeichnis erstellt. H***, Mitarbeiter des Auftraggebers, gab an, dass die Ausschreibung im November/Dezember 2007 widerrufen wurde, da der Auftraggeber intern zu dem Schluss kam, dass die Ausschreibung nicht ganz dem Bundesvergabegesetz entsprach. I*** gab an, dass zwar im November 2007 der politische Beschluss gefallen sei, dass Österreich sich an dem Einsatz im Tschad beteilige. Allerdings seien die endgültigen Festlegungen für den Einsatz erst in der Truppenstellungskonferenz festgelegt worden. Bis zum 11. Jänner 2008 haben noch Truppenteile gefehlt, nämlich das Feldspital und Hubschrauberkapazitäten. Erst am 11. Jänner 2008 seien die nötigen Zusagen vorgelegen. Erst dann habe der Force Commander die Zustimmung zum Einsatz gegeben. Danach habe erst die Prozedur zum Abmarsch beginnen können. Erst danach habe das Bundesheer gewusst, was tatsächlich nötig war. E*** gab an, dass die Kommunikation über die ausgeschriebenen VKS in Zusammenhang mit der Aufklärung erfolgen solle.

Am 4. März 2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. E***, Vertreter des Auftraggebers, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 28. Februar 2008. Er wies darauf hin, dass die Antragstellerin in ihrem bisherigen Vorbringen eine Reihe von Muss-Kriterien vorgebracht habe, die sie nicht erfüllen könne. In vergaberechtlicher Hinsicht führe schon die Nichterfüllung eines zu Recht geforderten Muss-Kriteriums dahin, dass ihr die Antragslegitimation fehle. Er beantragte weiters den Ausschluss der Öffentlichkeit nach Paragraph 317, BVergG in Verbindung mit Paragraph 67 e, Absatz eins, AVG. Diesem Antrag gab das Bundesvergabeamt statt und schloss die Öffentlichkeit von der Verhandlung aus. E*** gab an, dass dem Auftraggeber im Unterschwellenbereich die Wahl des Verhandlungsverfahrens freisteht. Auf Grund des Anlaufens des Einsatzes sei nicht auszuschließen gewesen, dass sich gewisse technische Spezifikationen noch änderten. Deren Berücksichtigung wäre nur in einem Verhandlungsverfahren, nicht jedoch in einem offenen Verfahren möglich. Der Antragstellerin könne weder durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens noch durch das Unterbleiben einer Bekanntmachung ein Schaden entstehen, weil sie zu Verhandlungen eingeladen worden sei. F*** bestritt das Vorbringen. Es sei auch die G*** eingeladen worden. Sie habe keine Referenzen. Sie erbringe keine Leistungsnachweise. Sie hätte gar nicht eingeladen werden dürfen. Die Antragstellerin habe ein Interesse, dass nur leistungsfähige Bieter eingeladen würden. E*** bestritt dieses Vorbringen. Die Festlegung von Eignungskriterien sei Sache des Auftraggebers. Dabei seien nicht zwingend Referenzen zu verlangen. Zum Zeitablauf sei anzumerken, dass am 11.1.2008 eine Konferenz der Mitgliedstaaten der Europäischen Union stattgefunden habe, in der die noch fehlende Ausrüstung festgelegt worden sei. Danach habe der Auftraggeber zügig in drei Wochen das Leistungsverzeichnis erstellt. H***, Mitarbeiter des Auftraggebers, gab an, dass die Ausschreibung im November/Dezember 2007 widerrufen wurde, da der Auftraggeber intern zu dem Schluss kam, dass die Ausschreibung nicht ganz dem Bundesvergabegesetz entsprach. I*** gab an, dass zwar im November 2007 der politische Beschluss gefallen sei, dass Österreich sich an dem Einsatz im Tschad beteilige. Allerdings seien die endgültigen Festlegungen für den Einsatz erst in der Truppenstellungskonferenz festgelegt

worden. Bis zum 11. Jänner 2008 haben noch Truppenteile gefehlt, nämlich das Feldspital und Hubschrauberkapazitäten. Erst am 11. Jänner 2008 seien die nötigen Zusagen vorgelegen. Erst dann habe der Force Commander die Zustimmung zum Einsatz gegeben. Danach habe erst die Prozedur zum Abmarsch beginnen können. Erst danach habe das Bundesheer gewusst, was tatsächlich nötig war. E*** gab an, dass die Kommunikation über die ausgeschriebenen VKS in Zusammenhang mit der Aufklärung erfolgen solle.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Auftraggeber ist die Republik Österreich, Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Auftraggeber machte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 22. August 2006, 2006/S 158-170 494, abgesandt am 9. August 2006, ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich betreffend einen Lieferauftrag zur Beschaffung von ortsfesten und mobilen Videokommunikationssystemen bekannt. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu)

Es waren drei ortsfeste Videokommunikationssysteme zwingend und zwei optional anzubieten. Weiters waren vier mobile Videokommunikationssysteme zwingend und sieben optional ausgeschrieben. Die Ausschreibung umfasste zwingend zehn Satellitentelefone, zehn optional anzubietende sowie vier Verschlüsselungsgeräte sowie drei Stück 19 Zoll-Varianten der ortsfesten VKS. (Aussage von E***, Vertreter des Auftraggebers, in der mündlichen Verhandlung)

Die Angebotssummen lagen in der Größenordnung des nunmehrigen geschätzten Auftragswertes. Die in diesem Vergabeverfahren getroffene Zuschlagsentscheidung zugunsten einer Konkurrentin der Antragstellerin erklärte das Bundesvergabeamt für nichtig. (BVA 9. 5. 2007, N/0029-BVA/06/2007-112)

Der Auftraggeber widerrief diese Ausschreibung. Dieser Widerruf wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 16. Juni 2007, 2007/S 114-139 776, bekannt gemacht. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu)

Der Hauptausschuss des Nationalrates beschloss am 9. November 2007, österreichische Soldaten in den Tschad zu entsenden. (Vorbringen des Auftraggeber und von F***, Vertreter der Antragstellerin, in der mündlichen Verhandlung)

Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe am 26. November 2007 zur Post gegeben, am 29. November 2007 bei der Antragstellerin eingelangt, schrieb der Auftraggeber Videokommunikationssysteme unter Nennung bestimmter Produkte in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus. Diese Ausschreibung widerrief er, weshalb die damalige und nunmehrige Antragstellerin ihre Anträge am 6. Dezember 2007 zurückzog. (Verfahrensakt des BVA zu N/0116-BVA/03/2007; Aussage von F*** in der mündlichen Verhandlung)

Es handelt sich um eine Überbrückungsmission der EU. In weiterer Folge soll die UN übernehmen. Der Einsatz ist für 6 Monate genehmigt. Es gibt eine Option für weitere 6 Monate. (Aussage von I*** in der mündlichen Verhandlung)

Diese Ausschreibung hatte denselben Beschaffungszweck wie die nunmehrige, die Ausrüstung des österreichischen Kontingents im Tschad mit Videokonferenzsystemen. (Aussage von H***, Mitarbeiter des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung)

Am 30. Jänner 2008 wurde das Vorauskommando in den Tschad geschickt. Am 26. Februar 2008 folgten weitere 50 Soldaten. Ende März 2008 soll das restliche Kontingent nachfolgen. (Aussage von E*** in der mündlichen Verhandlung)

Im Rahmen des Einsatzes im Tschad sollen mehrere österreichische Stellen gleichzeitig über die Videokommunikationssysteme miteinander kommunizieren können. Technisch soll jedes Gerät in der Lage sein, die Zentrale der Kommunikation darzustellen, da die Kommunikationsbedingungen nicht vorhersehbar sind. Eine Abstimmung mit anderen Nationen war weder vorgesehen, noch erfolgte sie. (Aussagen von E*** und J*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Geräte sollen nach ihrer Rückkehr aus dem Tschad im Rahmen des österreichischen Bundesheeres weiter verwendet werden. (Aussage von K*** in der mündlichen Verhandlung)

Die gegenständliche Beschaffung dient der Ausrüstung der österreichischen Soldaten im Tschad mit Videokonferenzsystemen. Dazu sind fünf mobile und drei verlegbare Videokommunikationsanlagen sowie drei Notebooks und ein Tag Einschulung ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 187.000. Im Vergabeakt

findet sich Beleg für eine Prüfung der Eignung der eingeladenen Bieter. Der Auftraggeber wählte ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Mit E-Mail vom 31. Jänner 2008 forderte der Auftraggeber vier Unternehmen, darunter die Antragstellerin, auf, Angebote zu legen. Am selben Tag wurde eine Ausfertigung in Papier mit Korrekturen der Zeitpunkte des Endes der Angebotsfrist und der Angebotsöffnung zur Post gegeben. In der Ausschreibung sind jeweils externe Notebooks gefordert. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Angaben des Auftraggebers)

Die Aufforderung zur Angebotslegung lautet auszugsweise:

"[...]

ANGEBOTSEINHOLUNG

ALLGEMEINE ANGEBOTSEINHOLUNGSBESTIMMUNGEN

Ihr Unternehmen wird ersucht, ein verbindliches Angebot über die Lieferung von 8 Stück Videokonferenzsystemen gemäß den nachfolgenden Bestimmungen einzureichen.

1. 1.Ziffer eins

AUFTRAGGEBER:

Auftraggeber ist die REPUBLIK ÖSTERREICH, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung [...]

1. 3.Ziffer 3

ART DES VERGABEVERFAHRENS:

3.1 Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich ohne vorherige Bekanntmachung gem. § 29 Abs. 2, Ziff. 3 BVergG 2006 aus dringlichen zwingenden Gründen in Verbindung mit § 67 BVergG 2006. 3.2 Die zu beschaffenden Gegenstände werden für den Einsatz von Teilen des österreichischen Bundesheeres im Tschad, die gem. Beschluss des Hauptausschusses des Nationalrates vom 9. November 2007 zu einem humanitären Hilfseinsatz entsandt werden, benötigt. Die gesetzlichen Fristen eines offenen Verfahrens oder nicht offenen Verfahrens mit/ohne vorherige Bekanntmachung würden einer raschest möglichen Ausstattung der Truppen mit dem erforderlichen Gütern entgegenstehen, da auch zusätzlich mit entsprechenden Lieferfristen zu rechnen ist. 3.1 Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich ohne vorherige Bekanntmachung gem. Paragraph 29, Absatz 2,, Ziff. 3 BVergG 2006 aus dringlichen zwingenden Gründen in Verbindung mit Paragraph 67, BVergG 2006. 3.2 Die zu beschaffenden Gegenstände werden für den Einsatz von Teilen des österreichischen Bundesheeres im Tschad, die gem. Beschluss des Hauptausschusses des Nationalrates vom 9. November 2007 zu einem humanitären Hilfseinsatz entsandt werden, benötigt. Die gesetzlichen Fristen eines offenen Verfahrens oder nicht offenen Verfahrens mit/ohne vorherige Bekanntmachung würden einer raschest möglichen Ausstattung der Truppen mit dem erforderlichen Gütern entgegenstehen, da auch zusätzlich mit entsprechenden Lieferfristen zu rechnen ist.

3.3 Die fristgerecht eingelangten und gültigen Angebote werden gemäß Punkt 23 gereiht. Das BMLV wird mit dem erstgereihten Bieter den Leistungsvertrag erstellen. Wird darüber keine Einigkeit erzielt, kann das BMLV mit dem jeweils nächstgereihten Bieter das Verfahren fortsetzen. [...]

6. ANGEBOTSABGABE:

6.1 Der Bieter verpflichtet sich, diese Angebotseinholung auf Richtigkeit und technische Durchführbarkeit zu überprüfen. Er

erklärt mit seiner Unterschrift, dass die vorliegenden Unterlagen zur Erstellung des Angebotes ausreichen, der Leistungsumfang klar ist und er sich volle Klarheit über alle die Preisbildung maßgeblichen Umstände verschafft hat. Bestehen Bedenken bezüglich technischer Richtigkeit oder Durchführbarkeit oder sind seiner Meinung nach Angaben unklar oder unrichtig, so verpflichtet sich der Bieter, dies vor Angebotseinreichung an IKTD-KDoFüU/1KTE schriftlich bekannt zu geben. [...]

1. 8.Ziffer 8

GÜLTIGKEITSDAUER DES ANGEBOTES:

2 Monate ab Öffnung der Angebote. Während dieser Zeit ist der Bieter an sein Angebot gebunden. Der Bieter verpflichtet sich, dass während dieser Frist der vergebenden Stelle alle von dieser geforderten Unterlagen und Aufklärungen innerhalb der jeweils gesetzten Frist ohne Kosten zur Verfügung gestellt werden. [...]

1. 12.Ziffer 12

ALTERNATIVANGEBOTE UND ABÄNDERUNGSANGEBOTE:

Alternativangebote und Abänderungsangebote sind nicht zulässig.

1. 13.Ziffer 13

AUSFERTIGUNG DES ANGEBOTES:

13.1 Teilangebote sind nicht zulässig. [...]

14. EINREICHUNG DES ANGEBOTES:

14.1 Das Angebot ist in einem verschlossenen Umschlag, dieser versehen mit beiliegender Klebeetikette bis 19 02 98, 0900 Uhr, beim Bundesministerium für Landesverteidigung, Poststelle, [...] einzureichen.

14.2 Das Risiko der Rechtzeitigkeit des Einlangens des Angebotes trägt der Bieter. Verspätet eingelangte Angebote werden als solche gekennzeichnet und ausgeschieden.

14.3 Die Einreichung der Angebote kann mittels eingeschriebener Sendung, durch Boten oder persönliche Abgabe erfolgen. Das Kuvert des Angebotes ist außen so zu kennzeichnen, dass die Person und die Anschrift des Bieters ohne Öffnung des Angebotes feststellbar sind.

14.4 Es werden nur Originalangebote anerkannt. Telefaxangebote und dergleichen werden nicht berücksichtigt. Elektronische Angebote sind unzulässig.

14.5 Pro Bieter ist nur ein Angebot zugelassen.

15. ÖFFNUNG DER ANGEBOTE:

15.1 Die Angebotsöffnung findet am 19 02 08, 1030Uhr, im Bundesministerium für Landesverteidigung, IKTD-KdoFüU/IKTE, durch eine Kommission des BMLV statt.

15.2 Die Teilnahme der Bieter bei der Öffnung der Angebote ist nicht zulässig. [...]

23. ZUSCHLAGSKRITERIEN UND GEWICHTUNG:

23.1 Die Bewertung der Angebote erfolgt nach dem Bestbieterprinzip.

23.2 Der Auftraggeber wird nach Ermittlung des bestgereichten Bieters mit diesem Verhandlungen führen und bei erfolgreichem Abschluss den Zuschlag erteilen.

23.3 Der Bestbieter wird gemäß folgenden Kriterien ermittelt:

Zuschlagskriterium Gewichtung

1 Preis 80%

2 Lieferzeit 10%

3 Robustheit 10%

Pro Zuschlagskriterium werden maximal 100 Bewertungspunkte vergeben. Die im jeweiligen Zuschlagskriterium vergebenen Punkte werden nach der in der obigen Tabelle angeführten Gewichtung gewichtet und gesondert addiert.

Das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot ist jenes mit der höchsten Punkteanzahl.

Preis:

Gewertet wird der Gesamtpreis, bestehend aus den Positionen 1 bis 4 des Leistungsverzeichnisses.

Das Kriterium Preis wird nach folgender Formel berechnet:

$$\text{Punkte} = (\text{Preis min} / \text{Preis Angebot}) \cdot 100$$

Punkte: Punktezahl für Gesamtpreis des zu bewertenden Angebotes

Preis min: Gesamtpreis des billigsten Angebotes

Preis Angebot: Gesamtpreis des zu bewertenden Angebotes

Das Punkteergebnis (max. 100) wird mit 80% gewichtet.

Die Lieferzeit wird wie folgt bewertet:

100 Punkte für eine Lieferzeit von 2 Wochen, für jede weitere Woche 10 Punkte weniger.

Die für die Lieferzeit erreichte Punktesumme wird nach folgender Formel auf 100 skaliert:

$\text{Punkte skaliert} = (\text{Punkte erreicht} / \text{Punkte max erreicht}) * 100$

Das Punkteergebnis (max. 100) wird mit 10% gewichtet.

Die Robustheit wird wie folgt bewertet:

100 Punkte für Erfüllung aller Soll-Kriterien. Bei Nichterfüllung des Kriterien 2.3.13 und 2.3.18 erfolgt ein Abzug von je 20 Punkten und bei Nichterfüllung der Kriterien 2.3.16 und 2.3.17 von je 30 Punkten.

Die für die Robustheit erreichte Punktesumme wird nach folgender Formel auf 100 skaliert:

$\text{Punkte skaliert} = (\text{Punkte erreicht} / \text{Punkte max erreicht}) * 100$

Das Punkteergebnis (max 100) wird mit 10% gewichtet.

Bei Punktegleichstand wird jenem Angebot der Vorzug geben, das beim Preis die höhere Punktezahl erreicht hat. [...]

1. 32.Ziffer 32

LIEFERRTERMIN:

Das Angebot hat genaue Angaben über den frühestmöglichen Lieferzeitpunkt der Produkte zu enthalten.

1. 33.Ziffer 33

ERFÜLLUNGSTERMIN (Zeitraum für die Ab- und Übernahme):

Spätestens 14 Tage nach Lieferung der Ware. [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Leistungsbeschreibung lautet auszugsweise:

1. "1.Ziffer eins

Allgemeines

Zielsetzung

Ziel dieser Beschaffung ist die Beschaffung eines modernen Videokonferenzsystems (VKS) für den Einsatz von Teilen des Österreichischen Bundesheeres im TSCHAD.

Es werden 2 Versionen benötigt:

Das mobile VKS (mbl VKS) in einem Arbeitsplatzkoffer montiert, ist für eine mobile Nutzung vorgesehen.

Die verlegbare 2. Version muss als 19" Version (vlgb VKS) für eine Verwendung in einem Shelter geeignet sein.

Beide Versionen müssen multicast-/multipointfähig sein. Für beide Versionen muss je System ein Notebook als Arbeitsplatzrechner im Lieferumfang enthalten sein. Erfüllung der Forderungen

Alle Angaben von zu erfüllenden Normen sind nur insofern anzuwenden als in der Leistungsbeschreibung nicht anderweitige Grenzwerte, Forderungen oder Limits angeführt sind. Die zugesagte Erfüllung der angeführten Normen in dieser Leistungsbeschreibung ist bei begründetem Verdacht des BMLV auf Kosten des Bieters nachzuweisen.

MUSS-Forderung (M):

Ist eine unbedingt zu erfüllende Forderung. Die Nichterfüllung auch nur einer als "M" gekennzeichneten Forderung führt zum Ausscheiden des Angebotes aus der Bewertung.

Eine Übererfüllung über das MUSS hinaus ist zulässig. Diese wird jedoch nicht bewertet.

Soll-Forderung (S):

S-Forderungen müssen nicht erfüllt werden. Wenn eine Erfüllung bzw. teilweise Erfüllung vom Bieter mit J

gekennzeichnet wird, ist diese im Auftragsfall zu erfüllen. Eine Erfüllung wird gewertet. Erläuterung der Spalten

Zur besseren Veranschaulichung sind die rechten drei Spalten der LB mit nachstehender Interpretation bezeichnet:

1.3.1 1. Spalte (M/S): Forderungsspalte des BMLV

M- und S-Forderungen des BMLV

1.3.2 2. Spalte (J/N): Erfüllung durch den Bieter

Bei jedem Punkte, bei dem in der 1. Spalte eine M oder S-Forderung besteht, ist durch den Bieter in die 2. Spalte die Erfüllung mit J (= Ja) oder die Nichterfüllung mit N (= Nein) einzutragen.

1.3.3 3. Spalte (J/Z): Erläuterungen, Kommentare

Wenn seitens BMLV ein J (= Ja) eingetragen ist, wird eine Erläuterung zu diesem Punkt durch den Bieter in der Art und Weise verlangt, dass eine eindeutige Beurteilung der Erfüllung/Nichterfüllen bzw Grad der Erfüllung erfolgen kann. Wenn durch den Bieter ein Kommentar zu diesem Punkt vorgenommen wird, ist ein "Z" (Zusatz) einzutragen.

die Erklärungen und Referenzhinweise sind als Einlageblätter den entsprechenden Blättern der Leistungsbeschreibung unmittelbar nachzuordnen.

2. FORDERUNGEN

2.1. Allgemeine Forderungen

2.1.1. Das Videokonferenzsystem (in dieser LB mit mblVKS

und vlgbVKS bezeichnet) muss die Übertragung von Sprache, Daten- und Live-Videokommunikation/konferenz sicherstellen. M

2.1.2. Das VKS muss in einer mobilen (mblVKS) und einer verlegbaren 19" fähigen Version (vlgbVKS) angeboten werden. M

[...]

2.1.5. Für das mbl und vlgb VKS muss das gleiche Notebook im Lieferumfang enthalten sein. M

[...]

2.2 Objektbedingte Forderungen des mbl bzw. vlgb VKS (ohne Notebook)

2.2.1. Das mblVKS muss einen integrierten Bildschirm mit einer Diagonale von 14" aufweisen.

Anmerkung: Ein Monitor für das vlgbVKS ist nicht gefordert. M

2.2.2. Für den Transport und den Betrieb müssen die Komponenten des mblVKS in einem Arbeitsplatzkoffer montiert sein. M

2.2.3. Der Betrieb des mblVKS muss aus dem Arbeitsplatzkoffer heraus möglich sein. M

2.2.4. Für den Transport und den Betrieb müssen die Komponenten des vlgbVKS (ausgenommen das Notebook) in einer robusten 19" Transportbox montiert sein. M

2.2.5. Der Betrieb des vlgbVKS muss aus der 19" Transportbox heraus möglich sein. M

2.3. Objektbedingte Forderungen des Notebooks

2.3.1. Die Notebooks müssen eine ISDN Karte oder ein integriertes ISDN Interface enthalten (PCMCIA oder extern über USB angeschlossen). M

- 2.3.2. Die Tastatur der Notebooks muss dem Standard für den deutschen Sprachraum entsprechen (QWERTZ Layout). M
- 2.3.3. Die Notebooks müssen über 2 oder mehr USB 2.0 Schnittstellen verfügen M
- 2.3.4. Die physikalische Auflösung des Bildschirms der Notebooks muss 1024x168 Pixel (XGA) betragen. M
- 2.3.5. Das Display der Notebooks muss eine Lichtstärke von 400cd aufweisen. M
- 2.3.6. Die Notebooks müssen den Anschluss eines externen Monitors via DVI oder RGB-PC (D-Sub, 15 Pin) Anschluss mit einer Auflösung von 1280x1024 erlauben. M
- 2.3.7. Die Notebooks müssen einen Dual Core Prozessor, mind. 1024 MByte DDR2 Arbeitsspeicher und eine Stoßgeschützte Harddisk von mind. 80 Gbyte Kapazität sowie ein CD/DVD Multifunktionslaufwerk (CD/DVD Brenner) aufweisen. M
- 2.3.8. Die SE der Notebooks muss die volle Funktionalität eines PC mit Windows XP Professional Betriebssystem bieten (Audio- und Videobearbeitung, -speicherung und Wiedergabe, Office Paket mit Word, Excel, Power Point Email Programm, Browser, Brennfunktion für CDs und DVDs, Anschluss von externer HW via USB 2.0 und LAN) M
- 2.3.9. Die Notebooks müssen einen Sturz aus einer Höhe von 25cm ohne Schäden überstehen (Gerät ausgeschaltet, flacher Aufprall auf Pressspanplatte ohne Beschichtung) M J
- 2.3.10. Die Notebooks müssen einen Sturz aus einer Höhe von 75cm ohne Datenverlust auf der Harddisk überstehen (flacher Aufprall auf eine unbeschichtete Spanplatte). M J
- 2.3.11. Die Notebooks müssen über eine gegen Stoßbelastung geschützte Harddisk verfügen. M J
- 2.3.12. Die Notebooks müssen über ein gegen Spritzwasser geschütztes Keyboard verfügen. M J
- 2.3.13. Die Anschlüsse der Notebooks sollen durch Abdeckungen geschützt sein. S
- 2.3.14. Die Notebooks müssen über einen verstärkten Deckel verfügen. M J
- 2.3.15. Die Notebooks müssen eine Akkulaufzeit von 5 Stunden bieten (MobileMark 2005, bei min. Bildschirmhelligkeit). M J

2.3.16. Die Notebooks sollen hinsichtlich der Stoß- und Vibrationsfestigkeit dem Mil-Std 810F1 entsprechen. S J

2.3.17. Die Notebooks sollen hinsichtlich der Widerstandsfähigkeit gegen Staub- und Schmutz sowie Regen dem Mil-Std 810F entsprechen. S J

2.3.18. Die Notebooks sollen hinsichtlich der Elektromagnetischen Interferenz (EMI) dem Mil-Std 461E2 entsprechen. S J

2.4. Leistungsbezogene Forderungen

2.4.1. Leistungsmerkmale des mbl bzw. vlbv VKS

[...]

2.4.1.9. Die VKS müssen eine Videokonferenz mit 3 Teilnehmern ermöglichen

(Multipointfähigkeit/Multicastfähigkeit). M

2.4.1.10. Die VKS müssen dem ITU-T Standard H.243 entsprechen. M

2.4.1.11. Die VKS müssen für Punkt zu Punkt IP, SIP und ISDN sowie gemischte (IP/SIP und ISDN) Multipoint-Videokonferenzen geeignet sein. M

[...]

2.4.2. Sicherheit- und Verschlüsselung

[...]

2.4.2.6. Die Kompatibilität des VKS mit externen Schlüsselgeräten des Typs **** muss gewährleistet sein. M J

2.4.2.7. Die Kompatibilität des VKS mit den VPN Gateways des Typs **** muss gewährleistet sein. M J

2.4.3. Netwerkschnittstellen und Interface

2.4.3.1. Die VKS müssen einen 802.3 10/100 BaseT Ethernetanschluss (LAN, RJ-45) für die Verbindung mit LAN/WAN Netzen bieten. M

2.4.3.2. Die VKS müssen 3 ISDN Basic Rate Interfaces (BRI, RJ-45) für die Verbindung mit einem SatTel (oder dem in der Reihe geschalteten externen Schlüsselgerät und dem SatTel) oder einem PC oder Notebook bieten. M

2.4.3.3. Das ISDN BRI Interface muss eine Kanalbündelung der ISDN B Kanäle nach ISO 13871 für eine Videokonferenz unterstützen. M

2.4.3.4. Die VKS müssen ein USB Interface von z.B. USB

Massenspeichermedien oder sonstigen Audio/

Videoeingabegerätes bieten. M

[...]

2.4.9. Systemmanagement

2.4.9.1. Die VKS müssen eine Fernbedienung (IR oder Funktechnologie) für eine Kontrolle und Steuerung der lokalen Videokonferenzanlage bieten. M

[...]

2.6. Transport und Verpackung

2.6.1 Mobiles Videokonferenzsystem (mbLVKS)

2.6.1.1. Das mbLVKS im Arbeitsplatzkoffer muss für eine Lagerung und den Transport in einem Temperaturbereich von -20°C bis +60°C geeignet sein. M J

[...]

2.6.2. Verlegbares Videokonferenzsystem (vlgbVKS)

2.6.2.1 Das vlgbVKS muss in der 19" Transportbox für eine Lagerung und den Transport in einem Temperaturbereich von -20 °C bis +60°C geeignet sein. M J

[...]

2.8 Logistische Forderungen

2.8.4 Eine telefonische Erreichbarkeit für

Fehlerbehebung bzw. zur Bedienerunterstützung muss auch an arbeitsfreien Tagen sichergestellt werden. Die Telefonnummer ist am VKS anzuführen. M J

2.8.5 Bei Auftreten durch den Benutzer nicht behebbarer

Fehler muss ein Ersatzgerät innerhalb von 24 Stunden zu einem beliebigen Bestimmungsort versendet werden können. M J

2.8.6. Der voraussichtliche Liefertermin soll möglichst

kurz sein. S J

-----"

1 Department of Defense: Test Method Standard for Environmental Engineering Considerations and Laboratory Tests. Als Download offen im Internet verfügbar.

2 Department of Defense: Requirements for the control of Electromagnetic Interference characteristics of Subsystems and Equipment. Als Download offen im Internet verfügbar."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Bewertung soll nach folgendem Bewertungskatalog erfolgen.

"Bewertungskatalog VKS

LB Pkt Forderung	Bewertung	Punkte
Alle Muss-Forderungen müssen ausnahmslos erfüllt werden	M	800P
2.3.13 Die Anschlüsse der Notebooks sollen durch Abdeckungen geschützt sein.	S	J=20P N= 0P

2.3.16 Die Notebooks sollen hinsichtlich S Prüfung der J=30P
der Stoß- und Vibrationsfestigkeit Firmenangaben N= 0P
dem Mil-Std 810F entsprechen.

2.3.17 Die Notebooks sollen hinsichtlich S Prüfung der J=30P
der Widerstandsfähigkeit gegen Staub- Firmenangaben N= 0P
und Schmutz sowie Regen dem Mil-
Std 810F entsprechen.

2.3.18 Die Notebooks sollen hinsichtlich S Prüfung der J=20P
der Elektromagnetischen Interferenz Firmenangaben N= 0P
(EMI) dem Mil-Std 461E entsprechen.

2.1.1. Der voraussichtliche Liefertermin S 2 Wochen 100P
soll möglichst kurz sein. Je Woche länger -10P

Begründung für die Bewertung: 80% Preis, 10% Robustheit, 10%

Lieferzeit:

Mit der alleinigen Erfüllung der Muss-Forderungen ist die erforderliche Leistungsfähigkeit (80%) für den Einsatz abgedeckt. Eine Bewertung der Übererfüllung der Muss-Forderungen würde daher nur höhere Preise bedeuten.

Die Erfüllung von S-Forderungen betrifft einerseits die Robustheit (10%) des Notebooks, dies ist bei den klimatischen und geographischen Bedingungen im TSCHAD von Bedeutung, und andererseits ist eine kurze Lieferzeit (10%) für den TSCHAD-Einsatz ein wesentlicher Faktor, da die entsprechenden Trupps möglichst rasch mit dem VKS ausgestattet werden sollen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Angeschlossen sind die "Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (AAB) der Heeresverwaltung" und die "Allgemeinen Leistungs(Lieferungs)bestimmungen (ALB) des Bundesministeriums für Landesverteidigung und seiner nachgeordneten Dienststellen (Ausgabe 2002)". Diese enthalten Vertragsbestimmungen und allgemeine Bestimmungen für die Durchführung des Vergabeverfahrens. Sie sind subsidiär zu den oben genannten Bestimmungen der "Angebotseinholung" heranzuziehen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin bietet nur mobile Systeme mit integrierten Notebooks an. (Angaben der Antragstellerin)

Eine direkte Kommunikation zwischen zwei Satellitentelefonen ist nur unter Zwischenschaltung einer Bodenstation möglich. Wenn Videokommunikationssysteme unter der Multipointfähigkeit betrieben werden, geschieht dies in einer Sterntopologie. Ein Gerät übernimmt die Bündelung und Verteilung der Datenströme. (Aussage von DI Kerschak in der mündlichen Verhandlung)

Derzeit befindet sich eine Einheit von 15 österreichischen Soldaten im Tschad. Sie verwenden zumindest ein Videokommunikationssystem der Antragstellerin. Geplant ist, über 100 Soldaten zu entsenden. Die Videokommunikationssysteme dienen der Aufklärung. (Angaben der Verfahrensparteien)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Angaben des Auftraggebers)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von Euro

1. 450.Ziffer 450

(Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Beweismitteln. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann, sowie glaubwürdige und widerspruchsfreie Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich, Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung. Er ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Die zu beschaffenden Güter sind Videokommunikationssysteme. Sie sind aus der Liste der Güter in Anhang VI, Kapitel 85 BVergG durch die ausdrückliche Anordnung "aus 85.13, Geräte für die Fernsprech- oder Telegraphentechnik" ausgenommen. Da der Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 1 BVergG nur für Güter nach Anhang VI zum BVergG gilt, findet für die gegenständliche Beschaffung der Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG Anwendung. Er beträgt derzeit Euro 211.000. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 187.000 und ist kleiner als der relevante Schwellenwert. Es liegt daher ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vor. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich, Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung. Er ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Die zu beschaffenden Güter sind Videokommunikationssysteme. Sie sind aus der Liste der Güter in Anhang römisch sechs, Kapitel 85 BVergG durch die ausdrückliche Anordnung "aus 85.13, Geräte für die Fernsprech- oder Telegraphentechnik" ausgenommen. Da der Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG nur für Güter nach Anhang römisch sechs zum BVergG gilt, findet für die gegenständliche Beschaffung der Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG Anwendung. Er beträgt derzeit Euro 211.000. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 187.000 und ist kleiner als der relevante Schwellenwert. Es liegt daher ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vor.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 12. Februar 2008 das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 12. Februar 2008 das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Das Vergabeverfahren ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Es wurde durch die Übersendung der Einladung zur Angebotsabgabe an vier ausgewählte Bieter per E-Mail am 31. Jänner 2008, eingeleitet, deren Nichtigerklärung die Antragstellerin beantragt. Daher ist die Einladung zur Angebotsabgabe die gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit a sublit ee BVergG. Das Vergabeverfahren ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Es wurde durch die Übersendung der Einladung zur Angebotsabgabe an vier ausgewählte Bieter per E-Mail am 31. Jänner 2008, eingeleitet, deren Nichtigerklärung die Antragstellerin beantragt. Daher ist die Einladung zur Angebotsabgabe die gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG.

Die Anträge wurden per Telefax am 8. Februar 2008 gestellt und langten an diesem Tag beim Bundesvergabeamt ein. Die Einladung zur Angebotsabgabe enthält die Spezifikationen der Leistung, die Festlegungen für die Durchführung des Verhandlungsverfahrens und die Eignungsanforderungen an die Bieter sowie die übrigen Bedingungen für die Vertragsgestaltung. Sie ist derart konkret, dass sie als Leistungsvertrag verwendet werden kann. Die Ausschreibung ist in § 2 Z 10 BVergG als an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des

Auftraggebers definiert, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte (Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog). Inhaltlich basiert diese Definition auf den Festlegungen der ÖNORM A 2050. Die Liste im Klammerausdruck stellt eine beispielhafte Aufzählung dar. (RV 1171 Bglnr 22 GP 13; anzumerken ist, dass die Erläuterungen zur Neufassung von § 321 Abs 2 BVergG durch die Novelle 2007, BGBl I 86/2007 die Einladung, Teilnahmeanträge zu stellen, nicht als Ausschreibung ansehen [RV 127 Bglnr 23 GP 17]). Erkennbar ist, dass der Gesetzgeber sowohl alle jene Dokumente, die eine Einladung sich am Vergabeverfahren zu beteiligen enthalten, und jene Dokumente, die die zu erbringende Leistung näher festlegen, unter dem Begriff der Ausschreibung zusammenfassen wollte (zur wortgleichen Vorgängerbestimmung Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005], § 20 Z 6 Rz 10). Diese Definition entspricht mit Ausnahme der beispielhaften Aufzählung von Dokumenten wörtlich Punkt 3.7 der ÖNORM A 2050 Stand 2000. Das Gesetz erweitert diese Begriffsbestimmung allerdings um die Bekanntmachung, die Punkt 3.8 der ÖNORM A 2050 gesondert definiert. Die vorliegende Einladung zur Angebotsabgabe ist daher eine Ausschreibung iSd § 2 Z 10 BVergG (zur wortgleichen Vorgängerbestimmung Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 20 Z 6 Rz 7). Die Anträge wurden per Telefax am 8. Februar 2008 gestellt und langten an diesem Tag beim Bundesvergabeamt ein. Die Einladung zur Angebotsabgabe enthält die Spezifikationen der Leistung, die Festlegungen für die Durchführung des Verhandlungsverfahrens und die Eignungsanforderungen an die Bieter sowie die übrigen Bedingungen für die Vertragsgestaltung. Sie ist derart konkret, dass sie als Leistungsvertrag verwendet werden kann. Die Ausschreibung ist in Paragraph 2, Ziffer 10, BVergG als an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers definiert, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte (Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog). Inhaltlich basiert diese Definition auf den Festlegungen der ÖNORM A 2050. Die Liste im Klammerausdruck stellt eine beispielhafte Aufzählung dar. Regierungsvorlage 1171 Bglnr 22 Gesetzgebungsperiode 13; anzumerken ist, dass die Erläuterungen zur Neufassung von Paragraph 321, Absatz 2, BVergG durch die Novelle 2007, Bundesgesetzblatt Teil eins, 86 aus 2007, die Einladung, Teilnahmeanträge zu stellen, nicht als Ausschreibung ansehen [RV 127 Bglnr 23 Gesetzgebungsperiode 17]). Erkennbar ist, dass der Gesetzgeber sowohl alle jene Dokumente, die eine Einladung sich am Vergabeverfahren zu beteiligen enthalten, und jene Dokumente, die die zu erbringende Leistung näher festlegen, unter dem Begriff der Ausschreibung zusammenfassen wollte (zur wortgleichen Vorgängerbestimmung Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005], Paragraph 20, Ziffer 6, Rz 10). Diese Definition entspricht mit Ausnahme der beispielhaften Aufzählung von Dokumenten wörtlich Punkt 3.7 der ÖNORM A 2050 Stand 2000. Das Gesetz erweitert diese Begriffsbestimmung allerdings um die Bekanntmachung, die Punkt 3.8 der ÖNORM A 2050 gesondert definiert. Die vorliegende Einladung zur Angebotsabgabe ist daher eine Ausschreibung iSd Paragraph 2, Ziffer 10, BVergG (zur wortgleichen Vorgängerbestimmung Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 20, Ziffer 6, Rz 7).

Nach § 321 Abs 2 BVergG sind die in dieser Bestimmung genannten Fristen auf Anträge zur Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen sowie die Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen anzuwenden. Die Heranziehung der oben genannten Trennung der Begriffsbestimmungen in der ÖNORM A 2050 zwischen der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises und der Aufforderung zur Angebotslegung im Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung, in dem nach § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG die Aufforderung zur Angebotsabgabe als gesondert anfechtbare Entscheidung festgelegt ist, lässt sich auf ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung insofern übertragen, als eine Aufforderung zur Angebotsabgabe eine Ausschreibungsunterlage darstellt. Sinn der Rückrechnung der Frist ist, dem Auftraggeber Korrekturen zu ermöglichen, ohne deshalb den Rechtsschutz zu verkürzen (RV 127 Bglnr 23 GP 17). Daher ist diese Methode der Festlegung der Frist dann heranzuziehen, wenn die Spezifikation der Leistung überprüft werden soll. Nach den obigen Ausführungen handelt es sich bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung um die Ausschreibung in diesem Verfahren. Die Antragsfrist ist nach § 321 Abs 2 BVergG zu berechnen. Nach Paragraph 321, Absatz 2, BVergG sind die in dieser Bestimmung genannten Fristen auf Anträge zur Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen sowie die Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen anzuwenden. Die Heranziehung der oben genannten Trennung der Begriffsbestimmungen in der ÖNORM A 2050 zwischen der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises und der Aufforderung zur Angebotslegung

im Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung, in dem nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG die Aufforderung zur Angebotsabgabe als gesondert anfechtbare Entscheidung festgelegt ist, lässt sich auf ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung insofern übertragen, als eine Aufforderung zur Angebotsabgabe eine Ausschreibungsunterlage darstellt. Sinn der Rückrechnung der Frist ist, dem Auftraggeber Korrekturen zu ermöglichen, ohne deshalb den Rechtsschutz zu verkürzen (Regierungsvorlage 127 BgI NR 23 Gesetzgebungsperiode 17). Daher ist diese Methode der Festlegung der Frist dann heranzuziehen, wenn die Spezifikation der Leistung überprüft werden soll. Nach den obigen Ausführungen handelt es sich bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung um die Ausschreibung in diesem Verfahren. Die Antragsfrist ist nach Paragraph 321, Absatz 2, BVergG zu berechnen.

Da die Frist zur Angebotsabgabe 19 Tage beträgt, kommt § 321 Abs 2 Z 2 BVergG zum Tragen. Der letzte Tag der Antragstellung wäre daher der 11. Februar 2008 gewesen (zur Berechnung VwGH 11. 10. 2007, 2006/04/0112). Der Antrag ist somit rechtzeitig. Da die Frist zur Angebotsabgabe 19 Tage beträgt, kommt Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zum Tragen. Der letzte Tag der Antragstellung wäre daher der 11. Februar 2008 gewesen (zur Berechnung VwGH 11. 10. 2007, 2006/04/0112). Der Antrag ist somit rechtzeitig.

Der Auftraggeber verweist darauf, dass die Antragstellerin nach eigenen Angaben kein der Ausschreibung entsprechendes Angebot legen könne und ihr daher auch kein Schaden entstehen könne. Ihr fehle die Antragslegitimation.

Zu der Frage der Antragslegitimation bei Anfechtung der Ausschreibung führte der EuGH aus: "Falls ein Unternehmen jedoch deshalb kein Angebot gelegt hat, weil es sich durch angeblich diskriminierende Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen oder im Pflichtenheft gerade daran gehindert gesehen hat, die ausgeschriebene Gesamtleistung zu erbringen, ist es berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren unmittelbar gegen diese Spezifikationen einzuleiten, noch bevor das Vergabeverfahren für den betreffenden öffentlichen Auftrag abgeschlossen ist. Zum einen kann nämlich von einem angeblich durch diskriminierende Klauseln in den Ausschreibungsunterlagen geschädigten Unternehmen als Voraussetzung dafür, mit den in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren gegen solche Spezifikationen vorzugehen, nicht verlangt werden, im Rahmen des betreffenden Vergabeverfahrens ein Angebot zu legen, obwohl es aufgrund der genannten Spezifikationen keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags hat. Zum anderen geht aus dem Wortlaut von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665 klar hervor, dass die von den Mitgliedstaaten nach dieser Richtlinie zu organisierenden Nachprüfungsverfahren u.

a. gewährleisten müssen, dass 'die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen ... vorgenommen ... werden kann'. Es muss einem Unternehmen also möglich sein, ein Nachprüfungsverfahren unmittelbar gegen solche diskriminierenden Spezifikationen durchzuführen, ohne den Abschluss des Vergabeverfahrens abzuwarten." (EuGH 12. 2. 2004, Rs C-230/02, Grossmann Air, Rn 28 - 30, Slg 2004, I-1829)

Nach dem österreichischen System der Vergabekontrolle muss jede Entscheidung des Auftraggebers einmal einer Überprüfung unterzogen werden können. Diese muss wegen des Systems der Präklusion bei erster Gelegenheit stattfinden (zum insofern gleichen BVergG 2002 BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26; 10. 8. 2007, 17F-5/05-23). Wenn ein Bieter die Ausschreibung innerhalb der Frist nach § 321 Abs 2 BVergG nicht anfechtet, erlangt diese Bestandskraft. In weiterer Folge sind alle am Vergabeverfahren Beteiligten daran gebunden (EuGH 22. 6. 1993, Rs C 243/89, Kommission/Dänemark, Slg 1993, I 229, Rn 40, ZER 1994/98). Wenn ein Bieter daher der Ansicht ist, dass die Ausschreibung gesetzwidrig ist, muss er sie - auch ohne Legung eines Angebotes sofort anfechten, da er andernfalls alle Rechtsschutzmöglichkeiten verliert. Für den Auftraggeber bietet diese Lösung den Vorteil, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der Ausschreibung zum frühest möglichen Zeitpunkt geklärt wird und im weiteren Verlauf der Ausschreibung nicht mehr releviert werden kann. Nach dem österreichischen System der Vergabekontrolle muss jede Entscheidung des Auftraggebers einmal einer Überprüfung unterzogen werden können. Diese muss wegen des Systems der Präklusion bei erster Gelegenheit stattfinden (zum insofern gleichen BVergG 2002 BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26; 10. 8. 2007, 17F-5/05-23). Wenn ein Bieter die Ausschreibung innerhalb der Frist nach Paragraph 321, Absatz 2, BVergG nicht anfechtet, erlangt diese Bestandskraft. In weiterer Folge sind alle am Vergabeverfahren Beteiligten daran gebunden (EuGH 22. 6. 1993, Rs C 243/89, Kommission/Dänemark, Slg 1993, römisch eins 229, Rn 40, ZER 1994/98). Wenn ein Bieter daher der Ansicht ist, dass die Ausschreibung gesetzwidrig ist, muss er sie - auch ohne Legung eines Angebotes sofort anfechten, da er andernfalls alle Rechtsschutzmöglichkeiten verliert. Für den Auftraggeber bietet

diese Lösung den Vorteil, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der Ausschreibung zum frühest möglichen Zeitpunkt geklärt wird und im weiteren Verlauf der Ausschreibung nicht mehr releviert werden kann.

Auch wenn die Antragstellerin daher nicht oder nur schwer den Ausschreibungsbedingungen entsprechend anbieten kann, muss ihr die Möglichkeit offen stehen, die - ihrer Ansicht nach - vergaberechtswidrigen Bestimmungen der Ausschreibung überprüfen zu lassen. Es kann dabei nicht verlangt werden, dass sie ein aussichtsloses Angebot legt. Weiters liegen beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens noch keine Angebote vor, anhand derer die Chancen der Antragstellerin endgültig beurteilt werden könnten. Vermutungen anhand ihres Produktprogramms vermögen ein endgültiges Urteil über ihre Möglichkeit, ein Angebot zu legen, nicht zu rechtfertigen. In der Phase vor Angebotsabgabe ist sie daher legitimiert, die Nichtigerklärung der benachteiligenden Ausschreibung zu beantragen.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die übrigen Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die übrigen Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotslegung § 320 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotslegung Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung

3.2.1 Zur Wahl des Vergabeverfahrens

Nach § 27 BVergG können die Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen frei zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen. Nach Paragraph 27, BVergG können die Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen frei zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen.

Nach § 29 Abs 2 Z 3 BVergG können Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Abs. 1 durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten. Nach Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG können Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Absatz eins, durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten.

Nach § 65 Abs 1 BVergG beträgt die vom Auftraggeber festzusetzende Frist für den Eingang der Angebote beim offenen Verfahren mindestens 22 Tage. Falls in der Bekanntmachung nicht ein Tag für die frühest mögliche Abholung der Ausschreibungsunterlagen angegeben ist, beginnt die Angebotsfrist mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung gemäß § 55. Sie endet mit dem Zeitpunkt, bis zu dem die Angebote spätestens eingehen müssen. Nach Paragraph 65, Absatz eins, BVergG beträgt die vom Auftraggeber festzusetzende Frist für den Eingang der Angebote beim offenen Verfahren mindestens 22 Tage. Falls in der Bekanntmachung nicht ein Tag für die frühest mögliche Abholung der Ausschreibungsunterlagen angegeben ist, beginnt die Angebotsfrist mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung gemäß Paragraph 55, Sie endet mit dem Zeitpunkt, bis zu dem die Angebote spätestens eingehen müssen.

Nach § 67 BVergG kann der Auftraggeber in besonders begründeten Fällen, insbesondere aus Gründen der Dringlichkeit, die Mindestangebotsfristen und die Teilnahmefristen verkürzen. Die Gründe für eine Verkürzung sind schriftlich festzuhalten. Nach Paragraph 67, BVergG kann der Auftraggeber in besonders begründeten Fällen, insbesondere aus Gründen der Dringlichkeit, die Mindestangebotsfristen und die Teilnahmefristen verkürzen. Die Gründe für eine Verkürzung sind schriftlich festzuhalten.

Der Auftraggeber führt ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige

Bekanntmachung durch. Er beruft sich dabei auf §§ 29 Abs 2 Z 3, 67 BVergG. Ausdrücklich lehnt er die Anwendung von § 38 BVergG ab. Bekanntmachung durch. Er beruft sich dabei auf Paragraphen 29, Absatz 2, Ziffer 3, 67, BVergG. Ausdrücklich lehnt er die Anwendung von Paragraph 38, BVergG ab.

Vorauszuschicken ist, dass Verhandlungsverfahren wegen der geringeren Transparenz die Ausnahme darstellen und nur bei Vorliegen der eng auszulegenden Voraussetzungen gewählt werden dürfen (zB EuGH 28.3.1995, Rs C-324/93, The Queen/Secretary of State for the Home Department, ex parte Evans Medical and Macfarlan Smith, Slg 1995, I-563, Rn 49; 18. 11. 2004, Rs C-126/03, Kommission/Deutschland, Slg 2004, I-11197, Rn 23; 13. 1. 2005, Rs C-84/03, Kommission/Spanien, Slg 2005, I-139, Rn 47 und 56; RV 1171 BlgNR 22 GP 45; Egger, Europäisches Vergaberecht [2007] Rz 1017 ff mwN; zu den inhaltlich gleichen Vorgängerbestimmungen der §§ 24 ff BVergG 2002 Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fuhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 25 Rz 1 und § 26 Rz 3; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts2 [2005], 204). Daher ist im Zweifel einem Verfahren, das dem nach § 19 Abs 1 BVergG zu wahrenen Transparenzgrundsatz zur Wahrung der Gleichbehandlung der Bieter besser entspricht, der Vorzug zu geben. Dieser Grundsatz findet auch in der Möglichkeit der freien Wahl zwischen jenen Verfahrenstypen, die größtmögliche Transparenz gewährleisten (siehe zB nur RV 1171 BlgNR 22 GP 45), dem offenen und nicht offenen Verfahren, in § 27 BVergG ihren Niederschlag, wobei diese Bestimmung unterschiedslos ober- und unterhalb der Schwellenwerte zur Anwendung kommt. Da § 27 BVergG die Umsetzung von Art 28 RL 2004/18/EG ist, diese Richtlinie eine Neufassung bereits existierender Bestimmungen darstellt und es für andere Ansätze als zu den Vorgängerrichtlinien keinen Grund gibt (EuGH 13. 12. 2007, Rs C-337/06, Bayrischer Rundfunk ua, Rn 30), kann zu seinem Verständnis auch die zu den Vorgängerbestimmungen ergangene Rechtsprechung herangezogen werden. Vorauszuschicken ist, dass Verhandlungsverfahren wegen der geringeren Transparenz die Ausnahme darstellen und nur bei Vorliegen der eng auszulegenden Voraussetzungen gewählt werden dürfen (zB EuGH 28.3.1995, Rs C-324/93, The Queen/Secretary of State for the Home Department, ex parte Evans Medical and Macfarlan Smith, Slg 1995, I-563, Rn 49; 18. 11. 2004, Rs C-126/03, Kommission/Deutschland, Slg 2004, I-11197, Rn 23; 13. 1. 2005, Rs C-84/03, Kommission/Spanien, Slg 2005, I-139, Rn 47 und 56; Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 45; Egger, Europäisches Vergaberecht [2007] Rz 1017 ff mwN; zu den inhaltlich gleichen Vorgängerbestimmungen der Paragraphen 24, ff BVergG 2002 Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fuhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 25, Rz 1 und Paragraph 26, Rz 3; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts2 [2005], 204). Daher ist im Zweifel einem Verfahren, das dem nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG zu wahrenen Transparenzgrundsatz zur Wahrung der Gleichbehandlung der Bieter besser entspricht, der Vorzug zu geben. Dieser Grundsatz findet auch in der Möglichkeit der freien Wahl zwischen jenen Verfahrenstypen, die größtmögliche Transparenz gewährleisten (siehe zB nur Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 45), dem offenen und nicht offenen Verfahren, in Paragraph 27, BVergG ihren Niederschlag, wobei diese Bestimmung unterschiedslos ober- und unterhalb der Schwellenwerte zur Anwendung kommt. Da Paragraph 27, BVergG die Umsetzung von Artikel 28, RL 2004/18/EG ist, diese Richtlinie eine Neufassung bereits existierender Bestimmungen darstellt und es für andere Ansätze als zu den Vorgängerrichtlinien keinen Grund gibt (EuGH 13. 12. 2007, Rs C-337/06, Bayrischer Rundfunk ua, Rn 30), kann zu seinem Verständnis auch die zu den Vorgängerbestimmungen ergangene Rechtsprechung herangezogen werden.

Der Auftraggeber sandte die Aufforderung zur Angebotslegung am 31. Jänner 2008 ab. Per E-Mail langte sie auch an diesem Tag bei den Bietern ein. Das Ende der Angebotsfrist fällt auf den 19. Februar 2008. Die Angebotsfrist beträgt daher 19 Tage. In einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich beträgt die Angebotsfrist nach § 65 Abs 1 BVergG 22 Tage. Die Absendung der Bekanntmachung, die ebenso wie die Versendung der Angebotsunterlagen elektronisch erfolgen kann, setzt diese Frist in Gang. Der Unterschied der Verfahrensdauern ist gering. Unter Berücksichtigung des Gangs des offenen Verfahrens, in dem die Bieter erst die Angebotsunterlagen beschaffen müssen, ist die Zeit, die den Bietern zur Erstellung der Angebote zur Verfügung steht, etwa gleich. Damit entspricht die Angebotsfrist etwa jener, die der Gesetzgeber als Mindestfrist in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ansieht. Gründe, warum sie im vorliegenden Fall wegen der Eigenheiten der Leistung zu kurz sein sollte, brachte die Antragstellerin trotz der Rüge nicht vor. Der Wunsch, leichter auf allfällige Änderungen der Anforderungen an die Leistung eingehen zu können, ist verständlich. Allerdings darf – wie angeführt – ein Verhandlungsverfahren nur bei Vorliegen der Voraussetzungen gewählt werden. Die vorliegende Ausschreibung eignet sich wegen des konstruktiv aufgebauten undDer Auftraggeber sandte die Aufforderung zur Angebotslegung am 31. Jänner 2008 ab. Per E-Mail langte sie auch an diesem Tag bei den Bietern ein. Das Ende der Angebotsfrist fällt auf den 19. Februar 2008. Die

Angebotsfrist beträgt daher 19 Tage. In einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich beträgt die Angebotsfrist nach Paragraph 65, Absatz eins, BVergG 22 Tage. Die Absendung der Bekanntmachung, die ebenso wie die Versendung der Angebotsunterlagen elektronisch erfolgen kann, setzt diese Frist in Gang. Der Unterschied der Verfahrensdauern ist gering. Unter Berücksichtigung des Gangs des offenen Verfahrens, in dem die Bieter erst die Angebotsunterlagen beschaffen müssen, ist die Zeit, die den Bietern zur Erstellung der Angebote zur Verfügung steht, etwa gleich. Damit entspricht die Angebotsfrist etwa jener, die der Gesetzgeber als Mindestfrist in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ansieht. Gründe, warum sie im vorliegenden Fall wegen der Eigenheiten der Leistung zu kurz sein sollte, brachte die Antragstellerin trotz der Rüge nicht vor. Der Wunsch, leichter auf allfällige Änderungen der Anforderungen an die Leistung eingehen zu können, ist verständlich. Allerdings darf – wie angeführt – ein Verhandlungsverfahren nur bei Vorliegen der Voraussetzungen gewählt werden. Die vorliegende Ausschreibung eignet sich wegen des konstruktiv aufgebauten und

detaillierten Leistungsverzeichnisses sowie der Existenz von Bestimmungen für das Vergabeverfahren und die Erbringung der Leistung auch für ein offenes Verfahren. Sie entspricht der Anforderung des § 79 Abs 4 BVergG, dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden kann. detaillierten Leistungsverzeichnisses sowie der Existenz von Bestimmungen für das Vergabeverfahren und die Erbringung der Leistung auch für ein offenes Verfahren. Sie entspricht der Anforderung des Paragraph 79, Absatz 4, BVergG, dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden kann.

Die Voraussetzungen zur Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens nach § 29 Abs 2 Z 3 BVergG bestehen - zusammengefasst - darin, dass aus dringlichen, zwingenden Gründen, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind und von ihm auch nicht vorhersehbar waren, die Fristen eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nicht eingehalten werden können. Ob das Ereignis, Die Voraussetzungen zur Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens nach Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG bestehen - zusammengefasst - darin, dass aus dringlichen, zwingenden Gründen, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind und von ihm auch nicht vorhersehbar waren, die Fristen eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nicht eingehalten werden können. Ob das Ereignis,

der Einsatz österreichischer Soldaten im Tschad, vorhersehbar war, kann dahinstehen. Der Auftraggeber leitete unverzüglich ein Vergabeverfahren ein, das er jedoch aus von ihm selbst zu vertretenden Gründen rasch widerrief. Vom Zeitpunkt des Widerrufs, dem 6. Dezember 2007, bis zur neuerlichen Aufforderung zur Angebotsabgabe am 31. Jänner 2008 vergingen - unbeschadet der Weihnachtsfeiertage und des Jahreswechsels - nahezu zwei Monate. Der Auftraggeber brachte vor, dass erst am 11. Jänner 2008 der tatsächliche Beginn des Einsatzes feststand. Allerdings war ihm bereits seit 9. November 2007 bewusst, dass er die Videokonferenzsysteme benötigen würde. Dass der Einsatz stattfinden würde, stand aufgrund des politischen Auftrages nicht in Zweifel. Lediglich der Beginn des Einsatzes war unsicher. Das hätte den Auftraggeber allerdings nicht gehindert, bereits mit den Vorbereitungen zu beginnen, zumal auch die budgetäre Bedeckung des Einsatzes am 9. November 2007 feststand. Hinzu kommt, dass keine Abstimmung der technischen Anforderungen an eine Videokommunikationsanlage mit den anderen an diesem Einsatz beteiligten Staaten erforderlich war. Dass der Auftraggeber auch unverzüglich mit den Vorbereitungen begann, ergibt sich aus der Einleitung eines Beschaffungsvorganges bereits im November 2007. Die eingetretene Verzögerung ist jedenfalls der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnen. Sie vermag die besondere Dringlichkeit nicht zu begründen.

Auch liegt die zweite Voraussetzung für die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach der vom Auftraggeber herangezogenen Bestimmung nicht vor. Wie oben ausgeführt ist ihm die Einhaltung der Fristen eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich möglich. Da der Auftraggeber nur bei Erfüllung aller Voraussetzungen ausnahmsweise eine Beschaffung im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung in Anspruch nehmen darf, er das Vorliegen der Gründe für die Inanspruchnahme der Ausnahme nachweisen muss und die Voraussetzungen für die Ausnahme nicht erfüllt sind, erweist sich die Wahl des Vergabeverfahrens als rechtswidrig.

Angemerkt sei lediglich, dass die Verkürzung von Fristen nach § 67 BVergG im vorliegenden Verfahren nicht zum Tragen kommen kann, weil das BVergG nur für Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen vorsieht, im Übrigen jedoch dem Auftraggeber die Festlegung des Verfahrens und der

einzuhaltenden Fristen überträgt. Da Teilnahmeanträge nicht zu stellen sind, liegen auch keine gegenüber den gesetzlichen Vorgaben zu verkürzenden Fristen vor. Für eine Anwendung von § 67 BVergG bleibt daher kein Raum. Angemerkt sei lediglich, dass die Verkürzung von Fristen nach Paragraph 67, BVergG im vorliegenden Verfahren nicht zum Tragen kommen kann, weil das BVergG nur für Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen vorsieht, im Übrigen jedoch dem Auftraggeber die Festlegung des Verfahrens und der einzuhaltenden Fristen überträgt. Da Teilnahmeanträge nicht zu stellen sind, liegen auch keine gegenüber den gesetzlichen Vorgaben zu verkürzenden Fristen vor. Für eine Anwendung von Paragraph 67, BVergG bleibt daher kein Raum.

3.2.2 Zur Gestaltung der Leistungsbeschreibung

Gemäß § 98 Abs 1 BVergG müssen technische Spezifikationen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern. Gemäß Paragraph 98, Absatz eins, BVergG müssen technische Spezifikationen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.

Grundsätzlich sei angemerkt, dass es dem Auftraggeber obliegt, seinen Bedarf festzulegen. Er muss dabei selbstverständlich die Grenzen beachten, die ihm die Grundsätze des Vergabeverfahrens setzen. Insbesondere darf er den freien Wettbewerb nicht auf unzulässige Art einschränken oder verhindern oder Bieter diskriminieren oder ausschließen. Es kommt einem Bieter nicht zu, dem Auftraggeber Vorgaben für seine Einsatzplanung zu machen.

Zur Multipointfähigkeit ist daher festzuhalten, dass es unwirtschaftlich sein mag, das Gerät, das die höchsten Verbindungskosten verursacht, zur Zentrale der Verbindung zu machen. Ebenso ist fraglich, ob vor Ort tatsächlich die nötige Anzahl an Satellitentelefonen zur Verfügung steht. Allerdings steht es dem Auftraggeber frei, die Bedingungen für den Einsatz so zu formulieren, wie sie seinen Bedürfnissen entsprechen.

Punkt 2.1.5. des Leistungsverzeichnisses verlangt auch für mobile und verlegbare Videokommunikationssysteme das gleiche Notebook. Punkt 2.2.1 des Leistungsverzeichnisses verlangt bei mobilen Videokommunikationssystemen einen integrierten Bildschirm, Punkt

2.2.2. die Montage in einem Koffer für Transport und Betrieb. Schließlich müssen sie nach Punkt 2.2.3. aus dem Arbeitsplatzkoffer heraus betrieben werden können. Die Zusammenschau der Punkte 2.2.1. bis 2.2.3. spricht für eine Montage in einem Koffer, wozu ein externes Notebook nicht erforderlich ist. Ganz im Gegenteil ergibt sich aus Punkt 2.2.3., dass alle für den Betrieb nötigen Komponenten betriebsfähig im Arbeitsplatzkoffer, der auch der Transportkoffer ist, untergebracht werden können müssen. Damit scheint die Forderung nach einem externen Notebook in Widerspruch zu stehen. Wird dieses in Betrieb genommen, verdeckt es einen fix montierten Monitor, da Notebooks üblicherweise für den Betrieb aufgeklappt werden müssen. Zwar ist grundsätzlich anzumerken, dass die leichtere Austauschbarkeit und Wartbarkeit für ein externes Notebook sprechen. Allerdings liegt es in der Freiheit des Auftraggebers, seine Bedürfnisse entsprechend zu formulieren. Auch wenn die Möglichkeiten der Antragstellerin ein Angebot zu legen dadurch verschlechtert werden, muss der Auftraggeber nicht jede Lösung ermöglichen, wenn sie seinen Zwecken nicht genügt. Jedoch muss er die Ausschreibung insofern eindeutig formulieren, dass jederzeit klar erkennbar ist, was er verlangt. Im gegenständlichen Fall ist dies nicht der Fall.

Warum eine Fernbedienung verlangt wird, kann auch durch die Durchführung von Videokonferenzen nicht nachvollziehbar erklärt werden.

Die Festlegung eines Temperaturbereichs für den Betrieb kann entfallen, wenn es auf dem Markt kein Gerät gibt, das für den nötigen Temperaturbereich spezifiziert ist, da in diesem Fall kein taugliches Angebot zu erwarten ist. Auch der von der Antragstellerin monierte Temperaturbereich von 40° C, würde nicht genügen. Er würde lediglich bewirken, die Ausschreibung zu ihren Gunsten produktspezifisch zu gestalten. Es ist glaubhaft, dass Geräte auch bei höheren Temperaturbereichen funktionieren. Allfällige Spezialanfertigungen sind erwartungsgemäß teurer. Dass der Auftraggeber daher auf die Festlegung eines Temperaturbereiches für den Betrieb verzichtete, ist verständlich.

Warum jedoch keine betriebliche Kompatibilität mit den bestehenden Systemen verlangt wird, kann nicht nachvollzogen werden. Schließlich weisen Videokommunikationssysteme eine Nutzungsdauer auf, die die Dauer des Einsatzes im Tschad bei Weitem überschreiten. Nach Beendigung des Einsatzes sollen sie im Rahmen der üblichen

Verwendung des Bundesheeres weiter genutzt werden. Dabei müsste ein reibungsloser Einsatz gemeinsam mit den bereits vorhandenen Systemen gewährleistet werden können.

3.3.3 Zur Eignung der eingeladenen Bieter

Nach § 25 Abs 6 BVergG wird beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Nach Paragraph 25, Absatz 6, BVergG wird beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.

Gemäß § 69 Z 3 BVergG muss beim Verhandlungsverfahren unbeschadet der Regelung des § 20 Abs 1 BVergG die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG muss beim Verhandlungsverfahren unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

In der Ausschreibung sind keine besonderen auf den Auftrag bezogene Kriterien für die Eignung angegeben. Es werden bloß der Nachweis der Befugnis, Nachweise für das Fehlen von Ausschlussgründen und der letztgültige Kontoauszug des zuständigen Finanzamtes und der zuständigen Sozialversicherungsanstalt als Nachweise gefordert. Kriterien für die Eignung der eingeladenen Bieter können dem vorgelegten Vergabeakt nicht entnommen und daher auch vom Bundesvergabeamt nicht beurteilt werden. Ungeachtet des Fehlens besonderer Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit können auf Grundlage der Ausschreibung die Befugnis, die Eignung und die Leistungsfähigkeit der Bieter erst nach Vorliegen der Angebote beurteilt werden.

3.3.4 Zu den Zuschlagskriterien

Nach § 80 BVergG ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Nach Paragraph 80, BVergG ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren

Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Diese Angabe kann auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus nachvollziehbaren Gründen nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Grundsätzlich kann der Auftraggeber unter den in § 80 genannten Voraussetzungen zwischen dem Bestbieter- und dem Billigstbieterprinzip wählen. Die vorliegende Ausschreibung gewichtet den Preis mit 80 %, Qualitätskriterien mit 20 %. Der Antragstellerin ist beizupflichten, dass der Preis damit bei der Auswahl des Angebots für den Zuschlag großes Gewicht besitzt. Allerdings ist der Auftraggeber gehalten, jene Aspekte zu bewerten, denen er besondere Bedeutung zumisst. Der Bieter kann sie bei der Gestaltung seines Angebotes berücksichtigen und so den Bedarf des Auftraggebers besser erfüllen. Im vorliegenden Fall sind das neben dem Preis die Robustheit oder Widerstandsfähigkeit der Notebooks und die Kürze der Lieferfrist. Die beiden letzteren Aspekte sind im Hinblick auf den Einsatz im Tschad verständlich und sachlich gerechtfertigt. Auch verstieße selbst die Festlegung des Billigstbieterprinzips für sich genommen noch nicht gegen den Grundsatz des fairen und lauten Wettbewerbs. Andernfalls könnte Art 53 Abs 1 RL 2004/18/EG das Billigstbieterprinzip nicht grundsätzlich vorsehen, ohne gegen die Grundsätze des Vertrags zu verstoßen. Übersetzt bedeuten die Zuschlagskriterien, dass der Auftraggeber möglichst

billige Systeme, die - wenn leistbar - auch robust und schnell verfügbar sein sollen. Die Zuschlagskriterien verstoßen nicht gegen den Grundsatz des fairen und lauterer Wettbewerbs. Grundsätzlich kann der Auftraggeber unter den in Paragraph 80, genannten Voraussetzungen zwischen dem Bestbieter- und dem Billigstbieterprinzip wählen. Die vorliegende Ausschreibung gewichtet den Preis mit 80 %, Qualitätskriterien mit 20 %. Der Antragstellerin ist beizupflichten, dass der Preis damit bei der Auswahl des Angebots für den Zuschlag großes Gewicht besitzt. Allerdings ist der Auftraggeber gehalten, jene Aspekte zu bewerten, denen er besondere Bedeutung zumisst. Der Bieter kann sie bei der Gestaltung seines Angebotes berücksichtigen und so den Bedarf des Auftraggebers besser erfüllen. Im vorliegenden Fall sind das neben dem Preis die Robustheit oder Widerstandsfähigkeit der Notebooks und die Kürze der Lieferfrist. Die beiden letzteren Aspekte sind im Hinblick auf den Einsatz im Tschad verständlich und sachlich gerechtfertigt. Auch verstieße selbst die Festlegung des Billigstbieterprinzips für sich genommen noch nicht gegen den Grundsatz des fairen und lauterer Wettbewerbs. Andernfalls könnte Artikel 53, Absatz eins, RL 2004/18/EG das Billigstbieterprinzip nicht grundsätzlich vorsehen, ohne gegen die Grundsätze des Vertrags zu verstoßen. Übersetzt bedeuten die Zuschlagskriterien, dass der Auftraggeber möglichst billige Systeme, die - wenn leistbar - auch robust und schnell verfügbar sein sollen. Die Zuschlagskriterien verstoßen nicht gegen den Grundsatz des fairen und lauterer Wettbewerbs.

3.3.5 Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung

Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 BVergG geltenden gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Aufforderung zur Angebotslegung stellt eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit a sublit ee BVergG dar. Ihre Nichtigerklärung kommt grundsätzlich in Frage. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung widerspricht dem BVergG. Die Aufforderung zur Angebotslegung stellt eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG dar. Ihre Nichtigerklärung kommt grundsätzlich in Frage. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung widerspricht dem BVergG.

Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Festlegung vergabekonformer Zuschlagskriterien, auf Vergleichbarkeit der Angebote, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, auf Abgabe von Angeboten ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken und auf Grundlage einer eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf rechtskonforme Prüfung der Angebote und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt. Auf Grundlage der bisherigen Prüfung kommt zumindest eine Verletzung der Rechte auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens und auf Gleichbehandlung der Bieter in Frage. Bei Veröffentlichung der Ausschreibung kann sich ein größerer Kreis von Bieterinnen beteiligen. Bei der Einladung der Bieter ist nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Kriterien sich der Auftraggeber vergewissert hat, dass es sich um geeignete Bieter handelt. Dadurch ist ungewiss, dass der derzeit vorgesehene Kreis von Bieterinnen für die Durchführung des Verfahrens geeignet ist. Bei rechtmäßiger Vorgangsweise ist ein anderer Kreis von Bieterinnen denkbar. Schon dadurch ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens möglich.

3.3 Zum Ersatz der Pauschalgebühr

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

teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn
Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

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

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt spätestens binnen drei Wochen ab jenem Zeitpunkt, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt spätestens binnen drei Wochen ab jenem Zeitpunkt, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Die Pauschalgebühren in der nach § 318 Abs 1 Z 1, 4 BVergG vorgeschriebenen Höhe wurde für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde vor Erlassung der einstweiligen Verfügung und vor Erlassung des Endbescheides, damit rechtzeitig gestellt. Die Pauschalgebühren in der nach Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4, BVergG vorgeschriebenen Höhe wurde für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde vor Erlassung der einstweiligen Verfügung und vor Erlassung des Endbescheides, damit rechtzeitig gestellt.

Das Bundesvergabeamt gab dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zumindest teilweise statt. Der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag besteht daher zu Recht.

Schlagworte

Ausschreibung; Antragsfrist; Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung;

Dokumentnummer

VERGT_20080306_N_0015_BVA_10_2008_026_00

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