

TE Bvwg Erkenntnis 2020/8/3 W187 2230981-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.08.2020

Entscheidungsdatum

03.08.2020

Norm

AVG §17
BVerG 2018 §114 Abs8
BVerG 2018 §125
BVerG 2018 §141 Abs1 Z7
BVerG 2018 §2 Z15
BVerG 2018 §2 Z5
BVerG 2018 §20 Abs1
BVerG 2018 §327
BVerG 2018 §328 Abs1
BVerG 2018 §333
BVerG 2018 §334
BVerG 2018 §342 Abs1
BVerG 2018 §342 Abs2
BVerG 2018 §344
BVerG 2018 §347 Abs1
BVerG 2018 §4 Abs1 Z2
BVerG 2018 §6
BVerG 2018 §88 Abs2
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §21
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W187 2230981-2/53E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, DI Dr. Heinz STIEFELMEYER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter

der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA , vertreten durch die Buchberger Etmayer Rechtsanwälte GmbH, Porzellangasse 51, 1090 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „?CT Gerät, GZ: TUG_OVV012020“ der Auftraggeberin Technische Universität Graz, Rechbauerstraße 12, 8010 Graz, vom 14. Mai 2020 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 3. Juli 2020 zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag der AAAA , das Bundesverwaltungsgericht möge, „die am 4. Mai 2020 elektronisch bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären“, statt.

Das Bundesverwaltungsgericht erklärt die Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren ?CT Gerät, GZ: TUG_OVV012020“ der Auftraggeberin Technische Universität Graz gemäß § 347 Abs 1 BVergG 2018 für nichtig.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 14. Mai 2020 beantragte die AAAA , vertreten durch die Buchberger Etmayer Rechtsanwälte GmbH, Porzellangasse 51, 1090 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Akteneinsicht, die Ausnahme von der Akteneinsicht in das eigene Angebot, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren „?CT Gerät, GZ: TUG_OVV012020“ der Auftraggeberin Technische Universität Graz, Rechbauerstraße 12, 8010 Graz.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts, Angaben zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, der Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung, und Angaben zur Rechtzeitigkeit gibt die Antragstellerin an, sich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf eine Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Transparenz im Vergabeverfahren und Sicherstellung eines fairen Bieterwettbewerbs durch Festlegung von LAFO-Bedingungen, die vergleichbare Angebote ermöglichen, in ihrem Recht auf gesetzeskonforme, vollständige und transparente Angebotsprüfung (inkl. ausreichender Dokumentation), in ihrem Recht auf Unterbleiben einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines – wegen Nichterfüllung des technischen Zusatzkriteriums „40-fach Objektiv“ – auszuscheidenden Angebotes der BBBB , in ihrem Recht auf Unterbleiben einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines – wegen unzureichender technischer Leistungsfähigkeit – auszuscheidenden Angebotes der BBBB , in ihrem Recht auf Unterbleiben einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines – aufgrund des unplausibel hohen Kooperationsnachlasses und damit nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises – auszuscheidenden Angebotes der BBBB , in ihrem Recht auf eine abschließende Prüfung der Angebote vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung in vollständiger und vergaberechtskonformer Weise, insbesondere Prüfung der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vollständig vorzulegenden Eignungsnachweise sowie Durchführung einer gebotenen vertieften Angebotsprüfung bei auffallend hohen und sachlich nicht nachvollziehbaren (sachfremden) Kooperationsnachlässen, in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Durchführung und Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt zu erachten. Der Schaden bestehe im Verlust des Auftrags und des Gewinns sowie dem Verlust eines Referenzprojekts für zukünftige Ausschreibungen. Das Interesse am Vertragsabschluss habe die Antragstellerin durch Teilnahme die Angebotslegung, die Teilnahme an den Verhandlungsrunden und durch die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung dargetan.

1.2 Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung gibt sie im Wesentlichen an, dass die Auftraggeberin entgegen § 88 Abs 2 letzter Satz BVergG 2018 den verbliebenen Bietern unterschiedliche Bedingungen für das „last and final offer“ (Letztangebot) vorgegeben habe, oder soweit die für das LAFO der Antragstellerin festgelegten Zusatzanforderungen auch für die BBBB festgelegt worden sein sollten, vergaberechtswidrig nicht berücksichtigt habe, dass das Angebot der BBBB nicht sämtliche mit der zweiten

Verhandlungsrunde insgesamt festgelegte Zusatzanforderungen erfülle (wie insbesondere das technische Zusatzkriterium „40-fach Objektiv“), welche gemäß Aufforderung zur Legung des „last and final offer“ als zusätzliche Ausschreibungskriterien gälten, die Auftraggeberin die technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angenommen habe, obwohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin die drei erforderlichen Referenzprojekte nicht vorweisen könne und deshalb auszuschneiden gewesen wäre, die Auftraggeberin trotz eines nicht nachvollziehbaren, sachfremden und spekulativen Kooperationsnachlass des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 137 BVergG 2018 durchgeführt habe.

1.3 Unterschiedliche Bedingungen für das LAFO führten dazu, dass die auf dieser Basis gelegten Angebote nicht vergleichbar seien und der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verletzt sei. Der Auftraggeber sei verpflichtet, allen Bietern die gleichen Bedingungen für das LAFO zu Grunde zu legen. Die Vergleichbarkeit von Letztangeboten liege jedoch nicht vor, wenn Bieter jeweils auf Basis der mit ihnen geführten Verhandlungen zur Legung von Letztangeboten aufgefordert würden. Die Antragstellerin sei aufgefordert worden, auf Basis der zweiten Verhandlungsrunde und der veröffentlichten Ausschreibungsunterlagen ihr Letztangebot abzugeben. In den mit dieser Aufforderung an die Antragstellerin übermittelten Ausschreibungsunterlagen zum „last and final offer“ selbst sei jedoch keine einzige der in den Verhandlungsrunden festgelegten Zusatzanforderungen der Auftraggeberin (aus den Verhandlungen mit der Antragstellerin) abgebildet worden, die LAFO-Ausschreibungsunterlagen seien im Vergleich zu den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen im Wesentlichen unverändert geblieben. Erst mit der Zuschlagsentscheidung sei für die Antragstellerin ersichtlich gewesen, dass neben ihr offenbar auch eine zweite Bieterin zur Letztangebotslegung aufgefordert worden sei. Es sei nicht davon auszugehen, dass dieser Aufforderung zur Letztangebotslegung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auch dieselben Zusatzanforderungen wie der Antragstellerin zugrunde gelegt worden seien. Vielmehr liege der im Nachprüfungsverfahren zu überprüfende Schluss nahe, dass die Auftraggeberin die verbleibenden Bieter auf Basis völlig unterschiedlicher Bedingungen zur Letztangebotslegung aufgefordert habe. Damit hätte sie jedoch gegen § 88 Abs 2 letzter Satz BVergG 2018 verstoßen, da die Vergleichbarkeit der eingelangten Letztangebote nicht mehr gegeben sei. Daher sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

1.4 Sei die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zu denselben LAFO-Bedingungen wie die Antragstellerin zur Legung eines Letztangebots aufgefordert worden, sie das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aufgrund der Nichterfüllung der in den Verhandlungsrunden mit der Antragstellerin festgelegten Zusatzanforderungen auszuschneiden gewesen, da nur die Antragstellerin – nach ihrer Markttkenntnis – diese anbieten könne. Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig.

1.5 Nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin könne die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die in Punkt 5.3.2. der Ausschreibungsunterlage geforderten drei Referenzprojekte nicht nachweisen. In dem Schreiben vom 13. Mai 2020 habe die Auftraggeberin ausgeführt, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sie zur Geheimhaltung der nicht veröffentlichten Spezifikationen 2. Generation des „XXXX“ Gerätes aufgefordert habe. Nach der Markttkenntnis der Antragstellerin sei davon auszugehen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die drei vergleichbaren Referenzprojekte nicht nachweisen könne. Wie der Antragstellerin bekannt sei, sei die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in einem Österreichischen Vergabeverfahren mit einem sehr ähnlichen Leistungsgegenstand auszuschneiden gewesen, weil sie die dort geforderten drei vergleichbaren Referenzprojekte nicht habe nachweisen können. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei daher mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden.

1.6 Nach den Auskünften der Auftraggeberin habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin einen spekulativ überhöhten Nachlass für eine Option auf Entwicklungszusammenarbeit angeboten, der iSd § 137 Abs 2 Z 3 BVergG 2018 zumindest begründete Zweifel an der Angemessenheit dieses Nachlasses hervorrufen hätte müssen und zu einer vertieften Angebotsprüfung hätte führen müssen. Daher erweise sich die Angebotsprüfung als nicht abgeschlossen und die Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig.

2. Mit Schriftsatz vom 20. Mai 2020 erhob die BBBB, vertreten durch die Ankershofen Goëss Hinteregger Rechtsanwälte OG, Plankengasse 7, 1010 Wien, in der Folge in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, begründete Einwendungen und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Darin führt sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass keine von den ursprünglichen Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien abweichende Zusatzanforderungen, auch nicht technischer Natur, festgelegt worden seien. Das

technische Anforderungsprofil sei bis zum Schluss ident geblieben. In den Verhandlungsgesprächen seien lediglich die Kompatibilität der zu liefernden Gerät mit dem Leistungsverzeichnis der Auftraggeberin erörtert worden, ohne dabei jedoch die Kriterien und das Anforderungsprofil der Auftraggeberin zu ändern. Die Auftraggeberin habe darauf hingewiesen, dass Änderungen die das Leistungsverzeichnis betreffen, allen Verfahrensteilnehmern bekannt gegeben werden müssten. Gemäß § 88 Abs 2 BVergG 2018 werde lediglich gefordert, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt werden müsse. Es genüge die objektive Vergleichbarkeit der Angebote. Die Angebote müssten lediglich den Anforderungen der Ausschreibung genügen, um einen objektiven Vergleich zu ermöglichen. Dies sei erfüllt. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erfülle mit all ihren Angeboten sämtliche technischen Anforderungen gemäß der Ausschreibung. Woher die Antragstellerin ihre Marktkennntnis beziehe, sei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht nachvollziehbar. Es bezögen sich technische Errungenschaften und Leistungsfähigkeiten auf Geschäftsgeheimnisse. Die Unkenntnis der Antragstellerin über die konkreten technischen Parameter der Produkte der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin führten nicht zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Bezüglich der Referenzen fehle substantiiertes Vorbringen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe im Jahr 2020 an keiner weiteren Ausschreibung teilgenommen. Sie habe die Referenzen nachweisen können. Der Behauptung eines spekulativ überhöhten Nachlasses liege eine bloße Vermutung zugrunde. Das Angebot sei lege artis kalkuliert worden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge den Nachprüfungsantrag mangels Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als unzulässig zurückweisen bzw abweisen, den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren als unzulässig zurückweisen bzw abweisen, die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sicherstellen und dies auch bei der Gewährung von Akteneinsicht berücksichtigen. Obwohl der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin keine Parteistellung im Verfahren einer Erlassung einer einstweiligen Verfügung zukomme, regt sie an, auch den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Antragstellerin als unzulässig zurück- bzw abzuweisen, zumal bereits der Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unbegründet und unzulässig sei.

3 Am 20. Mai 2020 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und erteilte allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

4. Am 20. Mai 2020 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Nach der Darstellung des Ablaufs des Vergabeverfahrens führt sie im Wesentlichen aus, dass beiden Bieter in der zweiten Verhandlungsrunde mitgeteilt worden sei, dass die Bewertung der endgültigen Angebote auf Basis der in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen bekanntgegebenen Bewertungs- und Zuschlagskriterien durchgeführt werde. Es seien zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens zusätzliche oder von den bekanntgegebenen Bewertungs- und Zuschlagskriterien abweichende Kriterien für die Vergabe festgelegt worden. Die von der Antragstellerin vorgebrachten in der zweiten Verhandlungsrunde besprochenen Wünsche und Vorstellungen der Auftraggeberin hätten sich nicht in der Punktebewertung niedergeschlagen und untermauerten die Annahme, dass die Bieter bewusst ein Angebot abgegeben hätten, das weit über den Mindestkriterien liege. Die von der Antragstellerin behaupteten unterschiedlichen Bedingungen seien lediglich durch die in den Verhandlungsrunden besprochenen Optimierungen erklärbar, die aber kein Mindestanfordernis für das abzugeben endgültige Angebot dargestellt hätten. Die von der Antragstellerin erwähnten Zusatzkriterien stellten kein zusätzliches Mindest- oder Bewertungskriterium, sondern lediglich eine in der Verhandlung besprochenen Optimierung dar. Die Zuschlagsentscheidung beruhe auf den Bewertungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung, weshalb der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht verletzt sei. Die Behauptung, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Referenzen nicht habe nachweisen können, sei unrichtig. Die Prüfung der Preise der Angebote habe die aufgrund der Markterkundung zu erwartenden Preise ergeben. Ein Anlass für eine vertiefte Angebotsprüfung sei auch deshalb nicht vorgelegen, weil die abgegebenen Nettopreise sowie die Summe der in Abzug gebrachten unterschiedlichen Nachlässe einen ähnlichen Wert aufwiesen. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtskonform getroffen worden. Aus Sicht der Auftraggeberin könne eine mündliche Verhandlung entfallen, weil bereits aus der Aktenlage ersichtlich sei, dass die Zuschlagsentscheidung rechtmäßig sei. Die Auftraggeberin beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge den Nachprüfungsantrag abweisen, die Zuschlagsentscheidung für rechtswirksam erklären, Akteneinsicht nur in nicht vertrauliche Teile der Unterlagen gewähren, die Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Ersatz der Pauschalgebühr abweisen.

5. Am 22. Mai 2020 erließ das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W187 2230981-1/3E eine einstweilige Verfügung. Darin untersagte es der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

6. Mit E-Mail vom 28. Mai 2020 beantragte die Antragstellerin die Übermittlung des Videomitschnitts der ersten Verhandlungsrunde.

7. Mit Schriftsatz vom 2. Juni 2020 erstattete die Antragstellerin eine replizierende Stellungnahme. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin den entscheidungsrelevanten Sachverhalt, insbesondere „Verhandlungsrunde 1“, „Verhandlungsrunde 2“, und die Aufforderung zur Legung des LAFO „Endgültiges Angebot“ nur pauschal und überdies zum Teil auch unzutreffend wiedergebe.

7.1 In der ersten Verhandlungsrunde habe die Auftraggeberin darauf abgezielt, zusätzliche technische Anforderungen durchzusetzen, die deutlich über die zunächst ausgeschriebenen und mit dem Erstangebot angebotenen Spezifikationen hinausgingen und – für alle Beteiligten ersichtlich- mit deutlichen, für die Antragstellerin nachteiligen, Preiserhöhungen verbunden gewesen seien. Dass diese zusätzlichen Anforderungen nicht als unverbindliche Wünsche der Antragsgegnerin, sondern als zusätzliche technische Spezifikationen zu verstehen gewesen seien, zeige sich an mehreren Stellen des ersten Verhandlungsprotokolls. Die Auftraggeberin habe dies zustimmend zur Kenntnis genommen; nach Abschluss der Verhandlungen hätten beide Parteien bestätigt, dass keine offenen Fragen bestünden. Wie selbst die Auftraggeberin zutreffend in ihrer Stellungnahme bestätige, seien die Bieter aufgefordert worden, die Zweitangebote auch „auf Basis des Verhandelten“ zu legen.

7.2 Auch in der zweiten Verhandlungsrunde habe die Auftraggeberin nicht nur darauf abgezielt, das µCT Gerät zu verhandeln, sondern zusätzliche technische Spezifikationen durchzusetzen, die deutlich über die zunächst ausgeschriebenen hinausgingen. So würde die geforderte Workstation doppelt so viel kosten wie die ausgeschriebene. Die Auftraggeberin stelle außer Streit, dass sich die festgelegten Bewertungs- und Zuschlagskriterien nicht geändert hätten. Sie verkenne jedoch, dass die von ihr im Zuge der Verhandlung festgelegten zusätzlichen technischen Anforderungen nicht als Bewertungs- und Zuschlagskriterien, sondern als zusätzliche technische Spezifikationen zu verstehen seien, deren Berücksichtigung im Letztangebot der Antragstellerin zwingend erforderlich seien, da andernfalls ihr Letztangebot gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuschneiden gewesen sei.

7.3 Die Bieter seien aufgefordert worden, das Letztangebot auf Basis der zweiten Verhandlungsrunde und der veröffentlichten Ausschreibungsunterlagen abzugeben. Die Auftraggeberin habe in der Stellungnahme fälschlicherweise das unzutreffende Bewertungsergebnis aus dem zunächst mit der Zuschlagsentscheidung kommunizierten fehlerhaften Bewertungsblatt angegeben. Anzumerken sei, dass die Bewertung im Ergebnis ausschließlich über den Preis erfolgt sei.

7.4 Die Festlegungen und Erklärungen der Antragsgegnerin in den zwei Verhandlungsrunden gegenüber der Antragstellerin hätten von einem objektiven und sachkundigen Erklärungs-empfänger als Festlegung von zusätzlichen technischen Spezifikationen verstanden werden müssen. Mit der schriftlichen Aufforderung zur Legung eines Letztangebotes „auf Basis der 2. Verhandlungsrunde“ seien die in den Verhandlungsrunden vereinbarten (und in den Verhandlungsprotokollen dokumentierten) „Änderungswünsche“ der Antragsgegnerin zu verbindlichen Zusatzanforderungen für das Letztangebot der Antragstellerin geworden. Da die zweite Verhandlungsrunde ausdrücklich auf den Verhandlungsergebnissen der ersten Verhandlungsrunde basiert habe und diese im Zwischenangebot entsprechend abgebildet worden sei, welches wiederum Grundlage für die zweite Verhandlungsrunde gewesen sei, seien die im ersten Verhandlungsprotokoll verschriftlichten Verhandlungsergebnisse und Zusatzanforderungen ebenfalls verbindliche Basis für die Legung eines Letztangebots durch die Antragstellerin gewesen. Würden in den Verhandlungsrunden zusätzliche technische Spezifikation festgelegt, müsse der Bieter diese im Letztangebot einhalten, da andernfalls sein Angebot gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuschneiden sei. Die Auftraggeberin habe folgende vier zusätzliche Ausstattungsmerkmale „ausverhandelt“: „ XXXX “, „ XXXX “, Workstation speziell für Software „ XXXX , Deep Learning Module“ und Vorbereitung des XXXX für die Verwendung mit der In-Situ Stage. Die Antragstellerin habe diese zusätzlich geforderten technischen Anforderungen im Letztangebot berücksichtigt. Zusätzlich zum Letztangebot habe die Antragstellerin ein „Preisinformation“ abgegeben, die eine Konfiguration des µCT Geräts enthalte, die alle Anforderungen des Leistungsverzeichnisses und alle Bewertungskriterien der Ausschreibung mit maximaler Punkteanzahl voll erfülle. Der angeführte Nettopreis für diese Konfiguration liege bei € 767.700 statt € 1.261.500.

7.5 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin stelle in Stellungnahme klar, dass die Auftraggeberin für sie keine zusätzlichen technischen Spezifikationen festgelegt habe. Daraus ergebe sich, dass die Auftraggeberin die Bieter auf Basis völlig unterschiedlicher technischer Bedingungen zur Letztangebotslegung aufgefordert habe. Damit hätte sie jedoch gegen § 88 Abs 2 letzter Satz BVergG 2018 verstoßen, da die Vergleichbarkeit der eingelangten Letztangebote nicht mehr gegeben sei. Aus diesem Grund sei auch die angefochtene Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig zu qualifizieren, da ihr eine Bewertung von nicht vergleichbaren Angeboten zu Grunde liege. Sollte sich jedoch im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens wider Erwarten und entgegen dem Vorbringen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin herausstellen, dass der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ebenfalls zusätzliche technische Anforderungen für das Letztangebot vorgeschrieben worden seien, die sich von den Zusatzanforderungen für die Antragstellerin unterschieden, würde das Gleiche gelten. Sollte sich jedoch im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens wider Erwarten und entgegen dem Vorbringen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin herausstellen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zu den selben Bedingungen für das Letztangebot wie die Antragstellerin zur Legung eines Letztangebotes aufgefordert worden sein sollte, wäre das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bereits aufgrund der Nichterfüllung der in den Verhandlungsrunden mit der Antragstellerin festgelegten Zusatzanforderungen auszuschneiden gewesen.

7.6 Doch selbst wenn man die in den Verhandlungsrunden geäußerten „Änderungswünsche“ der Antragsgegnerin nach ihrem objektiven Erklärungswert als unverbindlich für das Letztangebot beurteilen wollte, müsste die Verhandlungsführung durch die Antragsgegnerin als ein Verstoß gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz beurteilt werden, der die anschließende Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit behaftete. Die geäußerten „Änderungswünsche“ der Auftraggeberin hätten einen stark preistreibenden Effekt auf den Gesamtpreis im Letztangebot der Antragstellerin gehabt. Daher hätte die Antragsgegnerin – selbst bei der unzutreffenden Interpretation, dass ihre „Änderungswünsche“ als unverbindlich für das Letztangebot zu qualifizieren wären – die zwei verbleibenden Bieter ungleich behandelt. Die Antragstellerin hält ihren Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung aufrecht.

8. Mit Schriftsatz vom 2. Juni 2020 nahm die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Verbesserung und Optimierung des gestellten Angebots ausdrückliches Ziel der Verhandlungen sei. Dem Auftraggeber stehe ein Verhandlungsspielraum in Bezug auf den Inhalt des Leistungsvertrags zu. Es seien zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens, zusätzliche oder von den bekanntgegebenen Bewertungs- und Zuschlagskriterien abweichende Kriterien für die Vergabe festgelegt worden. Die behauptete Rechtswidrigkeit der Antragstellerin begründe sich allein auf unrichtigen Mutmaßungen, welche weder substantiiert noch irgendwie belegbar seien, etwa das Vorbringen betreffend die Referenzen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Das Anbieten eines spekulativ überhöhten Nachlasses sei eine reine Vermutung und nicht belegbar. Das Vorbringen der Antragstellerin könne mit Unterlagen der Auftraggeberin widerlegt werden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt, wegen der Möglichkeit der Entscheidung aufgrund der Aktenlage von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abzusehen.

9. Mit Schreiben vom 9. Juni 2020, beim Bundesverwaltungsgericht am 10. Juni 2020 eingelangt, nahm die Auftraggeberin Stellung. In den Verhandlungen sei eine Optimierung der Leistung für die Auftraggeberin angestrebt worden. Es seien keine zusätzlichen technischen Spezifikationen hinzugefügt worden, sondern lediglich eine optimale Konfiguration der µCT Gerätschaften angestrebt worden. Es seien keine anderen Bewertungskriterien als die in der Ausschreibung bekanntgegebenen herangezogen worden.

9.1 Die Auftraggeberin habe in der ersten Verhandlungsrunde keine zusätzlichen preistreibenden Forderungen aufgestellt, sondern versucht, das Angebot für sich technisch und preislich zu optimieren.

9.2 Einige von der Antragstellerin zitierte Passagen seien unvollständig und aus dem Zusammenhang wiedergegeben worden. Die Bestätigung mit „ok“ und „jawohl“ durch die Auftraggeberin sei nicht als Festlegung einer zusätzlichen Forderung, sondern als Zeichen zu verstehen gewesen, dass die Auftraggeberin die Erklärung verstanden habe.

9.3 Die Zuschlagsentscheidung sei rechtskonform getroffen worden, weil sie sich nur auf die Bekanntgegebenen Kriterien stütze.

9.4 Eine mündliche Verhandlung werde keine zusätzlichen Erkenntnisse bringen. Die Auftraggeberin beantragt daher, von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abzusehen. Im Übrigen hält die Auftraggeberin ihre Anträge aufrecht und macht Ausführungen zur Akteneinsicht.

10. Mit Schriftsatz vom 12. Juni 2020 nahm die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erneut Stellung.

10.1 Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass es nicht nachvollziehbar sei, weshalb sich aus dem Wortlaut „auf Basis der 2. Verhandlungsrunde“ für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt eine Änderung der Mindestanforderungen ergeben solle und dies noch in einer das Gleichbehandlungsgebot verletzenden Art und Weise. Im Gegenteil: der objektive Erklärungswert ergebe eindeutig, dass nun ein Letztanbot entsprechend den bekanntgegebenen Bewertungs- und Zuschlagskriterien unter Berücksichtigung der bisher geführten Verhandlungen zu stellen sei. Dass die Verhandlungsrunden eine Bedeutung hätten, führe wohl noch nicht zu einer Änderung der Mindestanforderungen, andernfalls Verhandlungsrunden an sich unzulässig wären. Dies habe auch der Antragstellerin – die wohl nicht zum ersten Mal an einem Vergabeverfahren teilnehme – vollkommen bewusst sein müssen. Es handle sich um eine Fehleinschätzung der Antragstellerin. Sie versuche nun scheinbar, diese Fehleinschätzung nachträglich zu korrigieren und/oder sich überhaupt über den Nachprüfungsantrag eine „2. Chance“ zu verschaffen, da sie ihr Letztanbot nicht lukrativ genug gestaltet und sich somit bei Legung des Letztangebots „verspekuliert“ habe.

10.2 Richtig ist, dass keine zusätzlichen technischen Spezifikationen seitens der Auftraggeberin festgelegt worden seien, welche neue Mindestanforderungen darstellten. Dies sei auch gegenüber der Antragstellerin – entgegen deren Vorbringen – nicht erfolgt. Selbstverständlich sei im Verhandlungsverfahren auch mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im zulässigen Rahmen verhandelt worden. Dies habe letztlich auch dazu, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihr Letztanbot gegenüber dem vorherigen Anbot verbessert habe. Festzuhalten bleibe somit, dass zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens zusätzliche oder von den bekanntgegebenen Bewertungs- und Zuschlagskriterien abweichende Kriterien für die Vergabe festgelegt worden seien. Vielmehr sei beiden Bietern zu jeder Zeit aufgrund des objektiven Erklärungswerts sämtlicher Unterlagen bewusst gewesen, dass die endgültige Bewertung der Angebote, übereinstimmend mit § 114 Abs 1 BVergG 2018, auf Basis der bekanntgegebenen Bewertungs- und Zuschlagskriterien erfolgen werde.

10.3 Die Antragstellerin spricht sich gegen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wegen der Gefahr des Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aus und hält ihre bisherigen Anträge aufrecht.

11. Mit Schriftsatz vom 15. Juni 2020 beantragte die Antragstellerin die Vertagung der für 25. Juni 2020 anberaumten mündlichen Verhandlung und eine Anberaumung am dem 30. Juni 2020.

12. Mit Schriftsatz vom 17. Juni 2020 teilte die Auftraggeberin die Bevollmächtigung von Vertretern für die mündliche Verhandlung mit.

13. Mit Schriftsatz vom 19. Juni 2020 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Aussagen der Auftraggeberin in den Verhandlungsrunden iVm der Einladung der Antragstellerin zur Legung eines Letztangebotes „auf Basis“ der Verhandlungen von einem objektiven und sachkundigen Erklärungsempfänger als verbindliche Festlegung von zusätzlichen technischen Spezifikationen verstanden werden müssen haben.

13.1 Nicht nur aus dem Mitschnitt der zweiten Verhandlungsrunde ergebe sich deutlich, dass die Auftraggeberin zusätzliche technische Anforderungen für die Antragstellerin verbindlich festgelegt habe. Noch deutlicher ergebe sich dies aus dem Mitschnitt der ersten Verhandlungsrunde. Die Antragstellerin stellt Mitschnitte daraus dar. Die Ermittlung des objektiven Erklärungswerts der Festlegungen und Erklärungen der Vertreter der Auftraggeberin in der ersten Verhandlungsrunde könne nur Folgendes ergeben: Die Antragsgegnerin habe von der Antragstellerin zusätzliche technische Anforderungen verlangt (XXXX , XXXX und Modifikation des XXXX Systems für die Verwendung der In-Situ Stage), die bei der weiteren Angebotslegung zwingend zu berücksichtigen gewesen seien.

13.2 Die Auftraggeberin moniere, dass die Antragstellerin im Letztangebot teurere Leistungen angeboten habe, als gefordert. Dem sei zu entgegnen, dass die Antragstellerin vielmehr gerade deshalb teurere Leistungen angeboten habe, weil die Auftraggeberin für die Antragstellerin preistreibende, technische Zusatzanforderungen verbindlich festgelegt habe. Wie aus der mit dem Letztangebot eingereichten „Preisinformation“ ersichtlich, bewirkten die verbindlichen technischen Zusatzanforderungen eine Preissteigerung iHv € 493.800. Diese Vorgaben hätten daher

keinesfalls als eine unverbindliche „Optimierung der Leistung“ verstanden werden können. Die Auftraggeberin bringe ferner vor, dass es sie gewesen wäre, die auf Einsparungspotenziale hingewiesen habe, und versuche dies mit Zitaten aus dem ersten Verhandlungsprotokoll zu belegen. So werde wiedergegeben: „... AAAA fragt ob dadurch auch das angebotene Training für die Software entfällt. TU Graz bestätigt das...“. Hierzu sei festzuhalten, dass ein Training bzw Schulung weder im Leistungsverzeichnis noch in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen erwähnt bzw gefordert werde. Das Anbieten einer Schulung sei vielmehr als (sinnvolles) Entgegenkommen der Antragstellerin zu verstehen gewesen, weshalb ein „Streichen“ des Trainings nicht als Entgegenkommen seitens der Antragsgegnerin zu werten sei. Die Auftraggeberin gebe ein Zitat aus dem ersten Verhandlungsprotokoll wieder, das darlegen solle, dass sie im Gegenzug für die Forderung eines XXXX auf Einsparungsmöglichkeiten beim XXXX hingewiesen habe. Bereits mit diesem Zitat gestehe die Antragsgegnerin jedoch selbst zu, dass sie in der Verhandlung das XXXX und das XXXX ausdrücklich für die weiteren Angebote der Antragstellerin gefordert habe. Die Auftraggeberin bringe- in unzutreffender Weise - vor, dass sie die High-End-Workstation nicht als verbindliche zusätzliche technische Spezifikation festgelegt hätte. Wie bereits in der ersten Replizierenden Stellungnahme der Antragstellerin dargelegt, stelle die Auftraggeberin jedoch in der zweiten Verhandlungsrunde die verbindliche Zusatzanforderung einer High-End-Workstation, obwohl die von der Antragstellerin mit dem Erstangebot angebotene Workstation den vorgegebenen technischen Spezifikationen laut Leistungsverzeichnis entsprochen habe. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin hätten deren Vertreter in der zweiten Verhandlungsrunde mit der Antwort „Jawohl“ nicht nur zu verstehen gegeben, dass sie die Erklärungen der Antragstellerin akustisch oder inhaltlich verstanden hätten. Vielmehr hätten die Vertreter der Auftraggeberin auf die Zusammenfassung des Verhandlungsergebnisses durch die mit dem Ausspruch „Jawohl“ bestätigt, dass die High-End-Workstation nunmehr gefordert gewesen sei. Zusammenfassend sei somit festzuhalten, dass die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 10. Juni 2020 nicht darzulegen vermöge, dass für die Antragstellerin keine zusätzlichen technischen Spezifikationen verbindlich festgelegt worden seien. Auch das pauschale Vorbringen hinsichtlich der unveränderten Bewertungskriterien der Stellungnahme stelle keine substantiierte Replik zum Vorbringen der Antragstellerin dar, weil die Antragstellerin ohnehin außer Streit stelle, dass sich die Bewertungskriterien nicht geändert hätten. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung gründe vielmehr auf der Festlegung verbindlicher technischer Zusatzanforderungen für das Letztangebot der Antragstellerin, die von den Bewertungskriterien zu unterscheiden seien. Insgesamt ergebe sich damit weiterhin, dass die Auftraggeberin die verbliebenen Bieter auf Basis völlig unterschiedlicher technischer Bedingungen zur Letztangebotslegung aufgefordert habe. Da aus diesem Grund eine Vergleichbarkeit der eingelangten Letztangebote nicht mehr gegeben sei, habe die Auftraggeberin gegen § 88 Abs 2 letzter Satz BVergG 2018 verstoßen. Dies führe dazu, dass auch die angefochtene Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig zu qualifizieren sei, weil ihr eine Ungleichbehandlung durch Bewertung von nicht vergleichbaren Angeboten zu Grunde liege. Die Antragstellerin hält ihre Anträge aufrecht.

14. Am 25. Juni 2020, beim Bundesverwaltungsgericht am 26. Juni 2020 eingelangt, nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass sie der Behauptung der Antragstellerin widerspreche, dass im Zuge der Verhandlungen für die Bewertung der Angebote zusätzliche technische Kriterien hinzugefügt worden seien. Das in der ersten und zweiten Verhandlungsrunde Besprochene habe sich ausschließlich auf die angebotene Gerätschaft der Antragstellerin bezogen und habe der Optimierung der angebotenen Leistung gedient. Die besprochenen Änderungen an der technischen Spezifikation der angebotenen Leistung hätten keine zusätzlichen Kriterien dargestellt. Die Antragstellerin verwende Zitate teilweise aus dem Kontext gerissen und lasse andere für das Verfahren wesentliche Informationen aus. Das XXXX System sei der Auftraggeberin unbekannt gewesen und aus dem Angebot sei die Auflösung nicht ableitbar gewesen. Aus dem von der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Datensatz habe sich eine Auflösung von ca 150 µm ableiten lassen, die von der geforderten von < 1 µm abweiche. In-Situ-Messungen sollten, wenn notwendig, an allen Probengrößen durchführbar sein. Aus der angebotenen Gerätschaft sei hervorgegangen, dass diese Messung nur für kleine Proben durchführbar wäre. Das teurere Angebot der Antragstellerin beziehe sich auf das angebotene XXXX -System, das nicht notwendig gewesen wäre. Die Auftraggeberin habe nur über das angebotene System verhandeln können. In den Verhandlungen sei auf eine mögliche Kostenreduktion in Positionen wie XXXX (Reduzierung auf Hardware), Software XXXX (Academia Version) und XXXX (Reduzierung auf das Notwendige) seien beispielgebend dafür. Gemäß § 114 Abs 2 BVergG 2018 könne der Auftraggeber über die Verbesserung und Optimierung gemäß seiner Vorstellung über die Angebote verhandeln. Über die Zuschlagskriterien dürfe jedoch nicht verhandelt werden. Dem folgend, seien von der Auftraggeberin keine zusätzlichen Kriterien festgelegt worden. Die

Auftraggeberin habe keine zusätzlichen technischen Spezifikationen verpflichtend festgelegt und die Antragstellerin habe ihr Letztangebot zwar auf Basis des besprochenen jedoch mit dem Bewusstsein, dass es nach dem bekannt gegebenen Bewertungsschema bewertet werden würde, gelegt.

15. Mit Schriftsatz vom 26. Juni 2020, beim Bundesverwaltungsgericht am 29. Juni 2020 eingelangt, beantragte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Übermittlung einer auf das absolut notwendige Mindestmaß eingeschränkte geschwätzten Fassung der 2. replizierenden Stellungnahme der Antragstellerin vom 19. Juni 2020.

16. Mit Schriftsatz vom 1. Juli 2020 erstattete die Antragstellerin eine Äußerung.

16.1 Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin ihr bisheriges Vorbringen wiederholt habe und die Antragstellerin auf ihr bisheriges Vorbringen dazu verweise. Die Antragstellerin mache die Rechtswidrigkeiten nicht verfristet geltend, da sie sich nicht gegen den Umstand wende, dass die Auftraggeberin in den Verhandlungen mit ihr zusätzliche technische Anforderungen festgelegt habe. Vielmehr bekämpfe die Antragstellerin jedoch die erst mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erkennbare Ungleichbehandlung, dass die Auftraggeberin diese zusätzlichen technischen Anforderungen im Letztangebot der mitbeteiligten Partei nicht verlangt habe. Denn erst mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin bekanntgegeben worden, dass neben ihr noch eine weitere Bieterin im Vergabeverfahren verblieben sei und für sie erst dadurch erkennbar gewesen sei, dass dieser (höchstwahrscheinlich) nicht dieselben technischen Zusatzanforderungen für die Legung des Letztangebotes vorgegeben worden sei.

16.2 Die Antragstellerin spricht sich unter Verweis auf § 337 BVergG 2018 und die dazu ergangene Judikatur vehement dagegen aus, bisher geschwätzte Passagen aus dem Vorbringen der Antragstellerin gegenüber der mitbeteiligten Partei offen zu legen. Sämtliche „geschwätzte“ Passagen bezögen sich auf Bestandteile des Angebotes oder Inhalte aus den Verhandlungen mit der Antragstellerin und seien damit als technische oder handelsbezogene Betriebsgeheimnisse zu klassifizieren. Diese Schwätzungen seien zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Antragstellerin gegenüber ihrer Konkurrentin unbedingt erforderlich gewesen.

17. Am 3. Juli 2020 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte folgenden Verlauf:

Dr. Franz ARZTMANN, Rechtsvertreter der Antragstellerin: Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung durch Ungleichbehandlung ergibt sich indirekt auch aus der Unklarheitenregel des § 915 ABGB.

CCCC , Mitarbeiterin der Auftraggeberin: Es ist nicht richtig, dass der Antragsteller erst mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bekannt wurde, dass es mehrere Bieter gibt. Dazu verweisen wir insbesondere auf das Protokoll der zweiten Verhandlungsrunde auf Punkt 7, wo wir hingewiesen haben, dass alle Bieter vor der selben Herausforderung stehen, bzw. auf Punkt 8 des Protokolls der zweiten Verhandlungsrunde, wo AAAA fragt, wie sie im Vergleich zu anderen Bietern stehen.

Mag. Alexander HINTEREGGER, Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin: Dass mehrere Bieter beteiligt waren, ergibt sich aus der Beantwortung der Fragerunden.

Dr. Franz ARZTMANN: Antragstellervertreter bestreitet das Vorbringen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei, geltend gemacht wurde eine Ungleichbehandlung gegenüber der Firma BBBB , die Teilnahme der Firma BBBB am Verfahren war erst mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erkennbar.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

Vorsitzender Richter: Hat die Auftraggeberin vor der Einleitung des Vergabeverfahrens eine Marktuntersuchung vorgenommen?

DDDD , federführender Mitarbeiter der Auftraggeberin: Wir haben eine Marktforschung selbstverständlich durchgeführt. Da sind die vier herausgekommen.

Vorsitzender Richter: Wie stark weichen die am Markt verfügbaren Geräte voneinander ab?

DDDD : Die vier Firmen, die bei der Marktforschung herausgekommen sind, sind meines Wissens nach technisch vergleichbar.

Vorsitzender Richter: Verfolgen die am Markt verfügbaren Geräte die gleichen Funktionsprinzipien? Sind sie technisch vergleichbar aufgebaut?

DDDD : Grundsätzlich sind sie technisch vergleichbar aufgebaut. Wobei manche Firmen optisch nachvergrößern.

Vorsitzender Richter: Hat die Ausschreibung alle Anforderungen der Auftraggeberin erfasst oder gab es Zusatzwünsche, die nicht in der Ausschreibung enthalten waren, deren Erreichen den Verhandlungen vorbehalten war?

DDDD : Wir haben alle Anforderungen in die Ausschreibung aufgenommen und vermieden, einen Bieter zu diskriminieren.

Vorsitzender Richter: Ist die Ausschreibung konstruktiv oder funktional?

DDDD : Ich verstehe die Ausschreibung als funktional.

Vorsitzender Richter: Woraus ergeben sich die unveränderlichen Mindestanforderungen an die Leistung?

DDDD : Im Leistungsverzeichnis.

EEEE , Mitarbeiter der Auftraggeberin: Die In situ Probenhalter haben für unterschiedliche Atmosphären geeignet zu sein. Insgesamt gibt es Muss und Soll Kriterien im Leistungsverzeichnis, die Muss-Kriterien stellen die Mindestanforderungen dar, deren Nichterfüllung zum Ausscheiden des Angebotes führt.

Vorsitzender Richter: Hat die Ausschreibung Anforderungen nicht enthalten, die die Auftraggeberin eigentlich haben wollte?

DDDD : Nein.

Vorsitzender Richter: Hatte die Auftraggeberin eine generelle Leitlinie für die Verhandlungen?

DDDD : Dahinter steht ein Konsortium von 13 Instituten an 3 Universitäten. Natürlich habe ich mich vorher mit den Kollegen besprochen.

Vorsitzender Richter: Welche Vorgaben mussten die Bieter beim Letztangebot erfüllen?

EEEE : Das Letztangebot war auf Basis der Angebotsforderung zu stellen mit dem öffentlichen Leistungsverzeichnis und den optionalen Dingen, die wir in der Verhandlung besprochen haben. Auf Basis der veröffentlichten Ausschreibungsunterlagen und auf Basis des Verhandlungsprotokolls, die wir den Bietern auch übermittelt haben.

Vorsitzender Richter: Wurden durch die Ergebnisse der Verhandlungen individuelle Anforderungen an jeden Bieter gestellt?

EEEE : Es wurden keine individuellen Anforderungen an die Bieter gestellt, sondern es wurden die Systeme versucht, weiterzuentwickeln.

Vorsitzender Richter: Sie haben oben die Ergebnisse der Verhandlungsrunden als optional bezeichnet. Was wäre denn passiert, hätte sich ein Bieter nicht daran gehalten?

EEEE : Die Bewertung war festgelegt und so wurden auch alle Angebote bewertet. Die Frage an sich hat sich uns nicht gestellt, denn das Letztangebot war zu bewerten. Was in den Verhandlungsrunden festgelegt wurde, war nicht verpflichtend. In den Verhandlungsrunden haben wir nur Wünsche geäußert. Zu keinem Zeitpunkt haben wir gesagt, dass das Angebot ausgeschieden wird, wenn es dieses oder jenes nicht erfüllt. Bei einer Änderung der Anforderungen wäre das Leistungsverzeichnis zu ändern gewesen. Da wir dies nicht getan haben, kam es auch nicht zu einer Änderung der Anforderungen.

Vorsitzender Richter: Was sollte es bedeuten, dass Sie die Abgabe der Letztangebote auch auf Grundlage der Verhandlungsergebnisse verlangt haben?

EEEE : In den Verhandlungsrunden sind Dinge besprochen worden, die wir uns gewünscht haben, dass der Bieter sie im Angebot berücksichtigt. Folglich muss ja das Verhandlungsprotokoll auch Teil der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten sein.

Vorsitzender Richter: Ist es dadurch zu der Situation gekommen, dass ein Bieter einerseits die allgemeinen Anforderungen laut Ausschreibung erfüllen musste und andererseits nur an ihn gerichtete Anforderungen laut Verhandlungsergebnissen erfüllen musste?

EEEE : Nachdem es keine Verpflichtungen waren, musste es der Bieter nicht erfüllen. In den Verhandlungen wurden Dinge besprochen, manche Dinge sind nur bieterspezifisch. Fragen, wo der Service herkommt, kann natürlich nur der Bieter beantworten. Wir konnten mit dem jeweiligen Bieter nur über sein System sprechen. Daher sind auch die Gespräche mit den einzelnen Bietern unterschiedlich verlaufen. Es war beiden Bietern bekannt, wo das Budget lag. Daher kann man vermuten, dass die Bieter in diesem Rahmen eher bereit waren, unseren Wünschen nachzukommen.

Die Verhandlung wird um nur mit Antragstellerin und Auftragsgebein zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen um 14.16 Uhr fortgesetzt. Die Vertreter der BBBB verlassen den Verhandlungssaal. Darüber wird eine gesonderte Verhandlungsschrift errichtet.

Die Vertreter der BBBB betreten wieder den Verhandlungssaal. Die Verhandlung wird um 15.03 Uhr fortgesetzt.

Vorsitzender Richter: In der abgesonderten Verhandlung wurden technische Details der Angebotslegung und der Verhandlung zwischen Auftraggeberin und Antragstellerin erörtert.

Die Antragstellerin verlässt um 15.05 Uhr den Verhandlungssaal. Die Verhandlung wird nur mit der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen fortgesetzt. Darüber wird eine gesonderte Verhandlungsschrift errichtet.

Die Vertreter der AAAA betreten wieder den Verhandlungssaal. Die Verhandlung wird um 15.40 Uhr fortgesetzt.

Vorsitzender Richter: In der abgesonderten Verhandlung wurden technische Details der Angebotslegung und der Verhandlung zwischen Auftraggeberin und in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erörtert.

Vorsitzender Richter: Hat sich die Ausschreibung in den drei Runden, in denen sie verwendet wurde, geändert?

EEEE : Es wurde weder das Leistungsverzeichnis geändert, noch wurde die Zuschlagskriterien geändert. Die einzige Änderung, die es gab, war in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen. Punkt 6.7 wurde dahingehend geändert, dass wenn bewertungsrelevante Angaben im Angebot, oder den technischen Beschreibungen nicht ermittelbar sind, sie mit dem schlechtest bewerteten Wert angesetzt werden.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

Der vorsitzende Richter erklärt gemäß § 39 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG 2018 das Ermittlungsverfahren wegen Entscheidungsreife für geschlossen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Technische Universität Graz schreibt unter der Bezeichnung „?CT Gerät, GZ: TUG_OV012020“ einen Lieferauftrag mit dem CPV-Code 38500000-0 – Apparate und Geräte zum Prüfen und Testen im Oberschwellenbereich in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestangebotsprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 1.200.000 ohne USt. (Angaben der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Auftraggeberin lud nach einer Markterkundung vier Unternehmer zur Legung eines Angebots ein. Zwei Bieter gaben Erstangebote ab. Es fand mit beiden Bietern je eine Verhandlungsrunde statt. Die Bieter gaben ein weiteres Angebot ab, das die Ergebnisse der Verhandlungen berücksichtigte. Darüber fand eine weitere Verhandlungsrunde statt, nach der die Bieter zur Abgabe eines Letztangebots auf Grundlage der Ausschreibung und der Ergebnisse der Verhandlungen aufgefordert wurden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.3 In den Verhandlungen forderte die Auftraggeberin die Bieter einerseits zur Erläuterung des angebotenen Systems, andererseits zur Ergänzung des jeweils angebotenen Systems durch weitere Komponenten und Leistungsmerkmale auf, die sich nicht in den Ausschreibungsunterlagen finden und zur Erfüllung der Mindestanforderungen an die Leistung nicht erforderlich sind. Die Auftraggeberin machte das, indem sie etwa erwähnte, dass sie sich das erwarte, es ohne bestimmte Ausstattungen nicht gehe oder zur Erfüllung von in der Ausschreibung nicht genannten Leistungen zusätzliche oder bessere Geräte notwendig seien. Die zusätzlichen Kosten lässt die Auftraggeberin durch den Entfall insbesondere angebotener Softwarelizenzen kompensieren und deckelt sie mit dem zur Verfügung stehenden Budget.

Das Anbieten dieser zusätzlichen Ausstattungsmerkmale wird auch nicht im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet, da die zu Beginn der Verhandlungen vorliegenden Angebote ohne die genannten Änderungen bereits das Maximum an Qualitätspunkten erreichten. Verstärkt wird dieser Eindruck auch dadurch, dass am Ende jeder Verhandlungsrunde die Auftraggeberin und der jeweilige Bieter gemeinsam zusammenfassten, wie das jeweilige Angebot nunmehr zu formulieren sei. (Aufzeichnungen der Verhandlungen zwischen der Auftraggeberin und den Bietern)

1.4 Die Aufforderung zur Legung von Letztangeboten entspricht der Aufforderung zur Legung der Erst- und Zweitangebote wörtlich und lautet wie folgt:

„...“

Allgemeine Ausschreibungsbedingungen

...

5. Eignungskriterien

...

5.3 Technische Leistungsfähigkeit

...

5.3.2 Nachweis – Referenzen

Das anbietende Unternehmen muss wenigstens drei mit der ausschreibungsgegenständlichen Leistung vergleichbare Lieferaufträge abgewickelt haben, welche zumindest folgende Kriterien erfüllen:

- Lieferung von mind. einem Messgerät auf Basis von Röntgenstrahlen
- Lieferung an eine medizinische oder technische Forschungs-, oder Ausbildungsstätte

Hinweise:

- Bewertungsrelevanter Zeitraum für die Referenzen sind die letzten 3 Jahre (nicht Kalenderjahre), gerechnet ab dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung
- Referenzaufträge müssen nicht abgeschlossen sein, sofern die Anforderungen mit den in den bewertungsrelevanten Zeitraum fallenden, bereits erbrachten Leistungsteilen erfüllt werden.
- Werden Nachweise über Leistungen vorgelegt, die das bietende Unternehmen in Arbeitsgemeinschaften oder als Subunternehmen erbracht hat, so wird nur der vom bietenden Unternehmen selbst erbrachte Leistungsteil gewertet. Leistungsteile anderer Unternehmen bei dem Referenzauftrag werden jedoch eingerechnet, sofern diese in gegenständlicher Ausschreibung als Mitglieder die Bietergemeinschaft oder Subunternehmen für den entsprechenden Leistungsteil genannt werden.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen hat das bietende Unternehmen in der Beilage „Referenzen und finanzielle Leistungsfähigkeit TUG_OVW012020“ die entsprechenden Felder vollständig auszufüllen. Diese beinhalten auch eine Ansprechperson sowie eine Telefonnummer der Referenzgebenden Stelle. Bei Zweifel an den Angaben des bietenden Unternehmens behält sich die TU Graz vor, eine schriftliche Referenz- Bestätigung von der jeweiligen Auftrag gebenden Stelle einzuholen.

...

6. Angebot

...

6.3 Mindestanforderungen

Mindestanforderungen sind vom bietenden Unternehmen jedenfalls zu erfüllende Anforderungen. Eine Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes.

Sollanforderungen sind Anforderungen, deren Erfüllung einen Mehrwert bieten und in der Bewertung ihren Niederschlag finden.

6.4 Hauptangebot, Alternativangebot und Abänderungsangebot

...

6.4.2 Angebotspreise

Das bietende Unternehmen hat im Preisblatt die Einzelpreise als Nettopreis in Euro ohne Umsatzsteuer inklusive aller Transportkosten, Abgaben und Gebühren anzugeben. Zusätzlich sind die Reaktionszeit und Lieferzeit von Ersatzteilen in Stunden anzugeben. Die auszufüllenden Felder sind im Preisblatt farblich gekennzeichnet.

Aus den Einzelpreisen und der angeführten Bedarfsmenge errechnet sich automatisch der Angebotspreis.

Die gesetzlich anfallende Umsatzsteuer ist separat auszuweisen.

...

6.6 Präsentation und Verhandlungsrunden

Nach Prüfung der Angebote werden mit den nicht auszuscheidenden Bietern Verhandlungen in technischer, finanzieller und rechtlicher Hinsicht geführt. Die Bieter haben die Möglichkeit Ihr Angebot vor Vertretern des Auftraggebers zu präsentieren. Die Präsentation dient als Grundlage für das Verhandlungsgespräch. Verzichtet der Bieter auf die Präsentation gilt das abgegebene Erstangebot als Grundlage für die Verhandlung.

Das Verhandlungsgespräch wird in deutscher Sprache geführt. Mindest-Anforderungen können nicht verhandelt werden. Das Verhandlungsergebnis wird in einem Protokoll festgehalten.

Nach Abschluss der Verhandlungsgespräche, wird der Auftraggeber, die Bieter zu einer neuerlichen Angebotsabgabe einladen. Diese Einladung enthält:

- Eine Frist für die Abgabe der Angebote
- Eventuelle Änderungen an den Ausschreibungsunterlagen auf Grundlage der Verhandlungsgespräche
- Ob es sich um die Letztangebote handelt

Sofern nicht ausdrücklich zur Legung von Letztangeboten (Last and best offer) eingeladen wird, folgt eine weitere Verhandlungsrunde.

Nach Legung des Letztangebotes sind keine weiteren Verhandlungen möglich.

Nach Prüfung und Bewertung des Letztangebotes wird das Vergabeverfahren abgeschlossen.

Die bietenden Unternehmen werden ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit besteht Verhandlungswünsche (Punkte, Themen über die verhandelt werden soll) in einem Begleitschreiben zum Angebot dazulegen.

Die Kosten für die Präsentation, bzw. für die Teilnahme an den Verhandlungsrunden, hat das bietende Unternehmen selbst zu tragen.

6.7 Bewertung der Angebote

Die Bewertung erfolgt nach dem Bestangebotsprinzip. Der Liefervertrag wird daher mit dem nicht auszuscheidenden bietenden Unternehmen geschlossen, welches aufgrund der folgenden Zuschlagkriterien die höchste Punktzahl erreicht. Kriterien die in den übermittelten Angebotsdokumenten nicht angeführt sind, bzw. aus den übermittelten Produktbeschreibungen nicht eindeutig ableitbar sind, werden mit der niedrigsten Punktzahl bewertet.

Kriterium	max. Punktzahl	Gewichtung	gew. Punktzahl
Preis	30	40%	12
Qualität	30	60%	18
	60		30

6.7.1 Bewertung Preis

Jenes Angebot mit dem niedrigsten bewertungsrelevanten Gesamtpreis erhält 30,00 Punkte. Den weiteren Angeboten werden je Prozent höherem Preis jeweils 0,30 Punkte abgezogenen. Das bedeutet ein Angebot, welches einen doppelt so hohen bewertungsrelevanten Gesamtpreis wie jenes Angebot mit dem niedrigsten bewertungsrelevanten Gesamtpreis aufweist 0,00 Punkte erhält.

6.7.2 Bewertung Qualität

Bewertet werden die Qualitätskriterien lt. ‚Technischer Spezifikation‘ und ‚Service und Wartung‘. Siehe nachstehende Bewertungsschemata.

	Eigenschaft In-situ Probenhalter	Punkte
a.	Heizen und Kühlen möglich	5
	nur Heizen oder nur Kühlen	4
	keine Temperaturänderng	0
	Geschwindigkeit Proengonimeter für Probe lt. Leistungsverzeichnis	Punkte
b.	weniger als 30 Minuten	5
	31 - 60 Minuten	4
	61 - 90 Minuten	3
	91 - 120 Minuten	2
	121 - 150 Minuten	1
	mehr als 150 Minuten	0
	verarbeitbare Probengröße	Punkte
c.	1 - 1000 mm oder mehr	5
	1 - 999 mm	4
	1 - 799 mm	3
	1 - 599 mm	2
	1 - 399 mm	1
	1 - 199 mm	0
	verarbeitbare Probengewicht	Punkte
d.	1 - 45000g oder mehr	5
	1 - 44999 g	4
	1 - 35999 g	3
	1 - 26999 g	2
	1 - 17999 g	1
	1 - 8999 g	0
	Reaktionszeit	Punkte
e.	<= 24 h	5
	<= 36 h	4
	<= 48 h	3
	<= 60 h	2
	<= 72 h	1
	> 72 h	0
	Lieferzeit Filament	Punkte
f.	<= 24 h	5
	<= 30 h	4
	<= 36 h	3
	<= 42 h	2
	<= 48 h	1
	> 48 h	0

Erreichen mehrere bietende Unternehmen dieselbe Punktzahl, erhält das Angebot mit der höchsten Punktzahl bei den technischen Kriterien a. – d. den Zuschlag. Bei nochmaligem Gleichstand wird das Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis vorgereicht.

6.8 Bekanntgabe der Bewertungsergebnisse

Im Zuge der Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchem Unternehmen der Liefervertrag abgeschlossen werden soll, werden den nicht berücksichtigten bietenden Unternehmen insbesondere folgende Informationen bekannt gegeben:

- Der Name des erfolgreichen bietenden Unternehmens
- Der bewertungsrelevante Gesamtpreis des erfolgreichen Angebotes, sowie des eigenen Angebotes
- Die Punktwertung des erfolgreichen Angebotes, sowie die eigene Punktwertung

Achtung: Die Vertraulichkeit der im Zuge des Verfahrens erlangten Informationen gilt insbesondere für die Namen der Personen der bietenden Unternehmen.

...

Leistungsverzeichnis TUG_OVW012020

μ CT – Messvorrichtung

Wir suchen zur Messung der inneren Struktur von Materialien, ein μ CT – Gerät lt. nachstehender Spezifikation.

Sollte die Erbringung der definierten Leistung mit einem Gerät nicht möglich sein, sind entsprechende zusätzliche Geräte anzubieten.'

Technische Spezifikation:

Die Auflösung muss mindestens eine Voxelgröße kleiner $1\mu\text{m}$ haben.

Die Hardware soll optional zur Messung von Beugungskontrast Tomographie geeignet sein

Die In-situ Proben-Halter haben für unterschiedliche Atmosphären geeignet zu sein. Sie sollen für unterschiedliche Temperaturbereiche geeignet sein. Bitte um Angabe ob Heizen und Kühlen, nur Heizen, nur Kühlen, oder keine Temperaturänderung möglich ist. Die mechanische Belastung (Zugbelastung) hat mindestens 440 N aufzuweisen

Die Röntgenquelle hat eine Variation der Wellenlänge zu ermöglichen.

Die Montage einer monochromatischen Quelle sollte möglich sein, optional sollte Phasenkontrast – Messungen und die Verwendung einer offenen Röntgenquelle möglich sein.

Der Probengoniometer soll gute Leistungen bei unterschiedlichen Probenvolumen in Bezug auf Größe und Auflösung bringen. Für In-situ – Experimente müssen hohe Geschwindigkeiten möglich sein. Die Mindestanforderung für eine Betonprobe mit einem Durchmesser von 10 cm und einer Höhe von 20 cm ist 150 Minuten. Der angestrebte Zielwert liegt bei 30 Minuten

Der Detektor hat ein der restlichen Anlage entsprechendes Flat-Paneel zu sein. Weitere Detektoren sollen vorhanden sein. Eine zukünftige Adaption mit einem Energie dispersiven 2D Detektor soll möglich sein.

Software – Mindestanforderung: Rekonstruktions Software, Visualisierungs- und Analysesoftware, die Kombination von unterschiedlichen tomographischen Scans muss möglich sein. Die Kompatibilität mit Public domain Rekonstruktions Software muss gegeben sein.

Es müssen zwei PC's, ein PC für die Aufnahme der Daten und die Steuerung des Gerätes, sowie ein weiterer PC für die Visualisierung der Daten geliefert werden.

Die verarbeitbare Probengröße hat mindestens zwischen 1 mm und 200 mm zu liegen. Der angestrebte Zielwert liegt bei einer Verarbeitungsgröße von 1 – 1000 mm oder darüber.

Das verarbeitbare Probengewicht hat mindestens zwischen 1 g und 9000 g zu liegen. Der angestrebte Zielwert liegt bei einem Probengewicht von 1 – 45000 g oder darüber.

Softwarefilter müssen auf die Rohdaten, also vor der Rekonstruktion, anwendbar sein

Der Zugang zu den Rohdaten muss auch für selbst programmierte Rekonstruktions- Algorithmen möglich sein

Der Abstand von Röntgenquelle und Detektor soll veränderbar sein.

Die Röntgenspotgröße in der Röntgenquelle soll veränderbar sein.

Den Gesamtpreis für die angebot

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwG, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at