

TE Verg Bescheid 2006/2/22 16N-133/05-55

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.02.2006

Norm

B-VG Art14b Abs2

BVergG 2002 §7 Abs1

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §98 Z3

BVergG 2002 §120 Abs2

BVergG 2002 §135 Abs2

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §165 Abs1

BVergG 2002 §167 Abs1

BVergG 2002 §174 Abs1

BvergG 2002 §177 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs1

LuftfahrtG §68

LuftfahrtG §71 Abs2

1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
-
1. AVG § 74 heute
 2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
 3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 23. Februar 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Dr. Ernst Reitermaier als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Aufzugs- und Förderanlagen für das Projekt VIE-Skylink (Terminalerweiterung Nord-Ost) am Flughafen Wien Schwechat (AP014)" des Auftraggebers Flughafen Wien AG,

Flughafen Wien, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 23. Dezember 2005 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 23. Februar 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Dr. Ernst Reitermaier als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Aufzugs- und Förderanlagen für das Projekt VIE-Skylink (Terminalerweiterung Nord-Ost) am Flughafen Wien Schwechat (AP014)" des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Flughafen Wien, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 23. Dezember 2005 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge [...] die Entscheidung der Antragsgegnerin, dem Angebot der B***, zuschlagen zu wollen, für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die - sowohl im Hinblick auf das Los 1 (Aufzüge) als auch das Los 2 (Förderanlagen) getroffene - Zuschlagsentscheidung vom 15. Dezember 2005 lautend auf die B***, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlagen: §§ 21 Abs 1, 162 Abs 2 Z 2 sowie 174 Abs 1 BVerG 2002
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 21, Absatz eins, 162, Absatz 2, Ziffer 2, sowie 174 Absatz eins, BVerG 2002

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge [...] gemäß § 74 AVG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,- [...] für den Nachprüfungsantrag von der Antragsgegnerin gemäß § 177 Abs 5 BVerG zu Handen des Rechtsvertreters der Antragstellerin (§ 19a RAO) zu ersetzen ist", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge [...] gemäß Paragraph 74, AVG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,- [...] für den Nachprüfungsantrag von der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVerG zu Handen des Rechtsvertreters der Antragstellerin (Paragraph 19 a, RAO) zu ersetzen ist", wird stattgegeben.

Die Flughafen Wien AG, Flughafen Wien, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, ist verpflichtet, der A***, vertreten durch Y***, die für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,- binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 163 Abs 1, 177 Abs 1 und 5 BVerG 2002 sowie § 74 Abs 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl I Nr. 51/1999 idF BGBl I Nr. 10/2004
Rechtsgrundlage: Paragraphen 163, Absatz eins, 177, Absatz eins und 5 BVerG 2002 sowie Paragraph 74, Absatz 2, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1999, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

Begründung

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2005 (OZ 1) stellte die Antragstellerin ua. das dem Spruch zu entnehmende Begehren. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass man sich an einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung betreffend die Beschaffung von Aufzugs- und Förderanlagen für das Projekt VIE-Skylink beteiligt habe. In den Vorgaben der Ausschreibung werden die mit 2% gewichtete "Verlängerung der Gewährleistungsfrist" sowie der mit 98% gewichtete "Preis" als Zuschlagskriterien vorgegeben. Das Zuschlagskriterium "Preis" setze sich wiederum aus den Komponenten "Angebotssumme gemäß Teil A - Angebotsschreiben" und "Stromkosten über die Lebensdauer" zusammen. Die einzelnen Bieter seien angehalten worden, anhand vorgegebener Parameter Stromkosten für die Aufzugs- und Förderanlagen anzugeben.

Das Verhandlungsverfahren habe sich aus zwei Verhandlungsgesprächen und einem betreffenden Schriftwechsel zusammengesetzt. Im Zuge des ersten Verhandlungsgesprächs sei man aufgefordert worden, eine Herleitung der für die Berechnung der Stromkosten herangezogenen Leistungswerte beizubringen, da die Angaben der Antragstellerin deutlich unter den Angaben der anderen Bieter liegen würden. Mit Schreiben vom 23. September 2005 sei man dieser Aufforderung nachgekommen und habe die bei der Stromkostenberechnung verwendete Methode erläutert. Nach telefonischer Aufforderung durch einen Auftraggebervertreter habe man zudem mit E-Mail vom 5. Oktober 2005

zusätzliche, bei der Stromkostenberechnung herangezogene Formeln übermittelt. Am 7. Oktober 2005 sei ein zweites Verhandlungsgespräch durchgeführt worden. Dabei sei man aufgefordert worden, bei der Stromkostenberechnung den Wirkungsgrad des Getriebes sowie sämtliche Reibungsverluste zu berücksichtigen und in der angegebenen Formel nachzureichen. Mit E-Mail vom 13. Oktober 2005 sei hierauf eine noch detailliertere Darstellung der Formeln für die Berechnung für die Stromkosten, nämlich inklusive der Wirkungsgrade, nachgereicht worden. Über Aufforderung der vergebenden Stelle habe die Antragstellerin zudem mit E-Mail vom 21. Oktober 2005 weitere Präzisierungen der Leistungsberechnung der Förderanlagen getroffen. Mit E-Mail vom 27. Oktober 2005 sei man zur Abgabe eines letztgültigen Angebotes bis 9. November 2005 aufgefordert worden. Mit weiterem E-Mail vom 30. November 2005 sei um Zustimmung zur Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 31. Jänner 2006 angesucht worden. Letztlich sei jedoch am 15. Dezember 2005 mitgeteilt worden, dass dem Angebot eines Mitbieters der Zuschlag erteilt werden solle.

Die Zuschlagsentscheidung sei damit begründet worden, dass das Angebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin 200 Punkte und jenes der Antragstellerin lediglich 189,78 Punkte erreicht habe. Einer Aufstellung der Preise könne entnommen werden, dass hinsichtlich des Angebotspreises jeweils die Antragstellerin das günstigste Angebot gelegt habe. Bei den Stromkosten habe jedoch die potentielle Zuschlagsempfängerin ungleich niedrigere Werte angegeben. Die Differenz zum Angebot der Antragstellerin betrage bei den Aufzügen 19,16% und bei den Förderanlagen sogar 41,76%. Der Unterschied zwischen dem Stromverbrauch der Produkte der Antragstellerin und jener der potentiellen Zuschlagsempfängerin könne nur durch herstellersistemische Einflussgrößen bedingt sein. Dies schließe jedoch derart hohe Abweichungen aus, sodass die Angaben der erstgereichten Bieterin als technisch falsch und unmöglich einzustufen seien. Die Zuschlagsentscheidung sei daher als rechtswidrig nichtig zu erklären.

In einer Stellungnahme vom 31. Jänner 2006 (OZ 34) hält die Antragstellerin nochmals fest, dass die niedrigen Stromkosten der ausersehenen Zuschlagsempfängerin vor dem Hintergrund der Festlegungen der Ausschreibung technisch falsch und unmöglich seien. Dem Auftraggeber werde keine rechnerisch falsche Bewertung vorgehalten. Vielmehr liege der Eindruck nahe, die Prüfung des Angebotes der Mitbewerberin betreffend die angegebenen Stromkosten sei nicht ausreichend gewesen. Bei rechtskonformer Prüfung hätte der Auftraggeber zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass die Angaben der Mitbewerberin zu den Antriebsleistungen in kW physikalisch unplausibel seien. Im Übrigen sei die Aussage, die Berechnung der Stromkosten könne nicht im Detail vorgegeben werden, da dies zwangsläufig bestimmte Lösungen privilegiere und alle anderen benachteilige, technisch falsch. Man habe auch nicht die Unplausibilität der Antriebsleistungen der Konkurrenz mit der für die eigenen Anlagen gebildeten Berechnungsmethode begründet. Die von der Antragstellerin zur Überprüfung der angebotenen Antriebsleistungen pro Position und damit auch der Gesamtantriebsleistung angeführte Darstellung sei vielmehr allgemein gültig und auf Grund der physikalischen Gesetze unbeeinflussbar.

In seiner Stellungnahme vom 5. Jänner 2006 habe der Auftraggeber auch erstmals behauptet, dass die Antragstellerin keine ausreichende oder gar eine unrichtige Aufklärung erstattet habe. Das Angebot sei daher im Vergabeverfahren auszuschneiden. Der Auftraggeber dürfe damit in den Ausführungen die Bedeutung von Verhandlungen und einer vertieften Angebotsprüfung verkennen. Einem Bieter könne immer nur soweit Aufklärung erstattet werden, wie auch der Auftraggeber die für ihn bestehende Unklarheit präzise bekannt gebe. Der Antragstellerin jetzt vorzuwerfen, sie hätte nach der ersten Verhandlungsrunde keine nachvollziehbare Berechnung angegeben, sei unzulässig. Es wäre am Auftraggeber gelegen, die Anforderungen an eine Herleitung der angegebenen Leistungswerte zu präzisieren. Wenn der Auftraggeber weiters vermeine, erst nach der zweiten Verhandlungsrunde sei die Antragstellerin in der Lage gewesen, nachvollziehbare und mit Zahlenwerten hinterlegte Berechnungen zu erbringen, so werde dies ausdrücklich zurückgewiesen. Vielmehr habe der Auftraggeber erst im Rahmen des zweiten Verhandlungsgesprächs und erst nach mehrmaliger Aufforderung durch die Antragstellerin bekannt gegeben, was sie unter Herleitung der angegebenen Leistungswerte verstehe. Zu keinem Zeitpunkt habe der Auftraggeber beanstandet, dass ihm die Verhandlungsphase zu lange dauere. Vielmehr wollte er sogar die Verhandlungsphase verlängern. Erst in der Stellungnahme vom 5. Jänner 2006, somit über zwei Monate nach Abgabe des "last offers", werde angeführt, dass er eigentlich viel zu oft Aufklärungen verlangt habe. Es sei daher entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers kein Ausscheidenstatbestand des § 98 BVerG 2002 verwirklicht worden. Ein Ausscheiden auf Grund nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises wäre rechtswidrig. Mit Schreiben vom 2. Februar 2006 (OZ 37) legte die Antragstellerin weitere Unterlagen für die Prüfung durch den bestellten nichtamtlichen Sachverständigen vor. In seiner Stellungnahme vom 5. Jänner 2006 habe der Auftraggeber auch erstmals behauptet, dass die Antragstellerin keine ausreichende oder gar

eine unrichtige Aufklärung erstattet habe. Das Angebot sei daher im Vergabeverfahren auszuschneiden. Der Auftraggeber dürfte damit in den Ausführungen die Bedeutung von Verhandlungen und einer vertieften Angebotsprüfung verkennen. Einem Bieter könne immer nur soweit Aufklärung erstattet werden, wie auch der Auftraggeber die für ihn bestehende Unklarheit präzise bekannt gebe. Der Antragstellerin jetzt vorzuwerfen, sie hätte nach der ersten Verhandlungsrunde keine nachvollziehbare Berechnung angegeben, sei unzulässig. Es wäre am Auftraggeber gelegen, die Anforderungen an eine Herleitung der angegebenen Leistungswerte zu präzisieren. Wenn der Auftraggeber weiters vermeine, erst nach der zweiten Verhandlungsrunde sei die Antragstellerin in der Lage gewesen, nachvollziehbare und mit Zahlwerten hinterlegte Berechnungen zu erbringen, so werde dies ausdrücklich zurückgewiesen. Vielmehr habe der Auftraggeber erst im Rahmen des zweiten Verhandlungsgesprächs und erst nach mehrmaliger Aufforderung durch die Antragstellerin bekannt gegeben, was sie unter Herleitung der angegebenen Leistungswerte verstehe. Zu keinem Zeitpunkt habe der Auftraggeber beanstandet, dass ihm die Verhandlungsphase zu lange dauere. Vielmehr wollte er sogar die Verhandlungsphase verlängern. Erst in der Stellungnahme vom 5. Jänner 2006, somit über zwei Monate nach Abgabe des "last offers", werde angeführt, dass er eigentlich viel zu oft Aufklärungen verlangt habe. Es sei daher entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers kein Ausscheidenstatbestand des Paragraph 98, BVergG 2002 verwirklicht worden. Ein Ausscheiden auf Grund nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises wäre rechtswidrig. Mit Schreiben vom 2. Februar 2006 (OZ 37) legte die Antragstellerin weitere Unterlagen für die Prüfung durch den bestellten nichtamtlichen Sachverständigen vor.

Abschließend beantwortete die Antragstellerin am 15. Februar 2006 vom Bundesvergabeamt zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung übermittelte Fragen (OZ 49). Überdies wurden am selben Tag zur Berechnung einer Referenzanlage der potentiellen Zuschlagsempfängerin Ausführungen getätigt (OZ 50). Die von der Teilnahmeantragstellerin der Stromkostenberechnung zugrunde gelegten Messungen und Formeln seien nicht nur nicht nachvollziehbar, sondern auch offensichtlich falsch. Es werde daher um Überprüfung ersucht, ob alle relevanten Einflussgrößen von der Teilnahmeantragstellerin im Angebot berücksichtigt worden seien.

In einer ersten Stellungnahme vom 28. Dezember 2005 (OZ 8), hielt der Auftraggeber fest, dass sich der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens auf insgesamt Euro 12.870.000,- (exkl. USt.) belaufe. Das Vorhaben unterteile sich in ein Los 1 (Aufzugsanlagen) mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 2.931.000,- (exkl. USt.) und in ein Los 2 (Förderanlagen) mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 9.939.000,- (exkl. USt.). Das Vorhaben "AP014" sei kein Teil eines größeren Gesamtvorhabens, welches hinsichtlich der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zusammenzurechnen sei. Das Vergabeverfahren sei noch nicht beendet worden. Man habe die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben, die Zuschlagserteilung sei bis dato ebenso wenig erfolgt wie der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen worden sei. Zum Antragsvorbringen sei anzumerken, dass die Antragstellerin nicht einmal behaupte, dass das Angebot der Bestbieterin nicht nach den Zuschlagskriterien bewertet worden sei. Sie bringe vielmehr vor, nicht erklären zu können, warum das Angebot der Bestbieterin soviel besser als das ihrige sei. Die Argumentation, die Angebote anderer Bieter müssten nach Berechnungsmethoden eines bestimmten Bieters bewertet werden, sei völlig unzulässig. Die vorgelegten Unterlagen und die Korrespondenz zwischen dem Auftraggeber und der Antragstellerin würden zudem den Eindruck erwecken, die Antragstellerin versuche Informationen über die Angebotskalkulation der Konkurrenz zu erlangen. Der Nachprüfungsantrag sei daher als rechtsmissbräuchlich zurückzuweisen.

In einer Stellungnahme vom 5. Jänner 2006 (OZ 14) hielt der Auftraggeber zunächst fest, dass er es keineswegs besonders auf die Antragstellerin abgesehen habe. Vielmehr sei das Gegenteil der Fall. Im Zuge der ersten Verhandlungsrunde mit vier Bietern sei von allen eine nachvollziehbare Herleitung der Berechnung über die Stromkosten gefordert worden. Es sei daher unrichtig, dass nur die Antragstellerin auf Grund deutlich niedrigerer Stromkosten aufgefordert worden sei, ihre Stromkostenrechnung herzuleiten oder zu erklären. Die Verhandlungen über eine nachvollziehbare Erklärung, wie die Stromkosten berechnet werden, haben sich bei der Antragstellerin allerdings am langwierigsten gestaltet. Jedenfalls seien allen Bietern dieselben Informationen zur Verfügung gestanden. Mit ihren letztgültigen Angeboten hätte auch sämtliche Bieter nachvollziehbare Formeln für die Berechnung der Stromkosten mit Hinterlegung von Zahlenwerten abgegeben. Diese Formeln seien auf Plausibilität geprüft und bei allen vier Bietern als ausreichend bewertet worden. Bei der nachfolgenden Bepunktung habe sich jedoch das Angebot der Antragstellerin als insgesamt nicht das Beste herausgestellt.

In der Ausschreibung werde erläutert, dass sich das Zuschlagskriterium "Preis" aus zwei wesentlichen Komponenten

zusammensetze. Dies seien zum einen die Anschaffungskosten und zum anderen die Betriebskosten. Letztere würden insbesondere durch die Stromkosten über die Lebensdauer verursacht. Um eine nachvollziehbare Berechnung dieser Stromkosten sicherzustellen, sei vorgesehen worden, dass die Bieter getrennt nach den beiden Losen und aufgeschlüsselt auf einzelne LV-Positionsnummern die Antriebsleistung in kW angeben und diese mit der Anzahl der zu liefernden Anlagen je Position multiplizieren. Bei der Berechnung habe man die Antriebsleistung bei Aufwärtsfahrt, Nenngeschwindigkeit und (hinsichtlich Los 1) halber Nennlast oder (hinsichtlich Los 2) halber Stufenlast bzw. halber Palettenlast ausweisen müssen. Damit werde eine einfache, klare und damit vergleichbare Angabe der zu erwartenden Stromkosten erreicht. Bei einer derartigen Berechnung handle es sich selbstverständlich um eine Modellrechnung. Dies sei jedoch im Sinne einer Bietergleichbehandlung und im Sinne des Zuschlages nach objektiven und vergleichbaren Kriterien vergaberechtlich geboten. Die Bieter würden nämlich nicht an die so ermittelten Stromkosten vertraglich gebunden, sondern vielmehr an den Stromverbrauch der von ihnen gelieferten Anlagen bei gegebener Auslastung. Im Übrigen seien diese Ausschreibungsvorgaben nicht bekämpft worden und hätten somit dem Vergabeverfahren zu Grunde gelegt werden müssen.

Das inhaltliche Ansinnen der Antragstellerin wäre nur dann denkbar, wenn entweder das für den Zuschlag vorgesehene Angebot unrichtige Angaben enthielte oder die Stromkosten unrichtig berechnet worden seien oder wenn der Auftraggeber die Stromkosten unrichtig bewertet hätte. All dies sei jedoch nicht der Fall. Die Antragstellerin habe die ihr bekannt gegebenen Stromkosten zurückgerechnet und ausgeführt, dass ein so niedriger Stromverbrauch nicht realistisch sei. Dies sei jedoch anhand ihrer eigenen Berechnungsmethoden erfolgt. Der Antragstellerin sei deshalb entgegen zu halten, dass es nicht zulässig und auch nicht nachvollziehbar sei, die von der Bestbieterin angebotenen Anlagen mit einer von der Antragstellerin für seine Anlagen entwickelten Formeln zu berechnen. Da die Angebotsunterlagen und insbesondere das Leistungsverzeichnis nicht auf ein bestimmtes Produkt zugeschnitten worden seien, würden sich die technischen Lösungen der Bieter in einzelnen Aspekten voneinander unterscheiden. Deshalb sei es auch nicht möglich gewesen, die Berechnung der Stromkosten bis ins letzte Detail vorzugeben. Eine derartige überdetaillierte Vorgabe der Berechnung hätte zwangsläufig bestimmte Lösungen privilegiert und alle anderen benachteiligt.

Zum Ablauf der Verhandlungsphase sei anzumerken, dass die Antragstellerin mehrfach keine mit entsprechenden Werten versehene Formel zur Berechnung von Aufzugs- und Fahrtreppenleistungen angegeben habe. Daher sei die Antragstellerin wie die übrigen Bieter in der zweiten Verhandlungsrunde neuerlich aufgefordert worden, für eine nachvollziehbare Berechnung der Leistungswerte unter Berücksichtigung von Getriebewirkungsgraden, Reibungsverlusten usw. zu sorgen. Alle anderen Bieter seien spätestens zum zweiten Verhandlungsgespräch in der Lage gewesen, nachvollziehbare und mit Zahlenwerten hinterlegte Berechnungen zu erbringen. Lediglich die Antragstellerin habe man in einer vertieften Angebotsprüfung solange drängen müssen, bis schließlich eine nicht nur nachvollziehbare, sondern auch richtige Berechnung der Stromkosten vorgelegen sei. Zuvor habe die Antragstellerin eigenmächtig die als Annahme vorauszusetzende Belastung (halbe Stufenlast) halbiert und so zu ihren eigenen Gunsten eine Abweichung von der Berechnungsformel vorgenommen. Dies habe sie mit eigenen Erfahrungen begründet. Ihre Erfahrungen hätte die Antragstellerin jedoch in den beiden Verhandlungsrunden und in der Korrespondenz einbringen können, damit der Auftraggeber seine Berechnungsformel in Gleichbehandlung aller Bieter ändern hätte können. Eine nicht abgesprochene Abweichung von der Berechnung der zuschlagsrelevanten Stromkosten habe der Auftraggeber jedoch nicht akzeptieren können. Man habe eben nicht von Halblast und Leerlauf je zu gleichen Teilen, sondern von halber Stufenlast über die im Leistungsverzeichnis eindeutig beschriebene Zeitdauer ausgehen müssen. Für ihr letztgültiges Angebot sei die Antragstellerin deshalb nochmals darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Stromkostenermittlung mit den Bedingungen welche den Angebotsunterlagen eindeutig entnommen werden können, zu erfolgen habe.

Zusammenfassend sei zu betonen, dass der Auftraggeber gemäß § 93 BVergG 2002 zwar verpflichtet sei, vom Bieter, in dessen Angebot Mängel bei der Kalkulation festgestellt werden, eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Er sei jedoch nicht verpflichtet, immer weiter schriftliche Aufklärungen zu verlangen, wenn die vom Bieter gegebenen Aufklärungen nicht ausreichend seien. Da sich das Angebot der Antragstellerin nicht als das Beste herausgestellt habe, sei die Möglichkeit/Notwendigkeit, das betreffende Angebot auszuschneiden, weil im Zuge der vertieften Angebotsprüfung keine ausreichenden bzw. unrichtige Aufklärungen geliefert worden seien, nicht weiter erörtert worden. Es sei jedoch dem Nichtigkeitsantrag der Antragstellerin schon deswegen nicht stattzugeben, weil deren

Angebot gemäß § 98 BVergG 2002 wegen eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises auszuschneiden sei. Abschließend werde zur Erleichterung der Entscheidungsfindung angeregt, einen technischen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens zu betrauen. Die an den Sachverständigen zu richtenden Fragen könnten sich jedoch auf den Aspekt beschränken, ob die Stromkostenberechnung der Bestbieterin nachvollziehbar sei. Zusammenfassend sei zu betonen, dass der Auftraggeber gemäß Paragraph 93, BVergG 2002 zwar verpflichtet sei, vom Bieter, in dessen Angebot Mängel bei der Kalkulation festgestellt werden, eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Er sei jedoch nicht verpflichtet, immer weiter schriftliche Aufklärungen zu verlangen, wenn die vom Bieter gegebenen Aufklärungen nicht ausreichend seien. Da sich das Angebot der Antragstellerin nicht als das Beste herausgestellt habe, sei die Möglichkeit/Notwendigkeit, das betreffende Angebot auszuschneiden, weil im Zuge der vertieften Angebotsprüfung keine ausreichenden bzw. unrichtige Aufklärungen geliefert worden seien, nicht weiter erörtert worden. Es sei jedoch dem Nichtigkeitsantrag der Antragstellerin schon deswegen nicht stattzugeben, weil deren Angebot gemäß Paragraph 98, BVergG 2002 wegen eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises auszuschneiden sei. Abschließend werde zur Erleichterung der Entscheidungsfindung angeregt, einen technischen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens zu betrauen. Die an den Sachverständigen zu richtenden Fragen könnten sich jedoch auf den Aspekt beschränken, ob die Stromkostenberechnung der Bestbieterin nachvollziehbar sei.

In einer weiteren Stellungnahme vom 6. Februar 2006 (OZ 39), eingelangt bei der Behörde am 7. Februar 2006, hielt der Auftraggeber (nochmals) fest, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle, da ihr Angebot auszuschneiden sei. Allein durch das Studium der von der Antragstellerin selbst vorgelegten Beilagen sowie aus der ergänzenden Lektüre des Vergabeaktes könne ersehen werden, dass die Antragstellerin die von ihr verlangten Aufklärungen nicht und/oder unrichtig gegeben habe. Es sei daher ein betreffender Ausscheidenstatbestand verwirklicht worden. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei es nicht Zweck von Verhandlungen, dass ein Bieter von für alle gleichermaßen geltenden Rahmenbedingungen abweichen und so sein Angebot gerade nicht vergleichbar machen könne. Im gegenständlichen Fall seien alle Bieter in der Lage gewesen, rechtzeitig eine Herleitung der angegebenen Leistungswerte plausibel darzustellen, ohne zuvor von den verbindlichen Vorgaben des Auftraggebers abzuweichen. Der erkennende Senat habe daher zu klären, ob dadurch, dass der Auftraggeber der Antragstellerin über die Maßen Gelegenheit zur Aufklärung gegeben habe, nicht richtigerweise ein Ausscheidenstatbestand im Sinne einer Ungleichbehandlung aller Bieter verwirklicht worden sei. Wenn nun die Antragstellerin in ihren Ausführungen vom 31. Jänner 2006 vorbringe, dass nicht die Bewertung durch den Auftraggeber unrichtig gewesen sei, sondern die Prüfung des Angebotes der Mitbewerberin nicht in ausreichender Weise erfolgt sei, so handle es sich dabei um ein verspätetes Vorbringen. Dieses sei zurückzuweisen. Im Übrigen sei das gesamte Vorbringen der Antragstellerin inhaltlich nicht korrekt. Dies werde auch das Gutachten des Sachverständigen ergeben.

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2005 (OZ 4), eingelangt beim Bundesvergabeamt am 27. Dezember 2005, stellte die potentielle Zuschlagsempfängerin einen Antrag auf Teilnahme am Vergabekontrollverfahren. Man habe die Herstellung von Rolltreppen und Aufzügen im Rahmen der Ausschreibung des Flughafens Wien gemäß dem BVergG 2002 angeboten. Man verfüge über Produkte fortgeschrittener Technologie, wobei es sämtlichen Mitbewerbern bislang nicht gelungen sei, den betreffenden Vorsprung wettzumachen. Es werde bei einzelnen Produkten ein wesentlich besserer Wirkungsgrad erreicht, weil die Reibung mehrerer Kettenantriebe sowie des herkömmlichen Getriebes entfalle. Allein schon aus der betreffenden Konstruktion lasse sich ersehen, dass der Stromverbrauch bei vergleichbaren Förderleistungen der Rolltreppen der Bestbieterin wesentlich geringer sei als bei den Anlagen der Antragstellerin. Die Behauptungen der Unrichtigkeit der Stromverbrauchsangaben seien vollkommen aus der Luft gegriffen. Es sei zu bedenken, dass für den Fall falscher Angaben mit einer beträchtlichen Pönale gehaftet werde. In einer aufgetragenen Verbesserung vom 28. Dezember 2005 (OZ 6) hält die potentielle Zuschlagsempfängerin nochmals fest, dass die getroffene Zuschlagsentscheidung rechtsrichtig ergangen sei.

In einer weiteren Stellungnahme vom 16. Jänner 2006 (OZ 19), eingelangt bei der Behörde am 17. Jänner 2006, merkte die Teilnahmeantragstellerin an, dass die Plausibilität ihrer Stromkostenberechnung durch eine vor einiger Zeit errichtete Rolltreppe dargelegt werden könne. Der Stromverbrauch dieser vergleichbaren Einrichtung entspreche den gegenständlich angebotenen Werten. Im Übrigen werde für den Fall einer Sachverständigenbestellung beantragt, einen Vertreter aus dem Fachgebiet Elektrotechnik zu wählen. Mit Schreiben vom 3. Februar 2006 (OZ 38) legte die

ausersehene Zuschlagsempfängerin, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 6. Februar 2006, Unterlagen betreffend die ins Treffen geführte Vergleichsanlage vor. Abschließend wurden am 15. Februar 2006 vom Bundesvergabeamt zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung übermittelte Fragen des Sachverständigen beantwortet (OZ 48).

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen der Antragstellerin, des Auftraggebers und der potentiellen Zuschlagsempfängerin, der Ausschreibungsunterlagen sowie der Ausführungen der Parteien und des nichtamtlichen Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung am 20. Februar 2006 steht folgender, für die Entscheidung maßgeblicher Sachverhalt fest:

Im Rahmen der Terminalerweiterung Nord-Ost (Projekt VIE-Skylink) leitete die Flughafen Wien AG zur Errichtung von Aufzugs- und Förderanlagen ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung ein (siehe Auftragsbekanntmachung vom 21. Dezember 2004 im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften, OZ 2 des Nachprüfungsaktes 16N- 36/05). An der Flughafen Wien AG hält die öffentliche Hand eine Beteiligung von 40%, davon entfallen jeweils 20% auf das Land Niederösterreich und das Land Wien. Weitere 10% des Aktienkapitals wurden einer Mitarbeiterstiftung übertragen. Die verbleibenden 50% der Aktien werden an der Wiener Börse gehandelt und befinden sich im Streubesitz (siehe entsprechende Unternehmensdarstellung im Geschäftsbericht für das Jahr 2004 unter www.flughafen-wien.at). Das gegenständliche Vorhaben gliedert sich in ein Los 1, dem die Lieferung und Montage von Aufzügen zu Grunde liegt und dessen geschätzter Auftragswert sich auf Euro 2.931.000,- (exkl. USt.) beläuft, und in ein Los 2, das auf die Lieferung und Montage von Fahrtreppen und Fahrsteigen abzielt und dessen geschätzter Auftragswert Euro 9.939.000,- (exkl. USt.) beträgt (vgl. Ausführungen im Antrag vom 23. Dezember 2005, OZ 1, sowie Stellungnahme des Auftraggebers vom 28. Dezember 2005, OZ 8). Im Rahmen der Terminalerweiterung Nord-Ost (Projekt VIE-Skylink) leitete die Flughafen Wien AG zur Errichtung von Aufzugs- und Förderanlagen ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung ein (siehe Auftragsbekanntmachung vom 21. Dezember 2004 im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften, OZ 2 des Nachprüfungsaktes 16N- 36/05). An der Flughafen Wien AG hält die öffentliche Hand eine Beteiligung von 40%, davon entfallen jeweils 20% auf das Land Niederösterreich und das Land Wien. Weitere 10% des Aktienkapitals wurden einer Mitarbeiterstiftung übertragen. Die verbleibenden 50% der Aktien werden an der Wiener Börse gehandelt und befinden sich im Streubesitz (siehe entsprechende Unternehmensdarstellung im Geschäftsbericht für das Jahr 2004 unter www.flughafen-wien.at). Das gegenständliche Vorhaben gliedert sich in ein Los 1, dem die Lieferung und Montage von Aufzügen zu Grunde liegt und dessen geschätzter Auftragswert sich auf Euro 2.931.000,- (exkl. USt.) beläuft, und in ein Los 2, das auf die Lieferung und Montage von Fahrtreppen und Fahrsteigen abzielt und dessen geschätzter Auftragswert Euro 9.939.000,- (exkl. USt.) beträgt vergleiche Ausführungen im Antrag vom 23. Dezember 2005, OZ 1, sowie Stellungnahme des Auftraggebers vom 28. Dezember 2005, OZ 8).

Nach Durchführung der Bewerberauswahl wurden unter gleichzeitiger Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen vier Unternehmer zur Abgabe eines Angebotes und Teilnahme an den Verhandlungen eingeladen. Unter diesen befanden sich auch die Antragstellerin und die Teilnahmeantragstellerin (vgl. Einladungsschreiben an die Antragstellerin vom 14. April 2005, OZ 2 des Nachprüfungsaktes 16N-36/05, und betreffende Korrespondenz mittels E-Mail, Beilage zu OZ 13). Mit Schreiben vom 2. Mai 2005 begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung einzelner Passagen der Leistungsbeschreibung. Mit Bescheid vom 1. Juli 2005 erklärte das Bundesvergabeamt hinsichtlich Los 2 die Festlegungen der Unzulässigkeit einer Verwendung von Bandbremsen und Bremslüftmotoren für nichtig (siehe OZ 1 und 36 des Nachprüfungsaktes 16N-36/05). Nach Beendigung des Nachprüfungsverfahrens wurde den Bietern mit Schreiben vom 4. Juli 2005 die "Wiederaufnahme des Vergabeverfahrens" mitgeteilt (siehe betreffende Schreiben, Beilage zu OZ 13). Nach Durchführung der Bewerberauswahl wurden unter gleichzeitiger Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen vier Unternehmer zur Abgabe eines Angebotes und Teilnahme an den Verhandlungen eingeladen. Unter diesen befanden sich auch die Antragstellerin und die Teilnahmeantragstellerin vergleiche Einladungsschreiben an die Antragstellerin vom 14. April 2005, OZ 2 des Nachprüfungsaktes 16N-36/05, und betreffende Korrespondenz mittels E-Mail, Beilage zu OZ 13). Mit Schreiben vom 2. Mai 2005 begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung einzelner Passagen der Leistungsbeschreibung. Mit Bescheid vom 1. Juli 2005 erklärte das Bundesvergabeamt hinsichtlich Los 2 die Festlegungen der Unzulässigkeit einer Verwendung von Bandbremsen und Bremslüftmotoren für nichtig (siehe OZ 1 und 36 des Nachprüfungsaktes 16N-36/05). Nach Beendigung des Nachprüfungsverfahrens wurde den Bietern mit Schreiben vom 4. Juli 2005 die "Wiederaufnahme des Vergabeverfahrens" mitgeteilt (siehe betreffende Schreiben, Beilage zu OZ 13).

Als Zuschlagskriterien wurden in der Ausschreibung die mit 2% gewichtete Verlängerung der Gewährleistungsfrist sowie der mit 98% gewichtete Preis vorgegeben. Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Verlängerung Gewährleistungsfrist" findet sich in der Ausschreibung eine tabellarische Aufstellung der zu erlangenden Punkte. Bei Anbieten der maximalen Verlängerung der Gewährleistungsfrist um vier Jahre konnten zwei zusätzliche Punkte erlangt werden. Das Kriterium "Preis" gliedert sich in die Komponente "Angebotssumme gemäß Teil A" sowie in die Komponente "Stromkosten über die Lebensdauer". Bei der Stromkostenermittlung waren die Bieter angehalten, zwischen Los 1 und Los 2 zu differenzieren. Bei Los 1 war zu einzelnen angeführten Positionsnummern je nach Anzahl der Anlagen die "Antriebsleistung [...] bei Aufwärtsfahrt und Nenngeschwindigkeit sowie bei halber Nennlast" in kW zu benennen. Bei der Stromkostenermittlung für das Los 2 war zwischen Fahrtreppen und -steigen zu unterscheiden. Zu den einzelnen angeführten Positionen musste unter Berücksichtigung der Anlagenanzahl bei den Fahrtreppen die "Antriebsleistung [...] bei Aufwärtsbewegung und Nenngeschwindigkeit sowie bei halber Stufennennlast gem. EN 115" und bei den Fahrsteigen die "Antriebsleistung [...] bei Nenngeschwindigkeit und bei halber Palettenlast gem. EN 115" angegeben werden. Die jeweilige Gesamtsumme der kW war beim Los 1 mit 36.500 Betriebsstunden sowie 0,11 Euro/kWh, bei den Fahrtreppen des Loses 2 mit 73.000 Betriebsstunden und 0,11 Euro/kWh sowie bei den Fahrsteigen des Loses 2 mit 91.300 Betriebsstunden und 0,11 Euro/kWh zu multiplizieren, sodass sich jeweils die Stromkosten in Euro ergaben (siehe Punkt 4.2 des Teiles B-01 "Ergänzungen zu den Vergabebestimmungen", Beilage zu OZ 13). Die Vorgaben zur Berechnung der Stromkosten eröffneten den einzelnen Bietern einen Spielraum betreffend die Interpretation und die Berücksichtigung wesentlicher Effekte. Durch zusätzliche Werte und Vorgaben könnten Berechnungsunschärfen hinten gehalten werden (soweit der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2006, OZ 52).

Betreffend die Punkteermittlung für das Zuschlagskriterium "Preis" findet sich in der Ausschreibung die Festlegung, dass "losweise die Summe der beiden Preiskomponenten 'Angebotspreis' und 'Stromkosten' gebildet [wird]. Die Punkteermittlung erfolgt im Verhältnis zu dem niedrigsten Wert sämtlicher Bieter, wobei der niedrigste Wert die maximal erreichbaren Punkte erhält." Bei maximal erreichbaren 98 Punkten für den niedrigsten Wert war nach der Formel $\text{Punkte} = \text{max. erreichbare Punkte} \times \text{niedrigster Wert} / \text{Wert Bieter}$ vorzugehen. Hinsichtlich der Bestbieterermittlung wurde angesichts der Möglichkeit einer losweisen Vergabe festgehalten, dass in einem ersten Schritt "für jedes der beiden Lose der Bestbieter ermittelt" wird. Als Bestbieter gilt jener Unternehmer, "dessen Angebot nach Abschluss der Verhandlungen die höchste Gesamtpunkteanzahl (Summe der Punkte aus den Zuschlagskriterien 'Verlängerung Gewährleistungsfrist' und 'Preis') erreicht." Für den Fall, dass ein Bieter für eine Gesamtvergabe beider Lose einen Zuschlag oder Nachlass anbietet, wurde in der Ausschreibung ein zweiter Berechnungsschritt vorgesehen. "Dafür werden unter Berücksichtigung der angebotenen Zuschläge bzw. Nachlässe für jedes Los die Punkte für das Zuschlagskriterium 'Preis' neu ermittelt. Anschließend wird unter Berücksichtigung der Punkte für das Zuschlagskriterium 'Verlängerung Gewährleistungsfrist' die Gesamtpunkteanzahl für beide Lose ermittelt. [...] Wurden im 1. Schritt der Bestbieterermittlung [...] bei den beiden Losen unterschiedliche Bieter als Bestbieter ermittelt, so werden deren Angebote [...] zu einem fiktiven 'Gesamtangebot-Neu' kombiniert. Dieses 'Gesamtangebot-Neu' wird nun ebenfalls dem zuvor beschriebenen Vergleich der Gesamtangebote unterzogen. [...] Das bedeutet, dass [...] ein Angebot, das für ein Los im Vergleich zu anderen Angeboten die höchste Gesamtpunkteanzahl aufweist, nicht zwingend den Zuschlag erhalten muss" (soweit wiederum Punkt 4.2 des Teiles B-01 "Ergänzungen zu den Vergabebestimmungen", Beilage zu OZ 13). Zur Veranschaulichung wurden in der Anlage B-02 der Ausschreibung Rechenbeispiele für die Bestbieterermittlung angeführt (Beilage zu OZ 13).

Sowohl im Hinblick auf das Los 1 als auch das Los 2 fand am 1. August 2005 eine - den Bietern nicht zugängliche - Angebotsöffnung statt (siehe notariell erstellte Angebotsöffnungsprotokolle, Beilage zu OZ 13). Das Erstangebot der Antragstellerin wies beim Los 1 eine Angebotssumme von Euro 1.938.362,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 343.936,95 sowie beim Los 2 eine Angebotssumme von Euro 5.954.039,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 2.686.941,29 auf. Die Teilnahmeantragstellerin bot zunächst beim Los 1 mit einer (Haupt)Angebotssumme von Euro 2.091.506,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 250.937,50 sowie beim Los 2 mit einer Angebotssumme von Euro 7.079.580,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 2.372.396,40 an. Überdies stellte die Teilnahmeantragstellerin bei einer Gesamtvergabe einen Nachlass von 2% in Aussicht und gewährte die maximal mögliche Verlängerung der Gewährleistungsfrist um vier Jahre (vgl. betreffende Angebote, Beilagen zu OZ 13). Zwei von der Teilnahmeantragstellerin für das Los 1 erstellten Alternativangeboten kam für das weitere Vergabeverfahren keine Bedeutung zu, da diese den architektonischen Anforderungen nicht genügten (siehe Bericht zur Angebotsprüfung vom

28. November 2005, Beilage zu OZ 13). Sowohl im Hinblick auf das Los 1 als auch das Los 2 fand am 1. August 2005 eine - den Bietern nicht zugängliche - Angebotsöffnung statt (siehe notariell erstellte Angebotsöffnungsprotokolle, Beilage zu OZ 13). Das Erstangebot der Antragstellerin wies beim Los 1 eine Angebotssumme von Euro 1.938.362,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 343.936,95 sowie beim Los 2 eine Angebotssumme von Euro 5.954.039,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 2.686.941,29 auf. Die Teilnahmeantragstellerin bot zunächst beim Los 1 mit einer (Haupt)Angebotssumme von Euro 2.091.506,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 250.937,50 sowie beim Los 2 mit einer Angebotssumme von Euro 7.079.580,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 2.372.396,40 an. Überdies stellte die Teilnahmeantragstellerin bei einer Gesamtvergabe einen Nachlass von 2% in Aussicht und gewährte die maximal mögliche Verlängerung der Gewährleistungsfrist um vier Jahre vergleiche betreffende Angebote, Beilagen zu OZ 13). Zwei von der Teilnahmeantragstellerin für das Los 1 erstellten Alternativangeboten kam für das weitere Vergabeverfahren keine Bedeutung zu, da diese den architektonischen Anforderungen nicht genügten (siehe Bericht zur Angebotsprüfung vom 28. November 2005, Beilage zu OZ 13).

Am 8. September 2005 wurde mit der Teilnahmeantragstellerin ein erstes Verhandlungsgespräch geführt. Am nächsten Tag fanden auch die ersten Verhandlungen mit der Antragstellerin statt. Beide Bieter wurden aufgefordert, "eine nachvollziehbare Herleitung der angegebenen Leistungswerte, welche für die Stromkostenberechnung verwendet wurden, nachzureichen." Überdies wurden jeweils einzelne Positionen aufgelistet, bei denen die Preisbildung zu überprüfen und entsprechende Preisnachweise nachzuliefern waren. Ausdrücklich wurde auch darauf hingewiesen, dass die Stromkosten für in einer zuvor erfolgten Nachsendung angegebene Förderanlagen nachzuliefern sind (siehe betreffende Verhandlungsprotokolle vom 8. bzw. 9. September 2005, Beilage zu OZ 13). Am 7. Oktober 2005 wurden sowohl mit der Teilnahmeantragstellerin als auch der Antragstellerin weitere Verhandlungen geführt. Hinsichtlich der geforderten Leistungswerte, um die Stromkostenrechnung nachvollziehen zu können, wurde bei der Teilnahmeantragstellerin auf eine Nachreichung vom 23. September 2005 verwiesen. Bei der Antragstellerin wurde festgehalten, dass "bei der Stromkostenberechnung [...] der Wirkungsgrad des Getriebes bei den Fahrtreppen sowie sämtliche Reibungsverluste, welche bei Fahrtreppen zwangsläufig auftreten, zu berücksichtigen und in der angegebenen Formel nachzureichen und anhand eines Beispiels einer angebotenen Fahrtreppe zu dokumentieren" sind (soweit Verhandlungsprotokolle vom 7. Oktober 2005, wiederum Beilage zu OZ 13).

Am 7. Oktober 2005 überreichte die Antragstellerin dem Auftraggeber ein Unterlagenkonvolut, dem ua. Formeln zur Berechnung der Anlagen zu entnehmen waren. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2005 wandte sich die Antragstellerin mit einer Bieteranfrage ua. betreffend die Berücksichtigung von "Highpower LED-Leuchten" und der Balustradenbeleuchtung bei der Strompreisberechnung an den Auftraggeber. In einer an alle Bieter am 12. Oktober 2005 übermittelten Beantwortung hält dieser fest, dass "die Stromkosten für die Leuchtmittel [...] in der Stromkostenermittlung der Fahrtreppen nicht zu berücksichtigen" sind. Überdies wurde bestätigt, "dass in den Balustraden der Fahrsteige [...] keine Leuchten vorgesehen sind" (soweit betreffende Schreiben, Beilage zu OZ 13).

Mit E-Mail vom 18. Oktober 2005 wurde die Antragstellerin aufgefordert, ihre Formel zur Leistungsberechnung der Förderanlagen bis 21. Oktober 2004 zu erläutern. In ihrer Antwort vom 21. Oktober 2005 legte sie ihren Ansatz dar, wonach "die Fahrtreppen nur eine bestimmte Zeit einen Personentransport durchführen". Überdies wurde der Auftraggeber ersucht, "zwecks Sicherstellung der Gleichbehandlung im Rahmen des Zuschlagsverfahrens, allen Bietern noch vor der Einladung zum Last Offer als Aufklärung eine eindeutige, exakte und vollständige Formel unter Einschluss der wesentlichen Parameter wie Leerlaufleistung, Wirkungsgrade, etc. inkl. Bekanntgabe der jeweiligen Einheiten bekannt zu geben, und zusätzlich die anzuwendende Stufenlast, das anzunehmende Verhältnis von Personentransport zu Leerlauf, etc. über die Dauer der vorgegebenen Betriebsstunden genau festzulegen" (soweit E-Mails vom 18. bzw. 21. Oktober 2005, Beilage zu OZ 13). In einer weiteren Bieteranfrage vom 21. Oktober 2005 thematisiert die Antragstellerin den Begriff "Stufennennlast" und fordert neuerlich die Vorgabe einer Formel für die Strompreisberechnung.

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2005 übermittelte der Auftraggeber sämtlichen Bietern ein adaptiertes Leistungsverzeichnis und forderte sie auf, bis 9. November 2005 ein letztgültiges Angebot abzugeben. Ausdrücklich wurde festgehalten, dass die "Stromkostenermittlung gemäß Anlage B- 01a für die einzelnen Anlagen gemäß Schreiben FEG vom 25.10.2005 getrennt nach Los 1 - Aufzugsanlagen und Los 2 - Förderanlagen" beizulegen ist (siehe jeweils Beilage zu OZ 13). Bis auf die im Zuge der Verhandlungen geänderten Positionen entsprachen die Vorgaben zur Berechnung der Stromkosten im letztgültigen Angebot jenen des ursprünglichen Ausschreibungstextes (soweit C***

[Berater des Auftraggebers] in der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2006, OZ 52). In Folge einer weiteren Bieteranfrage der Antragstellerin wurde seitens des Auftraggebers ergänzend zur Stromkostenermittlung für das Los 1 klargestellt, dass "durch die vorgegebenen Festlegungen von '36.500 Betriebsstunden' und 'Aufwärtsfahrt' [...] bei der Verwendung der 'Nenngeschwindigkeit' für die Leistungsberechnung die Hubhöhe und die Fahrzeit nicht mehr heranzuziehen [sind], da diese Parameter bzw. Einflussfaktoren bereits in den zuvor angeführten Größen enthalten sind" (vgl. Bieteranfrage vom 28. Oktober 2005 und Antwortschreiben vom 2. November 2005, Beilage zu OZ 13). Mit Schreiben vom 27. Oktober 2005 übermittelte der Auftraggeber sämtlichen Bietern ein adaptiertes Leistungsverzeichnis und forderte sie auf, bis 9. November 2005 ein letztgültiges Angebot abzugeben. Ausdrücklich wurde festgehalten, dass die "Stromkostenermittlung gemäß Anlage B- 01a für die einzelnen Anlagen gemäß Schreiben FEG vom 25.10.2005 getrennt nach Los 1 - Aufzugsanlagen und Los 2 - Förderanlagen" beizulegen ist (siehe jeweils Beilage zu OZ 13). Bis auf die im Zuge der Verhandlungen geänderten Positionen entsprachen die Vorgaben zur Berechnung der Stromkosten im letztgültigen Angebot jenen des ursprünglichen Ausschreibungstextes (soweit C*** [Berater des Auftraggebers] in der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2006, OZ 52). In Folge einer weiteren Bieteranfrage der Antragstellerin wurde seitens des Auftraggebers ergänzend zur Stromkostenermittlung für das Los 1 klargestellt, dass "durch die vorgegebenen Festlegungen von '36.500 Betriebsstunden' und 'Aufwärtsfahrt' [...] bei der Verwendung der 'Nenngeschwindigkeit' für die Leistungsberechnung die Hubhöhe und die Fahrzeit nicht mehr heranzuziehen [sind], da diese Parameter bzw. Einflussfaktoren bereits in den zuvor angeführten Größen enthalten sind" vergleiche Bieteranfrage vom 28. Oktober 2005 und Antwortschreiben vom 2. November 2005, Beilage zu OZ 13).

Die Öffnung der letztgültigen Angebote erfolgte am 9. November 2005. Das Angebot der Antragstellerin beläuft sich beim Los 1 auf eine Angebotssumme von Euro 1.895.878,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 477.291,15 sowie beim Los 2 auf eine Angebotssumme von Euro 5.596.889,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 3.891.906,63. Das Angebot der Teilnahmeantragstellerin weist Angebotssummen von Euro 1.950.754,- (Los 1, exkl. USt.) und Euro 6.515.159,- (Los 2, exkl. USt.) sowie Stromkosten von Euro 400.532,39 (Los 1) und Euro 2.745.415,20 (Los 2) auf. Überdies wurde in letzterem Angebot die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um vier Jahre und der Nachlass von 2% bei einer Gesamtvergabe bestätigt (vgl. notariell erstelltes Angebotsöffnungsprotokoll vom 9. November 2005 und betreffende Angebote, jeweils Beilage zu OZ 13). Im Angebot der Teilnahmeantragstellerin sind beim Los 1 der Umrichterwirkungsgrad, die Motorumsatzverluste durch Umrichterspeisung, der Motorwirkungsgrad bei Teillast und die zusätzlichen Reibungsverluste durch die Bewegung des Fahrkorbes und die Luftverwirbelung nicht zu ersehen. Die direkte Reibung ist jedoch vollständig berücksichtigt worden. Bei entsprechender Berücksichtigung würden sich höhere Stromkosten von etwa 10 bis 30% ergeben. Bei den Fahrtreppen des Loses 2 wird auf das Eigengewicht der Treppen, den Nebenverbrauch durch den Handlauf sowie den Motor- und Umrichterwirkungsgrad nicht entsprechend Bedacht genommen. Es ist von einem zusätzlichen Stromverbrauch von 29% auszugehen. Bei den Fahrsteigen des Loses 2 wird ebenfalls der Motor- und Umrichterwirkungsgrad nicht in ausreichender Weise berücksichtigt, sodass die betreffenden Stromkosten um etwa 22% ansteigen (vgl. Ausführungen des Sachverständigen in mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2006, OZ 52, und - von der Akteneinsicht ausgenommene - Tischvorlage des Sachverständigen zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, OZ 51a). Im Falle einer Neuberechnung der Stromkosten unter Berücksichtigung der fehlenden Aspekte ist eine Umreihung der Angebote nicht auszuschließen. Das Vorgehen der Teilnahmeantragstellerin bei der Berechnung der Stromkosten stellt keinen Widerspruch zur Ausschreibung dar, die teils signifikanten Abweichungen waren nicht sogleich ersichtlich (soweit der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2006, OZ 52). Die Öffnung der letztgültigen Angebote erfolgte am 9. November 2005. Das Angebot der Antragstellerin beläuft sich beim Los 1 auf eine Angebotssumme von Euro 1.895.878,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 477.291,15 sowie beim Los 2 auf eine Angebotssumme von Euro 5.596.889,- (exkl. USt.) und Stromkosten von Euro 3.891.906,63. Das Angebot der Teilnahmeantragstellerin weist Angebotssummen von Euro 1.950.754,- (Los 1, exkl. USt.) und Euro 6.515.159,- (Los 2, exkl. USt.) sowie Stromkosten von Euro 400.532,39 (Los 1) und Euro 2.745.415,20 (Los 2) auf. Überdies wurde in letzterem Angebot die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um vier Jahre und der Nachlass von 2% bei einer Gesamtvergabe bestätigt vergleiche notariell erstelltes Angebotsöffnungsprotokoll vom 9. November 2005 und betreffende Angebote, jeweils Beilage zu OZ 13). Im Angebot der Teilnahmeantragstellerin sind beim Los 1 der Umrichterwirkungsgrad, die Motorumsatzverluste durch Umrichterspeisung, der Motorwirkungsgrad bei Teillast und die zusätzlichen Reibungsverluste durch die Bewegung des Fahrkorbes und die Luftverwirbelung nicht zu ersehen. Die direkte Reibung ist jedoch vollständig berücksichtigt worden. Bei entsprechender Berücksichtigung würden sich höhere Stromkosten

von etwa 10 bis 30% ergeben. Bei den Fahrtreppen des Loses 2 wird auf das Eigengewicht der Treppen, den Nebenverbrauch durch den Handlauf sowie den Motor- und Umrichterwirkungsgrad nicht entsprechend Bedacht genommen. Es ist von einem zusätzlichen Stromverbrauch von 29% auszugehen. Bei den Fahrsteigen des Loses 2 wird ebenfalls der Motor- und Umrichterwirkungsgrad nicht in ausreichender Weise berücksichtigt, sodass die betreffenden Stromkosten um etwa 22% ansteigen vergleiche Ausführungen des Sachverständigen in mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2006, OZ 52, und - von der Akteneinsicht ausgenommene - Tischvorlage des Sachverständigen zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, OZ 51a). Im Falle einer Neuberechnung der Stromkosten unter Berücksichtigung der fehlenden Aspekte ist eine Umreihung der Angebote nicht auszuschließen. Das Vorgehen der Teilnahmeantragstellerin bei der Berechnung der Stromkosten stellt keinen Widerspruch zur Ausschreibung dar, die teils signifikanten Abweichungen waren nicht sogleich ersichtlich (soweit der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2006, OZ 52).

In einem Schreiben vom 15. Dezember 2005 gab der Auftraggeber den Bietern seine Absicht bekannt, nach Ablauf der Stillhaltefrist der Teilnahmeantragstellerin den Zuschlag zu erteilen (Beilage zu OZ 13). Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2005 begehrte die Antragsstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie - begleitend - die Untersagung der Zuschlagserteilung (OZ 1). Mit Bescheid vom 29. Dezember 2005 untersagte das Bundesvergabeamt für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 23. Februar 2006, die Erteilung des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren (OZ 9).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv und in Klammer angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen keine Bedenken ergeben. Die Ausführungen des Sachverständigen, der seitens des Auftraggebers und der Teilnahmeantragstellerin (erstmalig) benannt wurde und gegen dessen Bestellung von der Antragstellerin keine Einwände erhoben wurden, stellten sich als (in sich) schlüssig dar. Basierend auf einer - zur Wahrung von Betriebsgeheimnissen und zur Sicherstellung eines fairen weiteren Verfahrensablaufs von der Akteneinsicht ausgenommenen - Tischvorlage erläuterte der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2006 seine Herangehensweise und legte seine Schlussfolgerungen dar. Nach Verlassen des Verhandlungsraums durch die Vertreter der Antragstellerin (wiederum zur Wahrung von Betriebsgeheimnissen) wurde im Beisein der Auftraggebervertreter mit der Teilnahmeantragstellerin das betreffende Zahlenwerk erörtert. Auch nach eingehender technischer Wechselrede hielt der nichtamtliche Sachverständige seinen Befund aufrecht.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

A. Zuständigkeit, Zulässigkeit und anzuwendende

Rechtsvorschriften

Gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BVergG 2002 gilt dieses Bundesgesetz ua. für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und (b) zumindest teilrechtsfähig ist und (c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, durchgeführt werden. Abs 2 leg.cit. hält fest, dass dieses Bundesgesetz auch für Auftragsvergaben durch andere Einrichtungen zur Anwendung gelangt, sofern diese eine der in § 120 Abs 2 BVergG 2002 genannten Tätigkeiten ausüben. Handelt es sich hierbei überdies um nicht öffentliche Unternehmen, so gilt dieses Bundesgesetz nur dann, wenn eine der in § 120 Abs 2 BVergG 2002 genannten Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, ausgeübt werden. § 120 Abs 2 Z 2 lit b BVergG 2002 zählt ua. die Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr mit Flughäfen zu den Sektorentätigkeiten. Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 gilt dieses Bundesgesetz ua. für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und (b) zumindest teilrechtsfähig ist und (c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen

Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind, durchgeführt werden. Absatz 2, leg.cit. hält fest, dass dieses Bundesgesetz auch für Auftragsvergaben durch andere Einrichtungen zur Anwendung gelangt, sofern diese eine der in Paragraph 120, Absatz 2, BVergG 2002 genannten Tätigkeiten ausüben. Handelt es sich hierbei überdies um nicht öffentliche Unternehmen, so gilt dieses Bundesgesetz nur dann, wenn eine der in Paragraph 120, Absatz 2, BVergG 2002 genannten Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, ausgeübt werden. Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 2, Litera b, BVergG 2002 zählt ua. die Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr mit Flughäfen zu den Sektorentätigkeiten.

Die im gegenständlichen Fall als Auftraggeber auftretende Flughafen Wien AG betreibt den Flughafen Wien in Schwechat. Sie kann dies nur auf Grund einer gemäß § 68 Luftfahrtgesetz, BGBl. Nr. 253/1957 idF BGBl. I Nr. 173/2004, vom (nunmehr) Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) zu erteilenden Zivilflugplatz-Bewilligung. § 71 Abs 2 Luftfahrtgesetz ist überdies zu entnehmen, dass der Erteilung der Zivilflugplatz-Bewilligung eine Bedarfsprüfung voranzugehen hat und von einer Bewilligung grundsätzlich dann abzusehen ist, wenn bereits im Umkreis von 100 km ein bewilligter und in Betrieb befindlicher Flughafen situiert ist. Demnach ist festzuhalten, dass die Flughafen Wien AG - auf Grund eines von der zuständigen Behörde eingeräumten Rechts - ein geographisch abgegrenztes Gebiet zur Versorgung mit einem Flughafen nutzt und somit eine Sektorentätigkeit ausübt (zu den diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Zusammenhängen siehe EuGH vom 11. Juli 1991, Rs C-247/89, Kommission/Portugal, Slg 1991, I-03659). Da das auf den gegenständlichen Sachverhalt anzuwendende BVergG 2002 keine unterschiedlichen Regelungsregime für öffentliche und private Sektorenauftraggeber beinhaltet, kann zudem von einer Prüfung abgesehen werden, inwiefern es sich bei der Flughafen Wien AG um eine öffentliche Einrichtung iSd § 7 Abs 1 Z 2 BVergG 2002 handelt (soweit bereits BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36). Die im gegenständlichen Fall als Auftraggeber auftretende Flughafen Wien AG betreibt den Flughafen Wien in Schwechat. Sie kann dies nur auf Grund einer gemäß Paragraph 68, Luftfahrtgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 253 aus 1957, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 173 aus 2004,, vom (nunmehr) Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) zu erteilenden Zivilflugplatz-Bewilligung. Paragraph 71, Absatz 2, Luftfahrtgesetz ist überdies zu entnehmen, dass der Erteilung der Zivilflugplatz-Bewilligung eine Bedarfsprüfung voranzugehen hat und von einer Bewilligung grundsätzlich dann abzusehen ist, wenn bereits im Umkreis von 100 km ein bewilligter und in Betrieb befindlicher Flughafen situiert ist. Demnach ist festzuhalten, dass die Flughafen Wien AG - auf Grund eines von der zuständigen Behörde eingeräumten Rechts - ein geographisch abgegrenztes Gebiet zur Versorgung mit einem Flughafen nutzt und somit eine Sektorentätigkeit ausübt (zu den diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Zusammenhängen siehe EuGH vom 11. Juli 1991, Rs C-247/89, Kommission/Portugal, Slg 1991, I-03659). Da das auf den gegenständlichen Sachverhalt anzuwendende BVergG 2002 keine unterschiedlichen Regelungsregime für öffentliche und private Sektorenauftraggeber beinhaltet, kann zudem von einer Prüfung abgesehen werden, inwiefern es sich bei der Flughafen Wien AG um eine öffentliche Einrichtung iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 handelt (soweit bereits BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36).

Bei der Zuordnung eines Vergabevorgangs zum Sektorenbereich ist weiters zu hinterfragen, ob die konkrete Leistung dem Zweck einer Sektorentätigkeit dient (siehe EuGH vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/05, Strabag bzw. Kostmann; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu § 120). Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen, ein privater Auftraggeber kann wiederum von der Anwendung des Vergaberechts gänzlich absehen. Im gegenständlichen Fall besteht kein Zweifel, dass die Ausrüstung eines Terminals mit Aufzügen und Förderanlagen dem Funktionieren eines für den internationalen Luftverkehr bestimmten Flughafens dient (vgl. EuGH vom 11. Juli 1991, Rs C-247/89, Kommission/Portugal, Slg 1991, I-03659 und BVA vom 1. März 2000, N-52/99-22). Es wird daher auch aus der gebotenen funktionalen Sicht eine Sektorentätigkeit ausgeübt. Bei der Zuordnung eines Vergabevorgangs zum Sektorenbereich ist weiters zu hinterfragen, ob die konkrete Leistung dem Zweck einer Sektorentätigkeit dient (siehe EuGH vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/05, Strabag bzw. Kostmann; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu Paragraph 120). Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen, ein privater Auftraggeber kann wiederum von der Anwendung des Vergaberechts gänzlich absehen. Im gegenständlichen Fall besteht kein

Zweifel, dass die Ausrüstung eines Terminals mit Aufzügen und Förderanlagen dem Funktionieren eines für den internationalen Luftverkehr bestimmten Flughafens dient vergleiche EuGH vom 11. Juli 1991, Rs C-247/89, Kommission/Portugal, Slg 1991, I-03659 und BVA vom 1. März 2000, N-52/99-22). Es wird daher auch aus der gebotenen funktionalen Sicht eine Sektorentätigkeit ausgeübt.

Während angesichts der zuvor getätigten Ausführungen die Flughafen Wien AG unbestrittener Maßen bei der Auftragsvergabe dem eingeschränkten Vergaberegime Berücksichtigung zu schenken hat, verbleibt die Frage, inwiefern das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung berufen ist. § 135 Abs 2 BVergG 2002 ist hiezu zu entnehmen, dass das Bundesvergabeamt seine Befugnis (ausschließlich) gegenüber Auftraggebern, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, auszuüben hat. Wie bereits festgehalten, hält der Bund derzeit keine Beteiligungen an der Flughafen Wien AG. Aus Sicht der öffentlichen Hand bestehen "lediglich" Minderheitsbeteiligungen der Länder Niederösterreich und Wien, im Übrigen ist - unter Ausklammerung allfälliger Stimmrechtsbindungen - ein Überwiegen privater Teilhabe gegeben. Diesem Umstand kommt insofern entscheidende Bedeutung zu, als keiner, die Kompetenz der Länder normierenden Tatbestände des Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG als einschlägig angesehen werden kann. Es verbleibt somit der "Auffangtatbestand" des Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG, sodass der gegenständliche Auftraggeber dem Vollziehungsbereich des Bundes zugerechnet werden muss (siehe auch Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 52 und Gutknecht, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich der Sektorenregelungen des Bundesvergabegesetzes 2002, in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 [2004] 93). Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes hinsichtlich der Auftraggeberzuordnung ist somit gegeben (soweit wiederum BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36). Während angesichts der zuvor getätigten Ausführungen die Flughafen Wien AG unbestrittener Maßen bei der Auftragsvergabe dem eingeschränkten Vergaberegime Berücksichtigung zu schenken hat, verbleibt die Frage, inwiefern das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung berufen ist. Paragraph 135, Absatz 2, BVergG 2002 ist hiezu zu entnehmen, dass das Bundesvergabeamt seine Befugnis (ausschließlich) gegenüber Auftraggebern, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, auszuüben hat. Wie bereits festgehalten, hält der Bund derzeit keine Beteiligungen an der Flughafen Wien AG. Aus Sicht der öffentlichen Hand bestehen "lediglich" Minderheitsbeteiligungen der Länder Niederösterreich und Wien, im Übrigen ist - unter Ausklammerung allfälliger Stimmrechtsbindungen - ein Überwiegen privater Teilhabe gegeben. Diesem Umstand kommt insofern entscheidende Bedeutung zu, als keiner, die Kompetenz der Länder normierenden Tatbestände des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG als einschlägig angesehen werden kann. Es verbleibt somit der "Auffangtatbestand" des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG, sodass der gegenständliche Auftraggeber dem Vollziehungsbereich des Bundes zugerechnet werden muss (siehe auch Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 52 und Gutknecht, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich der Sektorenregelungen des Bundesvergabegesetzes 2002, in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 [2004] 93). Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes hinsichtlich der Auftraggeberzuordnung ist somit gegeben (soweit wiederum BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36).

Angesichts eines geschätzten Gesamtauftragswertes von Euro 12.870.000,- (exkl. USt.) ist das gegenständliche Bauvorhaben dem Oberschwellenbereich zu zuordnen. Der Antrag wurde am 23. Dezember 2005 dem nach der damals in Geltung befindlichen Geschäftsverteilung ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich zuständigen Senat 16 zugewiesen. Dieser hat nunmehr über die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Ersatz der für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühr zu befinden.

B. Antragslegitimation

1. 1. Ziffer eins

Antragstellerin

Gemäß § 163 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Angesichts dieser Formulierung gelangt das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung zu dem Schluss, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuscheiden ist, im Hinblick auf die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung grundsätzlich keine Antragslegitimation zukommt. Diese Sichtweise beruht auf der Überlegung, dass einem Bieter, dessen Angebot bereits vor Ermittlung des Zuschlagsempfängers außer Acht zu lassen ist, durch die allenfalls rechtswidrig erfolgte Zuschlagsentscheidung kein Schaden erwachsen kann (vgl etwa BVA vom 18. Juni 1998, F- 3/98; BVA vom 19. März 2001, N-12/01, N-16/01, N-17/01;

BVA vom 4. April 2003, 12N-27/03; BVA vom 14. Mai 2003, 5N-36/03- 29; BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 34 zu § 163 sowie R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 492ff). Einer ähnlichen Argumentation bedient sich - teils unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - auch der Verwaltungsgerichtshof (vgl. VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050; VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202; VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030; VwGH vom 1. März 2005, 2003/04/0039, und zuletzt VwGH vom 18. Mai 2005, 2004/04/0094). Gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Angesichts dieser Formulierung gelangt das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung zu dem Schluss, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, im Hinblick auf die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung grundsätzlich keine Antragslegitimation zukommt. Diese Sichtweise beruht auf der Überlegung, dass einem Bieter, dessen Angebot bereits vor Ermittlung des Zuschlagsempfängers außer Acht zu lassen ist, durch die allenfalls rechtswidrig erfolgte Zuschlagsentscheidung kein Schaden erwachsen kann vergleiche etwa BVA vom 18. Juni 1998, F- 3/98; BVA vom 19. März 2001, N-12/01, N-16/01, N-17/01; BVA vom 4. April 2003, 12N-27/03; BVA vom 14. Mai 2003, 5N-36/03- 29; BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 34 zu Paragraph 163, sowie R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 492ff). Einer ähnlichen Argumentation bedient sich - teils unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - auch der Verwaltungsgerichtshof vergleiche VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050; VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202; VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030; VwGH vom 1. März 2005, 2003/04/0039, und zuletzt VwGH vom 18. Mai 2005, 2004/04/0094).

Im gegenständlichen Fall bringt der Auftraggeber erstmals am 5. Jänner 2006 vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei, weil im Hinblick auf die Angabe der Stromkosten in einer vertieften Angebotsprüfung keine ausreichenden bzw. unrichtige Aufklärungen geliefert worden seien. Demzufolge sei der Ausscheidenstatbestand des § 98 Z 3 BVergG 2002 eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises verwirklicht worden. Dieses Vorbringen findet jedoch im tatsächlichen Vorgehen des Auftraggebers im Vergabeverfahren keine Deckung. Das Angebot der Antragstellerin wurde bislang nicht ausgeschieden. Die Bieter wurden zwar im Rahmen der Verhandlungsgespräche unter dem Titel einer vertieften Angebotsprüfung zu Aufklärungen aufgefordert, dies bezog sich jedoch stets auf einzelne Positionen und somit auf den Angebotspreis. Bei der Angabe der Stromkosten wurde hingegen - wie der Auftraggeber in seinem Vorbringen dargelegt hat - bewusst eine gewisse Unschärfe belassen, um eine Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner Bieter hintan zu halten. Von Seiten der Bieter wurde wiederum die Möglichkeit eines Verhandlungsverfahrens wahrgenommen, gewisse Grenzen auszuloten. Der Senat vermag daher keine Verwirklichung eines (diesbezüglichen) Ausscheidenstatbestandes durch die Antragstellerin zu erkennen. Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers kann auch im Versuch der Antragstellerin, mittels Bieteranfragen auf Klarstellungen betreffend die Stromkostenermittlung zu drängen, kein vergaberechtliches Fehlverhalten erkannt werden. Im gegenständlichen Fall bringt der Auftraggeber erstmals am 5. Jänner 2006 vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei, weil im Hinblick auf die Angabe der Stromkosten in einer vertieften Angebotsprüfung keine ausreichenden bzw. unrichtige Aufklärungen geliefert worden seien. Demzufolge sei der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG 2002 eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises verwirklicht worden. Dieses Vorbringen findet jedoch im tatsächlichen Vorgehen des Auftraggebers im Vergabeverfahren keine Deckung. Das Angebot der Antragstellerin wurde bislang nicht ausgeschieden. Die Bieter wurden zwar im Rahmen der Verhandlungsgespräche unter dem Titel einer vertieften Angebotsprüfung zu Aufklärungen aufgefordert, dies bezog sich jedoch stets auf einzelne Positionen und somit auf den Angebotspreis. Bei der Angabe der Stromkosten wurde hingegen - wie der Auftraggeber in seinem Vorbringen dargelegt hat - bewusst eine gewisse Unschärfe belassen, um eine Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner Bieter hintan zu halten. Von Seiten der Bieter wurde wiederum die Möglichkeit eines Verhandlungsverfahrens wahrgenommen, gewisse Grenzen auszuloten. Der Senat vermag daher keine Verwirklichung eines (diesbezüglichen) Ausscheidenstatbestandes durch die Antragstellerin zu erkennen. Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers kann auch im Versuch der Antragstellerin, mittels Bieteranfragen auf Klarstellungen betreffend die Stromkostenermittlung zu drängen, kein vergaberechtliches Fehlverhalten erkannt werden.

Teilnahmeantragstellerin

Gemäß § 165 Abs 1 BVergG 2002 sind jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber Partei eines Nachprüfungsverfahrens. Bei Nachprüfungsverfahren betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sind daneben jene Bieter des Vergabeverfahrens Partei, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes unmittelbar berührt werden könnten. Sie verlieren jedoch ihre Parteistellung, sofern sie nicht binnen einer Frist von einer Woche nach Verständigung von der Verfahrenseinleitung schriftlich oder in der mündlichen Verhandlung mündlich einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt haben (Abs 2 leg.cit). In § 167 Abs 1 BVergG 2002 finden sich ergänzend Vorgaben zum Inhalt und zur Zulässigkeit eines Teilnahmeantrages. Diese werden von einem Teil der Lehre dahingehend gewertet, dass von Seiten eines potentiellen Zuschlagsempfängers kein Teilnahmeantrag zur Wahrung der Parteistellung formuliert werden muss (siehe zB Thienel, Sensible Fragen der Parteistellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, in FS-Funk [2003] 550). Demgegenüber geht das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung von der Notwendigkeit einer derartigen Antragstellung durch den für den Zuschlag ausersehenen Bieter aus (soweit Schidlof in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 23 zu § 165 mwN). Gemäß Paragraph 165, Absatz eins, BVergG 2002 sind jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber Partei eines Nachprüfungsverfahrens. Bei Nachprüfungsverfahren betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sind daneben jene Bieter des Vergabeverfahrens Partei, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes unmittelbar berührt werden könnten. Sie verlieren jedoch ihre Parteistellung, sofern sie nicht binnen einer Frist von einer Woche nach Verständigung von der Verfahrenseinleitung schriftlich oder in der mündlichen Verhandlung mündlich einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt haben (Absatz 2, leg.cit). In Paragraph 167, Absatz eins, BVergG 2002 finden sich ergänzend Vorgaben zum Inhalt und zur Zulässigkeit eines Teilnahmeantrages. Diese werden von einem Teil der Lehre dahingehend gewertet, dass von Seiten eines potentiellen Zuschlagsempfängers kein Teilnahmeantrag zur Wahrung der Parteistellung formuliert werden muss (siehe zB Thienel, Sensible Fragen der Parteistellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, in FS-Funk [2003] 550). Demgegenüber geht das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung von der Notwendigkeit einer derartigen Antragstellung durch den für den Zuschlag ausersehenen Bieter aus (soweit Schidlof in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 23 zu Paragraph 165, mwN).

Mit am 27. Dezember 2005 eingelangtem Schreiben formulierte die potentielle Zuschlagsempfängerin einen Antrag auf Teilnahme am Vergabekontrollverfahren. Nach Vornahme einer aufgetragenen Verbesserung entspricht dieser den Formalvorgaben des § 167 BVergG 2002. Der Sachverständige hat zudem in der mündlichen Verhandlung festgehalten, dass sich die potentielle Zuschlagsempfängerin durch ihre Stromkostenberechnung nicht in unmittelbaren Widerspruch zur Ausschreibung begeben hat, vielmehr wurde ihrerseits der Interpretationsspielraum weitestgehend ausgeschöpft. Der entsprechende Ausscheidenstatbestand wurde somit nicht verwirklicht (siehe zum Zusammenspiel zwischen gebotenem Ausscheiden und Teilnahmeantrag etwa BVA vom 26. August 2004, 16N-64/04-39; Grasböck, Zu Antragserfordernissen im Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung, ZVB 2004, 172f und Etlinger, Antragslegitimation im neuen Licht?, RPA 2004, 162f). Es droht ihr somit durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes eine Beeinträchtigung ihrer Interessen; durch fristgerechte Stellung eines Teilnahmeantrags hat sie ihre Parteistellung gewahrt. Mit am 27. Dezember 2005 eingelangtem Schreiben formulierte die potentielle Zuschlagsempfängerin einen Antrag auf Teilnahme am Vergabekontrollverfahren. Nach Vornahme einer aufgetragenen Verbesserung entspricht dieser den Formalvorgaben des Paragraph 167, BVergG 2002. Der Sachverständige hat zudem in der mündlichen Verhandlung festgehalten, dass sich die potentielle Zuschlagsempfängerin durch ihre Stromkostenberechnung nicht in unmittelbaren Widerspruch zur Ausschreibung begeben hat, vielmehr wurde ihrerseits der Interpretationsspielraum weitestgehend ausgeschöpft. Der entsprechende Ausscheidenstatbestand wurde somit nicht verwirklicht (siehe zum Zusammenspiel zwischen gebotenem Ausscheiden und Teilnahmeantrag etwa BVA vom 26. August 2004, 16N-64/04-39; Grasböck, Zu Antragserfordernissen im Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung, ZVB 2004, 172f und Etlinger, Antragslegitimation im neuen Licht?, RPA 2004, 162f). Es droht ihr somit durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes eine Beeinträchtigung ihrer Interessen; durch fristgerechte Stellung eines Teilnahmeantrags hat sie ihre Parteistellung gewahrt.

C. Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (Spruchpunkt I) C. Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (Spruchpunkt römisch eins)

Gemäß § 21 Abs 1 BVergG 2002 sind (öffentliche) Aufträge - unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes - entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Diesen allgemeinen Grundsätzen kommt bei Verhandlungsverfahren angesichts des Fehlens eines strengen Korsetts für den Verfahrensablauf besondere Bedeutung zu (soweit zB BVA vom 2. Oktober 2003, 16N-74/03-21). Überdies ist in Erinnerung zu rufen, dass im gegenständlichen Fall dem Sektorenregime Berücksichtigung zu schenken ist. Dies zieht die Folge nach sich, dass man sich kaum an ausdrücklichen Regelungen betreffend die Ausgestaltung von Angeboten und deren Prüfung orientieren kann. Es ist daher für diesen spezifischen Bereich ebenfalls den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens ein besonderes Gewicht beizumessen, um ein gewisses Regulativ für den durchaus weiten Handlungsspielraum der jeweiligen Auftraggeber zu schaffen (siehe ua. Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 176). Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind (öffentliche) Aufträge - unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes - entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Diesen allgemeinen Grundsätzen kommt bei Verhandlungsverfahren angesichts des Fehlens eines strengen Korsetts für den Verfahrensablauf besondere Bedeutung zu (soweit zB BVA vom 2. Oktober 2003, 16N-74/03-21). Überdies ist in Erinnerung zu rufen, dass im gegenständlichen Fall dem Sektorenregime Berücksichtigung zu schenken ist. Dies zieht die Folge nach sich, dass man sich kaum an ausdrücklichen Regelungen betreffend die Ausgestaltung von Angeboten und deren Prüfung orientieren kann. Es ist daher für diesen spezifischen Bereich ebenfalls den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens ein besonderes Gewicht beizumessen, um ein gewisses Regulativ für den durchaus weiten Handlungsspielraum der jeweiligen Auftraggeber zu schaffen (siehe ua. Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 176).

Beim Gleichbehandlungsprinzip handelt es sich um den zentralen Vergabegrundsatz. So führt der EuGH aus, dass "die [Baukoordinierungs]Richtlinie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dass aber die Pflicht zur Beachtung dieses Grundsatzes gleichwohl dem Wesen dieser Richtlinie selbst entspricht" (EuGH vom 17. September 2002, Rs C-513/99, Concordia Bus). Ausgehend vom Gleichbehandlungsgrundsatz argumentiert die Rechtssprechung ua. im Sinne einer Verpflichtung, die Vergleichbarkeit von Angeboten sicherzustellen (soweit etwa BVA vom 20. April 2002, N-136/01-41), sich an die (eigenen) Vorgaben der Ausschreibung zu halten (zB VwGH vom 4. September 2002, 2002/04/0181) sowie für eine entsprechende Transparenz des Vergabeverfahrens Obsorge zu tragen (vgl. etwa EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien; EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction, sowie EuGH vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau u.a.). Alle Bieter müssen bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen. Im Zusammenhang mit der Anwendung der Zuschlagskriterien findet der Transparenzgedanke wiederum zum einen im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Bewertung (zuletzt etwa BVA vom 31. Jänner 2006, 4N-119/05-30) und zum anderen in der Möglichkeit einer gleichen Auslegung durch durchschnittlich fachkundige Bieter (wiederum EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction) eine besondere Betonung. Beim Gleichbehandlungsprinzip handelt es sich um den zentralen Vergabegrundsatz. So führt der EuGH aus, dass "die [Baukoordinierungs]Richtlinie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dass aber die Pflicht zur Beachtung dieses Grundsatzes gleichwohl dem Wesen dieser Richtlinie selbst entspricht" (EuGH vom 17. September 2002, Rs C-513/99, Concordia Bus). Ausgehend vom Gleichbehandlungsgrundsatz argumentiert die Rechtssprechung ua. im Sinne einer Verpflichtung, die Vergleichbarkeit von Angeboten sicherzustellen (soweit etwa BVA vom 20. April 2002, N-136/01-41), sich an die (eigenen) Vorgaben der Ausschreibung zu halten (zB VwGH vom 4. September 2002, 2002/04/0181) sowie für eine entsprechende Transparenz des Vergabeverfahrens Obsorge zu tragen (vgl. etwa EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien; EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction, sowie EuGH vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau u.a.). Alle Bieter müssen bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen. Im Zusammenhang mit der Anwendung der Zuschlagskriterien findet der Transparenzgedanke wiederum zum einen im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Bewertung (zuletzt etwa BVA vom 31. Jänner 2006, 4N-119/05-30) und zum anderen in der Möglichkeit einer gleichen Auslegung durch durchschnittlich fachkundige Bieter (wiederum EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction) eine besondere Betonung.

Im gegenständlichen Fall wurden die Zuschlagskriterien im Allgemeinen und die Vorgaben betreffend die Berechnung

der Stromkosten im Besonderen nicht angefochten. Losgelöst von der nicht zu klärenden Frage einer allfälligen Rechtswidrigkeit sind die Ausschreibungsvorgaben bestandsfest geworden und dem weiteren Vergabeverfahren zugrunde zu legen (zur Wirkung der Präklusion siehe zuletzt VfGH vom 6. Juni 2005, B 471/04, und VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135). Dies hat allerdings sowohl im Hinblick auf die Ausgestaltung der Angebote als auch der Angebotsprüfung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter zu erfolgen. Nach Möglichkeit soll jegliche Willkür ausgeschaltet werden. Das nach den Zuschlagskriterien tatsächlich beste Angebot und nicht jenes Angebot, bei dem der betreffende Bieter die Ausschreibungsunschärfen am besten zu seinen Gunsten ausgenutzt hat, soll den Zuschlag erhalten.

In der mündlichen Verhandlung wurde vom Sachverständigen dargelegt, dass die wenigen Vorgaben für die Stromkostenberechnung einen gewissen Spielraum für die Interpretation und die Berücksichtigung wesentlicher Effekte eröffnen. Dieser wurde insbesondere von der Teilnahmeantragstellerin und der Antragstellerin in durchaus unterschiedlicher Weise ausgenutzt, sodass letztlich - auch unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten der angebotenen Produkte - eine Vergleichbarkeit der Berechnung der Stromkosten und eine faire Ermittlung des Bestbieters nicht gegeben sind. Der Auftraggeber hat es verabsäumt, hinsichtlich der Stromkosten im Rahmen der Verhandlungen und in weiterer Folge durch die Angebotsprüfung vergleichbare Angebotsangaben sicherzustellen. Die Wesentlichkeit dieses Vorgehens für den Ausgang des Verfahrens (§ 174 Abs 1 Z 2 BVergG 2002) wurde zudem durch eine vom Sachverständigen angestellte Vergleichsrechnung dargelegt. Es war daher entsprechend Spruchpunkt I die Zuschlagsentscheidung vom 15. Dezember 2005 als dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechend nichtig zu erklären. In der mündlichen Verhandlung wurde vom Sachverständigen dargelegt, dass die wenigen Vorgaben für die Stromkostenberechnung einen gewissen Spielraum für die Interpretation und die Berücksichtigung wesentlicher Effekte eröffnen. Dieser wurde insbesondere von der Teilnahmeantragstellerin und der Antragstellerin in durchaus unterschiedlicher Weise ausgenutzt, sodass letztlich - auch unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten der angebotenen Produkte - eine Vergleichbarkeit der Berechnung der Stromkosten und eine faire Ermittlung des Bestbieters nicht gegeben sind. Der Auftraggeber hat es verabsäumt, hinsichtlich der Stromkosten im Rahmen der Verhandlungen und in weiterer Folge durch die Angebotsprüfung vergleichbare Angebotsangaben sicherzustellen. Die Wesentlichkeit dieses Vorgehens für den Ausgang des Verfahrens (Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002) wurde zudem durch eine vom Sachverständigen angestellte Vergleichsrechnung dargelegt. Es war daher entsprechend Spruchpunkt römisch eins die Zuschlagsentscheidung vom 15. Dezember 2005 als dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechend nichtig zu erklären.

Durch die ausgesprochene Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung befindet sich das konkrete Vergabeverfahren wiederum im Stadium der Angebotsprüfung. Nunmehr gilt es entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung, Parameter vorzugeben, die den Bietern unter Berücksichtigung ihrer Produktspezifika eine vergleichbare und somit im Hinblick auf einen objektiven Maßstab bewertbare Stromkostenangabe ermöglicht. Dabei hat der Auftraggeber die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, wonach eine nachträgliche "Darlegung" der Vorgaben für die Bestbieterermittlung dann zulässig ist, wenn sie (a) die in der Ausschreibung oder Bekanntmachung bestimmten Zuschlagskriterien nicht ändert, (b) nichts enthält, das, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung beeinflussen hätte können, und (c) nicht unter Berücksichtigung von Umständen ausgesprochen wird, die einen der Bieter diskriminieren (soweit EuGH vom 24. November 2005, Rs C-331/04, ACTV Venezia).

D. Antrag auf Pauschalgebührenersatz (Spruchpunkt II) § 74 Abs 1 AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Abs 2 leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß § 177 Abs 1 BVergG 2002 sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang X des BVergG 2002 bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, BGBl II Nr. 324/2002. Abs 5 leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat. D. Antrag auf Pauschalgebührenersatz (Spruchpunkt römisch zwei) Paragraph 74, Absatz eins, AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Absatz 2, leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten

zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVergG 2002 sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang römisch zehn des BVergG 2002 bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 324 aus 2002, Absatz 5, leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat.

In den Materialien zum BVergG 2002 wird ausgeführt, dass es sich beim in § 177 Abs 5 BVergG 2002 vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt, der bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisherigen Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05- 37). Das Bundesvergabeamt hat daher über den Antrag der Antragstellerin vom 23. Dezember 2006, dem Auftraggeber den Ersatz der für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5000,- aufzutragen, zu entscheiden. Da sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Hauptsache zuständigen Behörde richtet, hat im Oberschwellenbereich über die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 163 Abs 1 BVergG 2002 angefallenen Kosten der jeweilige Senat zu befinden. In den Materialien zum BVergG 2002 wird ausgeführt, dass es sich beim in Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt, der bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisherigen Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05- 37). Das Bundesvergabeamt hat daher über den Antrag der Antragstellerin vom 23. Dezember 2006, dem Auftraggeber den Ersatz der für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5000,- aufzutragen, zu entscheiden. Da sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Hauptsache zuständigen Behörde richtet, hat im Oberschwellenbereich über die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002 angefallenen Kosten der jeweilige Senat zu befinden.

Aus inhaltlicher Sicht gilt es im gegenständlichen Fall zu klären, ob von einem teilweisen Obsiegen der Antragstellerin auszugehen ist. Die Antragstellerin führt ins Treffen, dass sie sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung ua. im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt erachtet. Die Ermittlungen haben - unter Beiziehung externen Sachverständs - tatsächlich ergeben, dass die Bestbieterermittlung unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz erfolgt ist. Die Zuschlagsentscheidung vom 15. Dezember 2005 wurde für nichtig erklärt. Es ist daher ein (teilweises) Obsiegen der Antragstellerin gegeben, sodass dem Auftraggeber entsprechend Spruchpunkt II der Ersatz der für den Nachprüfungsantrag bezahlten Pauschalgebühr von Euro 5000,- aufzuerlegen war. Aus inhaltlicher Sicht gilt es im gegenständlichen Fall zu klären, ob von einem teilweisen Obsiegen der Antragstellerin auszugehen ist. Die Antragstellerin führt ins Treffen, dass sie sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung ua. im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt erachtet. Die Ermittlungen haben - unter Beiziehung externen Sachverständs - tatsächlich ergeben, dass die Bestbieterermittlung unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz erfolgt ist. Die Zuschlagsentscheidung vom 15. Dezember 2005 wurde für nichtig erklärt. Es ist daher ein (teilweises) Obsiegen der Antragstellerin gegeben, sodass dem Auftraggeber entsprechend Spruchpunkt römisch zwei der Ersatz der für den Nachprüfungsantrag bezahlten Pauschalgebühr von Euro 5000,- aufzuerlegen war.

Schlagworte

Gleichbehandlungsgrundsatz, Transparenzgebot, Bestbieterermittlung;

Dokumentnummer

VERGT_20060222_16N_133_05_55_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