



**N/0082-BVA/08/2011-56**

**Betreff:** Vergabeverfahren betreffend Langzeitatenschutzgeräte (BBG - interne GZ. 4601.01400), Nachprüfungsantrag und Pauschalgebührenersatz

## B E S C H E I D

**Das Bundesvergabeamt hat** durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck, Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber Dr Clemens Mayr, Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der seitens der Antragstellerin A\*\*\* erfolgten Anfechtung einer sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase im Vergabeverfahren der beiden Auftraggeberinnen Bund und Bundesbeschaffung GmbH betreffend Langzeitatenschutzgeräte (BBG - interne GZ. 4601.01400), wie folgt **entschieden:**

## S p r u c h

**I. Dem Begehren,** das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der Antragsgegner vom 22.8.2011, die Ausschreibungsbedingungen dahingehend abzuändern, dass gegenüber der ursprünglichen Ausschreibung die anzubietenden Langzeitatenschutzgeräte in einem maßgeblichen Teil der Anwendungsfälle auch umgebungsluftabhängig eingesetzt werden, für nichtig erklären, **wird stattgegeben.**

**Die** namens des Bunds und namens der Bundesbeschaffung **im Vergabeverfahren betreffend Langzeitatenschutzgeräte** mit der BBG - internen GZ - Nr 4601.01400 **getroffene sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase vom 22.8.2011,** die Ausschreibungsbedingungen dahingehend abzuändern, dass gegenüber der ursprünglichen Ausschreibung die anzubietenden Langzeitatenschutzgeräte in einem maßgeblichen Teil der Anwendungsfälle auch umgebungsluftabhängig [nämlich dahin] eingesetzt werden, dass pro Jahr für 50 Geräte 250 Übungen durchgeführt werden, wobei mindestens 60

Übungen umgebungsluftunabhängig und die anderen Übungen umgebungsluftabhängig durchgeführt werden, **wird hiermit nichtig erklärt.**

**Rechtsgrundlagen:** §§ 2 Z 16 lit a sublit dd iVm sublit ii; 19 Abs 1; 96 Abs 1, 2, 5 und 6; 313; 320; 321; 322 und 325 Abs 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15; § 13 AVG

**II. Dem Pauschalgebührenersatzbegehren vom 1.9.2011, die Antragsgegner zum Ersatz der von uns entrichteten Pauschalgebühren von €2.490,00 zu verpflichten, wird stattgegeben.**

**Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH sind zur ungeteilten Hand schuldig, der Antragstellerin A\*\*\* binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 2.490,00 Euro an Pauschalgebührenersatz zu bezahlen.**

**Rechtsgrundlagen:** §§ 318f BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15; § 13 AVG

## **B e g r ü n d u n g**

### **1. Verfahrensgang/Sachverhalt**

1.1. Die beiden Auftraggeberinnen (= Auftraggeberseite) mit der Zweitauftraggeberin Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) als vergebender Stelle führen aktuell das im Spruch ersichtliche Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durch. Ziel ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem nachmaligen Lieferanten für die Bedarfsträger. Als letztere scheinen (neben den zivilen Grubenwehren) insb auch das österreichische Bundesheer auf. Vertragspartner der angestrebten Rahmenvereinbarung sollen jedoch nur der Bund und die Bundesbeschaffung GmbH werden.

1.2. In der gemeinschaftsweit erfolgten Vergabebekanntmachung (enthalten im handschriftlich mit "I" markierten Ordner der Vergabeunterlagen) ist unter Punkt II. des Bekanntmachungsformulars als Auftragsgegenstand "*Langzeitatemschutzgeräte*" angegeben.

1.3. In Punkt 2.1 der Teilnahmeantragsunterlagen wird die Lieferung und Wartung von Langzeitatemschutzgeräten als Ziel des Vergabeverfahrens angegeben.

1.4. In Punkt 2.2 der Teilnahmeantragsunterlagen wird die zu erwartende Abrufmenge mit 400 Stück über die Laufzeit der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung angegeben.

*Der Auftrag würde die Lieferung und Wartung von Langzeitatemschutzgeräten inklusive der Bereitstellung der Ersatzteile über die gesamte Einsatzfähigkeit der Geräte umfassen.*

*Die Langzeitatmer müssten eine Einsatzdauer von mindestens vier Stunden vorweisen können. Das komplette Gerät wäre in Kombination mit Maske und Filtergerät zu liefern.*

*Des Weiteren wäre im Auftragsgegenstand enthalten, dass der Auftraggeber vom Auftragnehmer eine entsprechende Einschulung vor Ort erhält. Vom Auftragnehmer müsse auch eine entsprechende Versorgungssicherheit - die Lieferung von Ersatzteilen, Patronen usw - gewährleistet sein.*

*Die detaillierte Leistungsbeschreibung würde im Rahmen der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens erfolgen.*

1.5. Die zur Angebotsabgabe in der zweiten Stufe aufgeführten (nachmaligen) Bieter erhielten zwecks Anbotslegung in der zweiten Stufe etliche Unterlagenkonvolute, darunter zB die "Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen für das Verhandlungsverfahren "Langzeitatemschutzgeräte"" und die "Leistungsbeschreibung "Atemschutzgerät Einsatzdauer 4 Stunden"".

1.6. In Punkt 1.4. der voraufgezählten Leistungsbeschreibung fand nunmehr grundsätzlich die in den Teilnahmeantragsunterlagen angekündigte detaillierte Leistungsbeschreibung statt.

1.7. In Punkt 1.4.2. der Leistungsbeschreibung ist vorerst der bewertungsrelevante Preis über die erwartbaren Lebenszykluskosten von 20 Jahren definiert; und ist danach rücksichtlich der nunmehr angefochtenen Festlegung während der Verhandlungsphase normiert, dass pro Langzeitatmer und Jahr 5 Übungen und Einsätze mit einsatzbereitem Gerät abgehalten werden. Sämtliches hiezu erforderliches Verbrauchsmaterial wäre auszureisen.

1.8. Der Langzeitatmer ist nach Punkt 1.1.1. der Leistungsbeschreibung als tragbares umgebungsluftunabhängiges Atemschutzgerät auszuführen, welches dem Geräteträger ein Arbeiten in der Dauer von bis zu vier Stunden in nicht atembare Atmosphäre vorwiegend unter Tag ermöglichen muss.

Umgebungsluftunabhängiges Funktionieren bedeutet dabei, dass der Geräteträger beim Gebrauch des Langzeitatemschutzgerätes die für ihn erforderliche Atemluft und insb den für seine Lebensfunktionen benötigten Sauerstoff aus dem Atemschutzgerät

und nicht aus der den Geräteträger sonst umgebenden Atmosphäre (insb zB Umgebungsluft in verrauchtem oder sonst verunreinigtem Zustand) entnimmt.

Der Begriff der Umgebungsluftunabhängigkeit hat dabei zB iZm sogenannten Selbstrettern Eingang in den § 187c Abs 2 MinroG gefunden.

In der Verhandlung am 6.10.2011 blieb dabei unstrittig, dass umgebungsluftunabhängiges Atmen bedeutet, dass der Geräteträger den zu den Lebensfunktionen benötigten Sauerstoff aus einem durch das jeweilige Langzeitemschutzgerät bewirkten geräteinternen Atemgaskreislauf erhält.

Im Gegensatz dazu wird beim umgebungsluftabhängigen Atmen die Atemluft (gefiltert bzw allenfalls auch ungefiltert) aus der sonstigen Umgebung entnommen.

Unstrittig zwischen den Streitteilen ist insb weiters, dass die Langzeitemschutzgeräte, wie in diesem Vergabeverfahren gegenständlich, im Einsatz umgebungsluftunabhängig funktionieren - Seite 4 der Verhandlungsniederschrift lfd Nr 48 des Verwaltungsakts.

1.9. Am 22.8.2011 fand laut Vergabeverhandlungsprotokoll der Auftraggeberseite, abgelegt in einem grünen Ordner der Vergabeunterlagen und handschriftlich mit "II" beschriftet, zwischen 10.10 Uhr und 14.30 Uhr, durch eine Pause unterbrochen, eine erste Verhandlungsrunde statt, an welcher auftraggeberseitig 5 Personen und seitens der Antragstellerin drei Personen teilnahmen. Die Auftraggeberseite verwendet in diesem Protokoll die GZ 4701.01400 und nicht wie sonst zB bei den Teilnahmeantragsunterlagen die GZ 4601.01400.

Im bezüglichen Verhandlungsprotokoll des Vergabeverfahrens ist auf Seite 2 folgende Textpassage enthalten, die die beim Bundesvergabeamt angefochtene Auftraggeberfestlegung enthält:

*BMLVS: pro Jahr für 50 Geräte 250 Übungen wobei mindestens 60 mal unter umgebungsluftunabhängigen Bedingungen geübt werden muss wobei für jede Übung mindestens 2 h angestrebt werden.*

Die Repräsentanten der Antragstellerin stellten diesbezüglich bereits umgehend in den Verhandlungsgesprächen eine juristische Überprüfung hinsichtlich der vergaberechtlichen Zulässigkeit der etwaigen Änderung des Leistungsgegenstands in Aussicht.

Der das Vergabeverfahren bei der vergebenden Stelle maßgeblich betreuende Jurist gab in der Verhandlung übereinstimmend mit der Antragstellerin an, dass es nach dem 22.8.2011 keine weitere bekämpfbare Festlegung mehr gegeben hat - Seite 3 der Verhandlungsniederschrift, lfd Nr 48.

1.10. Auftraggeberseitig wurde am 23.8.2011 mit einer anderen Bieterin verhandelt, und ist in den Vergabeunterlagen im Verhandlungsprotokoll diesbezüglich ua festgehalten:

*... Von 4 Übungen soll eine umgebungsluftunabhängig gegangen werden und muss mindestens 2 h dauern. Voraussichtliche Übungspraxis: 250 Übungen, davon 60 umgebungsluftunabhängig mit mindestens 2 h Dauer. ...*

Bei dieser weiteren hier betrachteten Bieterin stimmt sohin der Wortlaut zur Festlegung der Änderung der Übungspraxis nicht zur Gänze mit dem Wortlaut der Festlegung der Auftraggeberseite überein, die die Antragstellerin zum Gegenstand des nunmehrigen Nachprüfungsverfahrens gemacht hat. Es wurde mit der hier bezogenen weiteren Bieterin nämlich insb von einer voraussichtlichen Übungspraxis gesprochen.

1.11. Die Antragstellerin und die Auftraggeberseite haben nach der ersten Verhandlungsrunde betreffend die antragstellerinnenseits bereits in der Vergabeverhandlung kritisierte Änderung der Anzahl der umgebungsluftunabhängigen jährlichen Übungen weiter über eben diesen Umstand korrespondiert.

In Punkt 5 des e-mails vom 26.8.2011, abgelegt im bereits genannten grünen Ordner der Vergabeunterlagen, wird namens der Antragstellerin insoweit kritisiert, dass in den Kern der bisherigen Leistung eingegriffen würde und damit auch in die Zuschlagskriterien eingegriffen würde.

Namens der Auftraggeberseite wurde in einem am 30.8.2011 per mail versandten Dokument im Vergabeverfahren klargestellt, dass die kritisierte - nunmehr beim Bundesvergabeamt angefochtene - Festlegung aufrecht bleibt.

1.12. Die Marktsituation betreffend die streitigen Langzeitatenschutzgeräte stellt sich nach den behördlichen Erhebungen (insb Einschau in den Vergabeakt, Telefonate lt lfd Nri 22 und 41) derart dar, dass im EU - Raum insbesondere Geräte zweier

Hersteller - dies unbeschadet der Frage der Vertriebsberechtigten und der gegenständlichen Bieteranzahl - erhältlich sind bzw in Verwendung stehen.

1.12.1. Der von der Antragstellerin angebotene 4 - Stunden - Langzeitatmer mit dem Typenbezeichnungsbestandteil "A\*\*\*neu" ist das Nachfolgemodell eines in Österreich bisher weit verwendeten Geräts mit dem Typenbezeichnungsbestandteil "A\*\*\*alt".

1.12.2. Das nunmehrige Angebotsgerät der Antragstellerin hat im Echtbetrieb unter umgebungsluftunabhängigen Bedingungen gegenüber einem zweiten marktrelevanten Konkurrenzprodukt bei den zuschlagsrelevanten laufenden Betriebskosten einen erheblichen Kostenvorteil. Dieser Kostenvorteil der Antragstellerin beim Üben unter umgebungsluftunabhängigen Bedingungen ist auch der Auftraggeberseite bewusst, wie Punkt III der auftraggeberseitigen Eingabe vom 5.10.2011, lfd Nr 45 des Verwaltungsakts, zeigt.

1.12.3. Ein (vorstehend bezogenes) mit dem Angebotsgerät der Antragstellerin am Markt konkurrierendes Produkt der Type bzw Bezeichnung "B\*\*\*neu", siehe dazu die Internetausdrucke, wie zu lfd Nr 43 des Verwaltungsakts abgelegt, hat bei Übungen unter umgebungsluftunabhängigen "Echt" - Bedingungen sohin einen erheblichen Kostennachteil. Bei diesem Konkurrenzprodukt gibt es allerdings gleichfalls eine Trainingsvariante, sprich ein Gerät, das bei Übungen abseits des Ernstfalls umgebungsluftabhängig betrieben werden kann.

Die Auftraggeberseite beschreibt diese Trainingsvariante in der Eingabe, lfd Nr 45.

Die Auftraggeberseite betont aber in dieser Eingabe, lfd Nr 45, weiters auch, dass beim Üben unter umgebungsluftabhängigen Bedingungen die Kosten für die Übungen nunmehr erheblich geändert werden.

Derart übereinstimmend folgende Angabe in der Verhandlung am 6.10.2011 vor dem BVA:

Antragstellerinnenvertreter: *War der primäre Grund der Festlegung eine Wirtschaftlichkeitsüberlegung?*

Der Zeuge DI S\*\*\*: *Ja*

1.12.4. Aus dem Ermittlungsverfahren und insb den Befragungen in der Verhandlung am 6.10.211 ergibt sich dabei in Übereinstimmung mit der Auftraggeberinneneingabe, lfd Nr 45, eindeutig, dass in Österreich in den letzten Jahren zwar häufig in atembarer Luft, jedoch dennoch umgebungsluftunabhängig geübt wurde, weil eben für das bisher verwendete Gerät (aus dem Konzern der Antragstellerin) kein Trainingszubehör vorhanden war.

1.13. Die Antragstellerin hat bereits auf Seite 5 ihres Nachprüfungsantrags kritisiert, dass es für sie nicht ersichtlich ist, ob nach der nunmehr angefochtenen Festlegung Langzeitemschutzgeräte angeboten werden müssen, die zwingend nicht nur umgebungsluftunabhängig funktionieren müssen, sondern allfällig auch unter Verwendung von Umgebungsluft, sohin ohne den geräteinternen Sauerstoffkreislauf.

IdZ führte der Gesamtprokurist der Antragstellerin in der Verhandlung am 6.10.2011 aus [Hervorhebungen zum Transparenzaspekt der angefochtenen Festlegung durch das BVA]:

*Im Echtbetrieb wird in einem Kreislauf geatmet. Dieser Kreislauf ist notwendig, damit das Gerät seine Kernfunktion, nämlich die Regeneration des Atemgases wahrnehmen kann. Bei einer umgebungsluftabhängigen Übung besteht dieser Kreislauf nicht. Das Atemklima des Atemgases ist unvergleichbar anders mit dem eines Atemgases im Echtbetrieb.*

*Es ändern sich objektiv die Temperatur, was subjektiv nicht 100% so gesehen werden muss; weiters der CO<sub>2</sub>-Gehalt; um das rund 40-fache des normalen CO<sub>2</sub>-Gehaltes. Das wirkt sich auf den Organismus derart aus, dass die Atemfrequenz in etwa um 40% steigt. Die Luftfeuchtigkeit ändert sich im Echtbetrieb dahin, dass bei unserem Produkt die Feuchtigkeit höher wird, bei KO<sub>2</sub>-Patronen wird die Feuchtigkeit im Echtbetrieb geringer. Den Atemwiderstand kann man meines Erachtens für den Übungsbetrieb technisch entsprechend anpassen. **Ein Übungsgerät ist für mich bisher im Verhandlungsverfahren nicht definiert worden.***

Der seitens der vergebenden Stelle maßgeblich befasste Jurist gab idZ unmittelbar nach dieser Aussage des Prokuristen der Antragstellerin in der Verhandlung am 6.10.2011 an:

*Betreffend den Übungsbetrieb wollten wir den Leistungsgegenstand gemäß Pkt. 1.4 der Unterlagen der 2. Stufe entsprechend anpassen.*

1.14. Das BVA ermittelte gleichfalls zur Frage der ausreichenden Bestimmtheit und sohin Transparenz der angefochtenen Festlegung.

1.14.1. In der Verhandlung am 6.10.2011 wurde betreffend die Frage nach der Änderungsnotwendigkeit beim Angebotsgerät der Antragstellerin für den Fall der umgebungsluftabhängigen Übung unstrittig protokolliert, dass der Umfang der Änderungen von der Definition der Änderungsnotwendigkeiten abhängen würde - Seite 4 der Niederschrift, lfd Nr 48.

1.14.2. In der Verhandlung am 6.10.2011 wurde der Leiter der X\*\*\*-Einrichtung, Herr DI S\*\*\* zeugenschaftlich einvernommen. Dieser hatte zuvor auftraggeberseitig am Vergabeverfahren mitgewirkt.

Dieser Zeuge verfasst zudem auch die jeweiligen Grundsätze für das Grubenrettungswesen iSd § 187a MinroG, deren Fassung aus 2005

auftraggeberseitig zur Definition der Leistungsanforderungen bei dieser Vergabe in die Leistungsbeschreibung aufgenommen worden sind, wobei im Verfahren hervorkam, dass nach Abschluss dieser Vergabe neue derartige Grundsätze verfasst werden sollen.

Derart wurden an diesen Zeugen folgende Fragen zum Aspekt der Transparenz der angefochtenen Festlegung gestellt und dazu folgende Antworten protokolliert:

*Über Befragen, inwieweit der Auffassung des Zeugen bei einer umgebungsluftabhängigen Übung mit Langzeitatemschutzgeräten welche Bedingungen insbesondere hinsichtlich Atemlufttemperatur, Luftfeuchtigkeit, Atemwiderstand und CO<sup>2</sup>-Gehalt vorherrschen sollten; bzw. ob diese Parameter insgesamt oder auch teilweise unerheblich für den Übungsbetrieb sind, gibt der Zeuge an:*

*Festzuhalten ist, dass wir seit Jahren einen Großteil der Übungen in atembarer Atmosphäre, d.h. mit der Umgebungsluft machen. Dies gilt sowohl für das Bundesheer als auch für die zivilen Grubenwehren. Wir verwenden dazu derzeit das A\*\*\*alt. Dazu wird das A\*\*\*alt sowie im Echtbetrieb mit geschlossenem Kreislauf betrieben, dies mangels Alternativen.*

*Nunmehr wird dem Zeugen das Protokoll über die erste Verhandlungsrunde mit der Antragstellerin vorgehalten. Dort die Seite 2 mit dem Anfechtungsgegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens.*

*Über Befragen, ob für den Zeugen, der sach- und branchenkundig ist, aus dieser Festlegung bzw. diesem angekündigten Übungsbetrieb ersichtlich ist, wie und unter welchen Bedingungen der Übungsbetrieb mit dem A\*\*\*neu-Gerät künftig stattfinden soll, der Zeuge:*

*Bei den Übungen steht nicht im Vordergrund, dass ständig im Atemschutzkreislauf geübt wird. Für mich ist das Gewicht des Atemschutzgerätes ein wesentlicher Aspekt. Ich betone, dass in den Grundsätzen für das Grubenrettungswesen aus 2005 gleichfalls keine ausdrückliche Anforderung an ein umgebungsluftunabhängiges Üben enthalten ist.*

*Über Konkretisierung, inwieweit die Atemlufttemperatur bzw. der CO<sup>2</sup>-Gehalt der Atemluft bzw. der Atemwiderstand bzw. die Atemluftfeuchtigkeit aus sachkundiger Sicht Umstände sind, die den Praxiswert einer Übung ausmachen, gibt der Zeuge an:*

*Ich möchte das in Zukunft so bewerten, dass abgestimmt mit dem Deutschen Ausschuss für das Grubenrettungswesen, das ist der Regelgeber für den Deutschen Bergbau, wir in Österreich eine umgebungsluftunabhängige Übung mit Kreislaufatemschutzgerät in der Dauer von mindestens 2 Stunden umgebungsluftunabhängig pro Geräteträger machen. Wir sind der Meinung, dass dies ausreichend ist. Es bleiben sohin 4 Übungen, und davon eine umgebungsluftunabhängig.*

*Über Befragen durch den Auftragnehmerbeisitzer, ob die Festlegung klar ist:*

*Das ist eine klare Mindestfestlegung.*

*Über Befragen durch den Auftraggeberbeisitzer, ob die Bedingungen für einen Übungsbetrieb klar definiert sind, gebe ich an, dass beim Üben insbesondere auch die Schlauchführung, die Atemmaske und die räumlichen Ausdehnungen des Gerätes in engen Räumen übungserheblich sind. Für Grubenrettungsleute ist das Atmen im geschlossenen Atmungskreislauf nach meiner Erfahrung kein relevanter Übungsaspekt.*

*Über Befragen durch den Vorsitzenden, ob es daher für die übungsrelevanten Aspekte wie Einsatztaktik, Bewegung des Trupps unter Tag, Handling der sonstigen Geräte wie Bohrmaschinen, Erste-Hilfegeräten etc. marginal ist, ob man im Atemkreislauf des Gerätes oder aus der Umgebung atmet:*

*Das Atmen unter Einschaltung des Langzeitemschutzgerätes ist insoweit ein marginaler Übungsaspekt.*

*Wenn die Maske dicht aufgesetzt ist und die Schläuche bzw. die Abmessungen und das Gewicht des Übungsgerätes sonst ident wie beim Atmen im Atemkreislauf sind, würde dies aus meiner Sicht für den Übungsbetrieb im Wesentlichen ausreichen; ich würde aber weiterhin eine umgebungsluftunabhängige Übung verlangen.*

1.14.3. Die Auftraggeberseite gesteht auf Seite 5 der Eingabe, lfd Nr 45, zu, dass beim Trainingsgerät zum Langzeitemschutzgerät, das im Echtbetrieb mit  $Ka_y^{***}$ oxid funktioniert, sohin bei einem Produkt einer maßgeblichen Konkurrenz der Antragstellerin, jedenfalls die Atemlufttemperatur ("Wärmeentwicklung") gegenüber dem Einsatz im "Ernstfall" unterschiedlich wäre. Sowohl das Gerätegewicht als auch der Atemwiderstand wären gleich.

1.15. Es steht ausweislich der vorgelegten Vergabeunterlagen und des durchgeführten Ermittlungsverfahrens fest, dass die Auftraggeberseite bislang insbesondere auch gegenüber der Antragstellerin nicht eindeutig festgelegt hat, welche Anforderungen sie künftig an die diesbezüglichen Trainingsgeräte bzw die diesbezüglichen für ein umgebungsluftabhängiges Training zu adaptierenden Langzeitemschutzgeräte stellen würde, wenn eben künftig ein maßgeblicher Teil der Übungen in Abänderung der Angaben der bereits versandten und zur Erstangebotslegung verwendeten Leistungsbeschreibung umgebungsluftabhängig erfolgen soll (- Aussagen Prokurist F\*\*\*; Antworten des Zeugen DI S\*\*\* und auch Angaben des auftraggeberseitig mit der Vergabe maßgeblich befassten ADir H\*\*\*; bzw die oben bereits wiedergegebene Aussage des Juristen vergebenden Stelle zur

Anpassung des Leistungsgegenstands - Seite 4 der Niederschrift, lfd Nr 48 des Verwaltungsakts).

Der erkennende Senat ist dabei jedenfalls auch durch das Ansehen eines Films über die österreichischen Grubenwehren, aktuell in einer Rohfassung, in dem für das gegenständliche Ermittlungsverfahren erforderlichen Ausmaß darüber im Bild, inwieweit Langzeitemschutz - Geräteträger in engen Räumen mit Langzeitemschutzgeräten auch unter Tags für den Ernstfall üben. Ein - hier vergabegegenständliches - Langzeitemschutzgerät besteht dabei jedenfalls einmal aus einem Rückengepäck vergleichbar einem im Körper steifen Rucksack, aus Schläuchen und einer Gesichtsmaske, die - zusätzlich zum Gewicht des Atemschutzgeräts - Auswirkungen auf die Beweglichkeit und Einsatzfähigkeit des Geräteträgers in engen Räumen, zB unter Tag, in Abhängigkeit von den Geräteausdehnungen haben.

## **2. Beweismittel und Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0082-BVA/08/2011, den vorgelegten Vergabeunterlagen, und insb aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung, soweit die Tatsachen nicht ohnehin gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

Der in der Verhandlung angesehene Film über eine Übung mit Langzeitemschutzgeräten ist dem Verwaltungsakt als DVD - Datenträger beigegeben.

## **3. Rechtliche Beurteilung**

### **3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Formelles**

Der Bund und die BBG sind unstrittig öffentliche Auftraggeber, die der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts gemäß §§ 3 und 291 Abs 2 BVergG 2006 unterliegen.

Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich mangels anderweitiger Angabe in diesem Bescheid auf das BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

Die Pauschalgebühren sind nach einem Verbesserungsauftrag jedenfalls im gesetzlichen Ausmaß entrichtet worden, wobei die Antragstellerin ihr diesbezügliches

Pauschalgebührenersatzbegehren betragsmäßig beim ursprünglich beehrten Ersatzbetrag beließ.

In der verfahrenseinleitenden Eingabe sind in einer Gesamtbewertung jedenfalls jene Angaben enthalten, die § 322 BVergG 2006 für eine meritorische Erledigung eines Nachprüfungsantrags voraussetzt.

Es bestehen auch sonst keine Bedenken gegen die Antragszulässigkeit.

Eine substantiierte Bestreitung der Antragslegitimation der Antragstellerin iSd § 320 Abs 1 BVergG 2006 erfolgte nicht.

### 3.2. Inhaltliche Beurteilung

3.2.1. Die angefochtene Festlegung der Reduktion der umgebungsluftunabhängigen Übungen und die Einführung von überwiegend umgebungsluftabhängigen Übungen durch die Auftraggeberseite, wie insb auch im Spruch dieses Bescheids ersichtlich, ist als Willenserklärung der Auftraggeberseite gegenüber der Antragstellerin, sohin als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase, und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd iVm sublit ii BVergG 2006 zu bewerten.

3.2.2. Die Auftraggeberseite hat gegenständlich bei der Reduktion der umgebungsluftunabhängigen Übungen mit den Langzeitemschutzgeräten und bei der Einführung umgebungsluftabhängiger Übungen gemäß den Vergabeunterlagen gegenüber allen Bietern nicht die *ihrem Sinn nach* idente Festlegung getroffen. Die Auftraggeberseite spricht insoweit gegenüber der Antragstellerin von mindestens 50 umgebungsluftunabhängigen Übungen, während sie gegenüber einer anderen Bieterin insoweit von einer voraussichtlichen Übungsanzahl spricht.

Damit hat die Auftraggeberseite den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, was aber aus nachstehenden Gründen weiter dahinstehen kann.

3.2.3. Mag die Auftraggeberseite bei dem, was sie in einem Vergabeverfahren beschaffen will, im Wesentlichen eine sehr große Freiheit über die Festlegung ihres eigenen Bedarfs haben; sohin bezogen auf die hier strittigen Langzeitemschutzgeräte *betreffend die Anzahl der Übungen bzw in welchem Ausmaß diese Übungen umgebungsluftabhängig oder umgebungsluftunabhängig durchgeführt werden*, so hat sie dennoch bei jedwedem Vergabeverfahren insb auch

beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend künftige Lieferaufträge gleichbehandelnd, nicht diskriminierend und insb transparent vorgehen.

3.2.3.1. Art 2 der RL 2004/18/EG lautet insoweit:

Artikel 2

**Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen**

Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.

3.2.3.2. § 19 Abs 1 BVergG 2006 lautet insoweit:

**Grundsätze des Vergabeverfahrens**

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

3.2.3.3. Betreffend die Anforderungen an die künftig umgebungsluftabhängig angestrebten Übungen ist für die Auftraggeberseite auch noch der § 96 Abs 1, 2, 5 und 6 BVergG 2006 einschlägig, der betreffend Leistungsbeschreibungen den Transparenzgrundsatz der allgemeinen Vergabegrundsätze nochmals konkretisiert; und der *ratione legis* jedenfalls auch für Festlegungen in der Verhandlungsphase gilt, mit denen der Leistungsgegenstand gemäß vorangehenden Auftraggeberfestlegungen geändert wird.

Die insoweit interessierenden Bestimmungen lauten:

**Grundsätze der Leistungsbeschreibung**

§ 96. (1) Die Leistungen sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen.

(2) Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung haben die technischen Spezifikationen gemäß § 98 das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Aus der Beschreibung der Leistung müssen sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht soweit erkennbar sein, dass die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf die vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungs- oder Funktionsanforderungen gewährleistet ist. Leistungs- und Funktionsanforderungen müssen so ausreichend präzisiert werden, dass sie den Bewerbern und Bieter eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Vergabe des Auftrages ermöglichen. Eine funktionale Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten sowie Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen, soweit diese beim Auftraggeber vorhanden sind.

[...]

(5) Bei der Erstellung der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung sind auch mit der Leistung in Zusammenhang stehende allfällige zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren (zB Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, erforderliche Ersatzteil-Lagerhaltung, Entsorgung) aufzunehmen, falls deren Kosten ein Zuschlagskriterium bilden.

(6) In der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung sind alle Umstände anzuführen (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.

3.2.4. Das Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot jeweils nach §19 Abs 1 BVergG 2006 verlangen unionsrechtskonform und übereinstimmend mit den gerade wiedergegebenen Bestimmungen des § 96 BVergG 2006 ein transparentes Vorgehen iSd Art 2 der RL 2004/18/EG, womit ein vergaberechtsgebundener Auftraggeber seine Vergabefestlegungen derart zu treffen hat, dass für die leistungsinteressierten Unternehmer objektiv klar ersichtlich ist, nach welchen Vorgaben ein Auftraggeber in einem bestimmten Vergabeverfahren in einer bestimmten Vergabeverfahrensphase jeweils weiter voranschreiten will; und was der Auftraggeber konkret beschaffen will.

3.2.5. Wenn daher die Auftraggeberseite selbst insb durch ihre in der Verhandlung am 6.10.2011 anwesenden Beweispersonen einerseits die geringere Bedeutung des Atmens unter Echtbedingungen betont und vielmehr hervorstreicht, dass es auf die Abmessungen des Geräts etc ankommt (Aussagen DI S\*\*\* und ADir H\*\*\*), aber andererseits gleichzeitig betont, dass beim relevanten Konkurrenzprodukt zum Produkt zur Antragstellerin bei dem dort verfügbaren, umgebungsluftabhängig betriebenen Übungsgerät bis auf die Atemlufttemperatur ("Wärmeentwicklung") die Übungsbedingungen im wesentlichen dem umgebungsluftunabhängigen Echteinsatz entsprechen (- Eingabe lfd Nr 45 des Verwaltungsakts), ist erwiesen, dass die Auftraggeberseite nicht eindeutig im Sinne der gebotenen Transparenz festgelegt hat, welche Anforderungen an ein Gerät beim umgebungsluftabhängigen Üben bestehen.

Erst wenn die umgebungsluftabhängigen Übungsbedingungen auftraggeberseitig festgelegt worden sind, kann beurteilt werden, ob der Leistungsgegenstand während des Verhandlungsverfahrens unzulässig oder noch zulässig geändert worden ist.

Mit der nunmehrigen Festlegung ist eben nicht ersichtlich, in welcher Weise die Bieter(-innen) ihr Angebot in Hinblick auf die umgebungsluftabhängigen Übungen adaptieren können bzw müssen, um den geänderten Ausschreibungsbedingungen entsprechen zu können.

Diese Rechtswidrigkeit der fehlenden Transparenz der angefochtenen Festlegung gemäß §§ 19 Abs 1 und 96 iVm § 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 ist wesentlich iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 für den Vergabeverfahrensausgang und damit kassationstragend, da ein Bieter und insb die Antragstellerin bislang nicht wissen kann, was nunmehr konkret anzubieten ist.

3.3. Die Antragstellerin hat ursprünglich 2.490,00 Euro und danach - über Verbesserungsauftrag gemäß § 322 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 - weitere 136,50 Euro an Pauschalgebühren an das BVA bezahlt.

Dies entspricht den aktuellen Gebührensätzen gemäß Kundmachung des Bundeskanzlers in BGBl II 2011/281, zumal die Rundungsvorschrift in § 318 Abs 1 Z 2 letzter Satz BVergG 2006 nach Senatsauffassung die Gebührenbetragsrundung (nur) durch den Bundeskanzler gelegentlich der Gebührenvalorisierung in einer entsprechenden Kundmachung gemäß § 318 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 vorsieht, nicht jedoch eine nachmalige Gebührenrundung im Gesetzesvollzug durch das BVA.

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung zur besagten Rundungsvorschrift bedurften in diesem Pauschalgebührenersatzverfahren weitergehende Fragestellungen iZm der (hinreichenden) Bestimmtheit des vom Vertreter des Senatsvorsitzenden gelegentlich der Verfahrenseinleitung erteilten Gebühren - Verbesserungsauftrags keiner weiteren Erörterung.

Aus § 74 Abs 2 AVG ergibt sich nunmehr, dass der Pauschalgebührenersatz zu beantragen ist.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungs- und eV - Begehren obsiegt; und daher dem Grunde nach einen Pauschalgebührenersatzanspruch gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006.

Ob der Antragsbindung beim Pauschalgebührenersatz waren jedoch trotz Entrichtung von insgesamt 2626,50 Euro an das BVA lediglich 2.490,00 Euro an Pauschalgebührenersatz aufzuerlegen.

Wien, am 13.10.2011  
Der Vorsitzende des Senats 8  
OR Mag Reinhard Grasböck