

**KARL-HEINZ GRASSER**

Bundesminister für Finanzen

Himmelpfortgasse 4-8  
A-1015 WienTel. +43/1/514 33/1100 DW  
Fax +43/1/512 62 00

---

GZ. BMF-310205/0058-I/4/2005Herrn Präsidenten  
des Nationalrates

Dr. Andreas Khol

Parlament  
1017 Wien**XXII. GP-NR****2889 /AB****2005 -06- 17****zu 2930/J**

Wien, 17. Juni 2005

**Sehr geehrter Herr Präsident!**

Auf die schriftliche parlamentarische Anfrage Nr. 2930/J vom 19. April 2005 der Abgeordneten Ing. Erwin Kaipel, Kolleginnen und Kollegen, betreffend mangelhafte Ausschreibung der neuen Polizeiautos durch die Bundesbeschaffungs-Gesellschaft m.b.H. (BBG), beehre ich mich, Folgendes mitzuteilen:

Die Bundesregierung hat im Jahr 2000 als eine der Maßnahmen zur Budgetkonsolidierung eine umfassende Neuorganisation des Beschaffungswesens des Bundes beschlossen. Der Gesetzgeber legte im Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BB-GmbH-Gesetz) die Rahmenbedingungen für die Optimierung der Einkaufsbedingungen des Bundes durch ökonomisch sinnvolle Volumens- und Bedarfsbündelung fest.

Durch die Konzentration der Beschaffungsvorgänge konnten einerseits bessere Einkaufspreise erzielt werden, andererseits wurde den Ressorts

damit auch die Möglichkeit eingeräumt, ihre Beschaffungsprozesse zu optimieren.

Das von der BBG im Jahr 2004 erwirtschaftete Einsparungspotenzial des Bundes beträgt rund 50 Mio. Euro. Damit wurde wieder ein wichtiger Beitrag zur nachhaltigen Verwaltungsreform geleistet. Jeder in der Verwaltung eingesparte Euro kommt dabei dem Steuerzahler und letztlich wieder der Wirtschaft, insbesondere auch den KMUs, zugute.

Die Erschließung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb ist als tragender Grundsatz des EU-Vergaberechts anzusehen. Zentrale Beschaffungsmethoden tragen gemäß EU-Richtlinie 2004/18/EG zur Verbesserung des Wettbewerbs und damit zur Rationalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens bei.

Selbstverständlich ist es mir ein wichtiges Anliegen, dass die BBG im Zuge ihrer Tätigkeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Bereich des äußerst komplexen Vergaberegimes ein besonderes Augenmerk auf die Rechtmäßigkeit des Beschaffungsvorganges legt. Allerdings sollte dabei auch beachtet werden, dass ein wesentliches Moment eines jeden Beschaffungsvorganges die konkrete Anforderung der jeweils einen speziellen Bedarf aufzeigenden Stelle darstellt. Im gegenständlichen Fall liegt diese Kompetenz nach § 2 Bundesministeriengesetz 1986 (Anlage F Z 1 der Anlage zu § 2) beim Bundesministerium für Inneres.

Nun zu den konkreten Fragen:

Zu 1. bis 3.:

Wie mir von der Geschäftsführung der BBG mitgeteilt wurde, hat ein Bewerber zu der in der gegenständlichen Anfrage angesprochenen

Ausschreibung einen Nachprüfungsantrag gegen die beabsichtigte Zu-schlagserteilung beim Bundesvergabeamt gestellt. Diesem Antrag wurde stattgegeben. Daher wurde die Ausschreibung widerrufen und der Bedarf neu ausgeschrieben.

Die vorgebrachten Beschwerden und die Entscheidung des BVA samt Begründung können im Einzelnen dem Bescheid des Bundesvergabearmtes, den ich in der Anlage beifüge, entnommen werden. Der Bescheid des BVA ist im Übrigen auch auf der Website des BVA ([www.bva.gv.at](http://www.bva.gv.at)) abrufbar.

Zu 4.:

Nein. Wie mir seitens der BBG bestätigt wurde, war VW in keiner Weise bei der Erstellung der Ausschreibungskriterien einbezogen. In diesem Zu-sammenhang ist auch festzustellen, dass das BVA keine Bevorzugung eines bestimmten Herstellers gesehen hat.

Zu 5.:

Die Präsentation war durch das Bundesministerium für Inneres organisiert. Weder mein Ministerium, noch die BBG hatte darauf einen Einfluss.

Zu 6.:

Laut Mitteilung der BBG wurde vom Bundesministerium für Inneres ursprünglich eine Mindest-Bauartgeschwindigkeit von 175 km/h vorge geben. Im Zuge der Marktrecherche wurde von der BBG festgestellt, dass mehrere Marken (Citroen, Lancia, Fiat, Peugeot) bei in Frage kommenden Fahrzeugmodellen eine Bauartgeschwindigkeit von 174 km/h aufweisen. Um auch diese in den Wettbewerb zu integrieren, wurde im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Inneres die geforderte Mindest-Bauartge schwindigkeit von 175 km/h auf 174 km/h reduziert. Dabei wurde neben

der Intention, einen möglichst breiten Wettbewerb zu ermöglichen, selbstverständlich Wert darauf gelegt, dass die Bauartgeschwindigkeit von 174 km/h vom Bundesministerium für Inneres als für den exekutiv-spezifischen Einsatzzweck etwa im Hinblick auf die häufigen Fahrten im Hochgeschwindigkeitsbereich als gerade noch ausreichend erachtet werden konnte. Die BBG versichert mir dazu, dass es allen potenziellen Anbietern möglich war, die in den einzelnen Kategorien geforderte Mindest-Bauartgeschwindigkeit zu erfüllen.

#### Zu 7.:

Gemäß den Darlegungen der BBG wurde das benötigte Kofferraumvolumen für die Kategorie "Van" vom Bundesministerium für Inneres ursprünglich mit 800 Litern festgelegt. Im Rahmen der Marktrecherche stellte die BBG dazu fest, dass der von Renault produzierte Van (Grand Espace) lediglich ein Kofferraumvolumen von 780 Litern aufweist. Um Renault die Teilnahme auch in dieser Kategorie zu ermöglichen, wurde - nachdem vom Bundesministerium für Inneres eruiert wurde, dass auch 780 Liter als absolute Untergrenze tolerierbar sind - das geforderte Kofferraumvolumen von BBG und Bundesministerium für Inneres einvernehmlich von 800 Liter auf 780 Liter reduziert.

Begründet wurde das geforderte Kofferraumvolumen seitens des Bundesministeriums für Inneres damit, dass diese Fahrzeuge mit entsprechender exekutivdienstspezifischer Ausrüstung eben dieses Laderaumes bedürfen.

Die BBG versicherte mir dazu, dass es allen potenziellen Anbietern mit einem Fahrzeugangebot in dieser Fahrzeugkategorie möglich war, das geforderte Kofferraumvolumen zu erfüllen.

Zu 8.:

Hiezu teilte mir die Geschäftsführung der BBG folgendes mit:

„Die geforderten Hubraumspezifikationen (die für jeden potenziellen Anbieter erfüllbar waren) stellten auf maximal erzielbare Restwerte ab und wurden daher aus Gründen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit festgelegt. Gemäß Eurotax (breitester und detaillierter Marktüberblick für gebrauchte Kraftfahrzeuge) ist ein Bewertungssystem mit Abschlägen für kleinere Hubräume normiert. Dies deshalb, da lt. Eurotax kleinere Hubräume geringere Norm-Kilometerleistungen zuerkannt werden. Da aber gerade im Exekutivdienst sehr hohe Kilometerleistungen erbracht werden, sah sich der Auftraggeber gezwungen, entsprechende Hubraumgrenzen festzulegen. Es war allen potenziellen Anbietern möglich, diese Forderungen zu erfüllen.“

Die Festlegung des Tankinhaltes erfolgte sowohl zur Abgrenzung der Fahrzeugsegmente als auch im Hinblick auf möglichst hohe Reichweiten ohne Tankstopps. Diese Forderung wurde von keinem Bewerber moniert. Es war allen potenziellen Anbietern möglich, diese Forderung zu erfüllen.

Die Festlegung der Kraftstoffart erfolgte als Systementscheidung durch das BMI. Diese Forderung wurde von keinem Bewerber moniert. Es war allen potenziellen Anbietern möglich, diese Forderung zu erfüllen.“

Zu 9.:

Laut Auskunft der BBG wurden folgende Mindestaußenlängen vorgegeben:

Für die Kategorien 1, 2 und 5: 4.350 mm

Für die Kategorien 3 und 4: 4.300 mm

Für die Kategorien 6 und 7: 4.170 mm

Für die Kategorie 8:	4.600 mm
Für die Kategorie 9:	4.200 mm
Für die Kategorien 10, 11 und 12:	4.460 mm

Die Festlegung der Mindestaußenlängen erfolgte zur Wahrung der Fahrzeugklassen-Konsistenz. Nur so konnte sich der Auftraggeber sicher sein, dass in einer Kategorie auch tatsächlich vergleichbare Fahrzeuge (derselben Fahrzeugklasse) angeboten werden. Diese Forderung wurde von keinem Bewerber moniert. Es war allen potenziellen Anbietern möglich, die vorgegebenen Mindestaußenlängen zu erfüllen.

#### Zu 10.:

Die BBG teilte mir dazu Folgendes mit:

*„Folgende weitere Fahrzeugkriterien wurden – entsprechend den Anforderungen des BMI basierend auf den exekutivdienstspezifischen Einsatzerfordernissen - vorgegeben:*

*Fahrzeugart, Leistung, Anzahl der Türen, Anzahl der Sitzplätze, Antriebsart, Getriebe, Laderaumlänge, höchste zulässige Belastung und Farbe bzw. für die Fahrzeugkategorie Geländewagen darüber hinaus Geländeunterstützung, Differentialsperre, Böschungswinkel, Bodenfreiheit und Wattiefe. Weiters erfolgten noch Festlegungen hinsichtlich der Ausstattung wie z.B. Anti-blockiersystem (ABS), elektronisches Fahrdynamikregelungssystem (z.B. ESP), Dachreling, Klimaanlage, Autoradio und Nebelscheinwerfer.“*

#### Zu 11. und 12.:

Die Aussage betreffend Image-Schaden für die Polizei entstammt laut Mitteilung der Geschäftsführung der BBG einem Schriftsatz der BBG an das Bundesvergabeamt, in dem dargelegt wurde, dass der Auftraggeber jedes Kriterium überlegt hat. Damit wollte die BBG im Wesentlichen Folgendes zum Ausdruck bringen:

Die Fahrzeugmaße dienen der Abgrenzung der Fahrzeugsegmente. Eine Unterschreitung dieser Angaben hätte unter Umständen dazu geführt, dass zum Beispiel in einer der unteren Mittelklasse zugesuchten Kategorie (Streifenwagen) ein Fahrzeug der Kleinwagenklasse zuzuschlagen gewesen wäre. Das bei weitem am häufigsten anzutreffende Fahrzeugsegment in Österreich ist jenes der unteren Mittelklasse (ca. 30%). Wenn ein Streifenwagen vom Erscheinungsbild her unterhalb des in Österreich am häufigsten anzutreffenden Fahrzeugsegmentes anzusiedeln ist und zum Beispiel aufgrund nicht ausreichender Leistungsdaten nicht in Lage ist, die Anhaltung von Fahrzeugen aus dem in Österreich am häufigsten anzutreffenden Fahrzeugsegment zu veranlassen, wird dadurch die Präventivwirkung beschädigt und könnte nach Meinung der BBG daraus ein Imageschaden abgeleitet werden.

Des Weiteren teilte die BBG mit, dass die Ausschreibungsbedingungen beziehungsweise das Leistungsverzeichnis betreffend Fahrzeugglänge nicht bekämpft wurden. Es wurde von keinem Bewerber - auch nicht vom Antragsteller - behauptet, dass die geforderten Fahrzeugglängen in irgendeiner Art diskriminierend seien.

#### Zu 13.:

Wie mir die Geschäftsführung der BBG mitteilte, wurden die die Fahrzeugmaße betreffenden Spezifikationen entsprechend den marktüblichen Segmenteinteilungen und nach ausgiebiger Marktanalyse durch erfahrene sach- und fachkundige Mitarbeiter des Bundesministeriums für Inneres und der BBG erhoben und festgelegt. Das Ergebnis waren verschiedene Mindestfahrzeugglängen für verschiedene zu erwartende Einsatzbedingungen. Dieses Ergebnis wurde von allen Bewerbern akzeptiert.

#### Zu 14. und 15.:

Zu diesen Fragestellungen ist zu bemerken, dass diese wohl keine Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes ansprechen. Sie sind somit von dem in § 90 Geschäftsordnungsgesetz 1975 determinierten Fragerecht nicht erfasst.

#### Zu 16.:

Wie mir die BBG mitteilte, wurden zweiradbetriebene und allradbetriebene Fahrzeuge nunmehr entsprechend der Empfehlung des Bundesvergabeamtes getrennt ausgeschrieben. Die Zuschlagserteilungen erfolgen nach den Angebotseröffnungen am 7. Juni 2005 und am 10. Juni 2005 voraussichtlich bis 15. Juli 2005.

Folgende Ausschreibungskriterien wurden geändert:

- Hinsichtlich kW und km/h wurden zu bewertende Soll-Forderungen mit Abweichungstoleranzen festgelegt.
- Die zu bewertende Soll-Forderung „dieselbetriebenes Fahrzeug mit Dieselpartikelfilter“ wurde eingeführt.
- Hubraumfestlegungen wurden aufgehoben.
- Anstatt einer Mindestanzahl an erforderlichen Vertragswerkstätten wurde nunmehr ein zu bewertender Soll-Wert mit Abweichungstoleranzen eingeführt.
- Ein Mindest-Tankinhalt wurde als Forderung gestrichen.
- Anstatt der Mindestaußenmaße wird nunmehr eine konkrete Segmentzugehörigkeit gefordert.
- Anstatt konkrete Mindest-Laderaumvolumina festzulegen, wurde die Verstaubarkeit konkret angeführter Ausrüstungsgegenstände gefordert.
- Technische Alternativangebote wurden für zulässig erklärt.

Sämtliche Änderungen sind im Wortlaut des zu den Fragen 1 bis 3 erwähnten BVA-Bescheides GZ 01N-128/04-20 begründet.

Zu 17.:

Hier darf ich darauf hinweisen, dass ein wesentliches Moment eines jeden Beschaffungsvorganges die konkrete Anforderung der jeweils einen speziellen Bedarf aufzeigenden Stelle darstellt. Im gegenständlichen Fall liegt die Kompetenz nach § 2 Bundesministeriengesetz 1986 (Anlage F Z 1 der Anlage zu § 2) beim Bundesministerium für Inneres. Sowohl Stückzahl, als auch Zeitraum wurden dabei vom Bundesministerium für Inneres entsprechend den dortigen Rahmenbedingungen festgelegt.

Zu 18. und 19.:

Mit einer Auslieferung der Fahrzeuge wird laut Mitteilung der BBG ab der KW 44/05, somit Ende Oktober 2005, gerechnet.

In der ersten - widerrufenen - Ausschreibung war die Lieferung der Fahrzeuge ab Ende Juni 2005 vorgesehen. Durch die Neuausschreibung werden die Fahrzeuge somit etwa 4 Monate nach dem ursprünglich frühest möglichen Liefertermin ausgeliefert werden.

Allerdings weist die BBG in diesem Zusammenhang auf Folgendes hin: Das BVA stellt in ständiger Rechtsprechung immer wieder fest, dass der Auftraggeber bei seiner Zeitplanung mit Nachprüfungsverfahren rechnen muss. Die BBG geht daher davon aus, dass das Bundesministerium für Inneres bei seiner Zeitplanung Verfahrensbeeinträchtigungen durch Nachprüfungsverfahren mit eingeplant hat. Es kann auf Grund der Tatsache, dass neu ausgeschrieben werden muss, zwar der ursprünglich erhoffte frühest mögliche Termin nicht eingehalten werden, dies stellt aus Sicht der BBG jedoch keine verspätete Lieferung dar. Dementsprechend

versicherte mir die BBG, dass es hier keinen Schaden gibt, zumal die Polizei mit dem derzeitigen Fuhrpark ihren gesetzlichen Auftrag erfüllen kann.

Zu 20.:

Laut Mitteilung der BBG stammt die Argumentation aus einer Stellungnahme der BBG an das Bundesvergabeamt zur Abwehr der von einem Bewerber beantragten einstweiligen Verfügung. Es entspricht dem Auftrag der BBG, Vergabeverfahren durchzuführen und soweit als möglich Verzögerungen von Beschaffungsvorgängen zu vermeiden. In diesem Zusammenhang hat die BBG auch mit einer möglichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit argumentiert. Das BVA ist der Argumentation der BBG nicht gefolgt und hat die allfällige Gefährdung als nicht schwerwiegend eingestuft. Der Bescheid über die Erlassung der einstweiligen Verfügung ist rechtskräftig. Die BBG sieht keine Veranlassung, den Inhalt dieses Bescheides und die dem Bescheid zu Grunde liegenden Erwägungen im Nachhinein anzuzweifeln. Die Einsatzbereitschaft und die öffentliche Sicherheit sind durch die durch das Nachprüfungsverfahren verursachte Verzögerung nicht gefährdet.

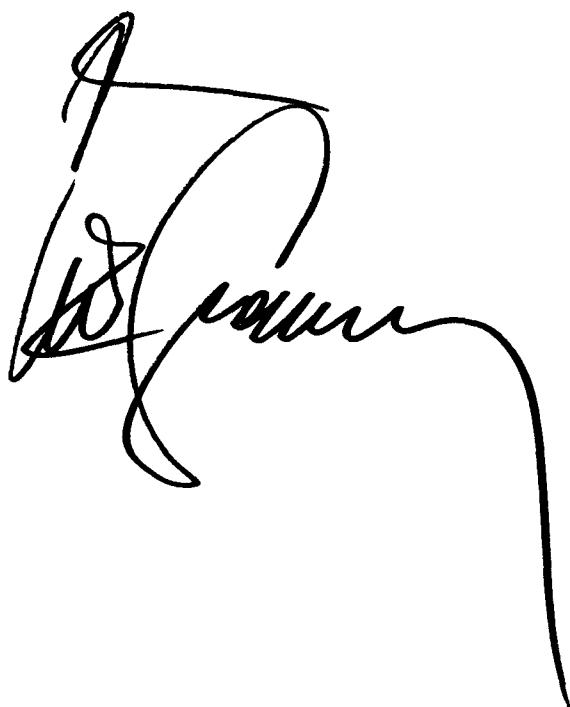
Der gegenständliche Bescheid ist auf der Website des BVA unter <http://www.bva.gv.at/NR/rdonlyres/AD868712-FD5A-4261-AD84-D2DE55F67D09/16661/01N128046EVLi.pdf> abrufbar.

Zu 21 bis 23:

Da sich der in der Anfrage zitierte Vorwurf in der Tageszeitung „Die Presse“ gegen die BBG richtet, überlasse ich es der Geschäftsführung der BBG, entsprechende Schritte zu unternehmen. In dieser Angelegenheit gab es daher auch keine Kommunikation zwischen meinem Ressort und dem Bundesministerium für Inneres.

Wie mir die BBG mitgeteilt hat, hat die Gesellschaft in diesem Zusammenhang, vertreten durch ihre beiden Geschäftsführer Mag. Andreas Nemeč und Dipl. Ing. Michael Ramprecht, Entschädigungsanträge gemäß §§ 6 ff Mediengesetz gegen die Zeitschrift "Die Presse" beim Landesgericht für Strafsachen Wien eingebracht. Inkriminiert wird dabei die Behauptung, die Bundesbeschaffung GmbH, somit die beiden Antragsteller, hätten eine „dilettantisch kriminelle Ausschreibung“ zu verantworten. Diese Behauptung verwirklicht aus Sicht der BBG den Tatbestand der üblen Nachrede gemäß § 111 Abs. 1 und 2 StGB. Darüber hinaus berichtet die BBG, es hätte von Seiten der Geschäftsführung der BBG diesbezügliche Informationen an das Bundesministerium für Inneres gegeben.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Michael Ramprecht". The signature is fluid and cursive, with a large, stylized 'M' at the beginning. It is written on a white background.



REPUBLIK ÖSTERREICH  
**BUNDESVERGABEAMT**  
Senat 1

GZ: 01N-128/04-20

Betreff: Vergabeverfahren "Lieferung von Kraftfahrzeugen"; Antrag auf Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung

## B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 154 BVergG 2002 durch den Vorsitzenden des Senates 1, MR Dr. Michael Sachs, und die Beisitzer MR Dr. Martin Janda und Dr. Theodor Taurer, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002, betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Kraftfahrzeugen" der 1. Republik Österreich (Bund), 2. Land Niederösterreich, 3. Land Oberösterreich, 4. Land Salzburg, 5. Land Steiermark, 6. Land Vorarlberg, 7. Austro Control Gesellschaft für Zivilluftfahrt mbH, 8. Brenner Eisenbahn GmbH, 9. Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit, 10. Monopolverwaltung GmbH, 11. Österreichische Bundesforste AG und 12. Österreichische Post AG, alle im folgenden "Auftraggeber" genannt, diese Auftraggeber alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Obere Donaustraße 63, 1020 Wien, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, über den Antrag auf Nachprüfung und Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung gemäß § 162 BVergG 2002 entschieden:

## S p r u c h

Dem Antrag wird stattgegeben.

## B e g r ü n d u n g

Die Antragstellerin begehrte mit Schriftsatz vom 13. Dezember 2004 die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe der genannten Auftraggeber, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH. Gleichzeitig wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Ihr Begehren auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens begründete die Antragstellerin damit, dass durch den Text der gegenständlichen Ausschreibung eine Verletzung ihrer Rechte hinsichtlich der Durchführung eines fairen, lauteren und rechtsrichtigen Vergabeverfahrens vorliege. Insbesondere sei durch diskriminierende "Muss-Forderungen" die Möglichkeit genommen in bestimmten Kategorien Kraftfahrzeuge anzubieten, die ansonsten mit den Produkten anderer Marktteilnehmer im freien Wettbewerb im betreffenden Marktsegment zueinander in Konkurrenz stünden.

Konkret werden angefochten: die Forderung "Hubraum" im Forderungskatalog der Kategorie 1, Kategorie 3, Kategorie 6, Kategorie 10 und Kategorie 12, weiters die Forderung "Laderaumvolumen" im Forderungskatalog der Kategorie 8 sowie die Forderung "Bauartgeschwindigkeit" im Forderungskatalog der Kategorie 3. Darüber hinaus wird beantragt auch den letzten Satz des Punktes 19 Abs 2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der Ausschreibung für nichtig zu erklären. Dieser Satz beziehe sich auf Alternativangebote und untersage den Bieter generell technische Alternativangebote, welche sich auf Hubraum oder Leistung oder Kraftstoffart oder Bauartgeschwindigkeit oder Fahrzeulgänge oder Fahrzeughöhe oder Laderaumvolumen oder Laderaumlänge oder höchste zulässige Belastung oder Böschungswinkel oder Bodenfreiheit oder Watttiefe oder Farbe beziehen.

Hinsichtlich der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und der Zulässigkeit des Antrages hält die Rechtsschutzbehörde fest, dass das Vergabeverfahren sowohl Teile von Beschaffungen der Republik Österreich als auch von im Eigentum der Republik Österreich stehenden Gesellschaften bzw. Institutionen sowie von einzelnen Bundesländern beinhaltet, diese jedoch alle zulässiger Weise von der Bundesbeschaffung GmbH, die im Anhang V des BVergG 2002 als zentrale

Beschaffungsstelle genannt ist, entsprechend den Bestimmungen des § 3 Abs 3 BB-GmbH-Gesetzes, BGBl I Nr 39/2001 idF BGBl. I Nr 99/2002, vertreten werden. Gemäß Art 14b Abs 1 B-VG ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Abs 3 fallen, Bundessache.

Gemäß Abs 2 lit f) des Art 14b B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs 1 Bundessache hinsichtlich der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summer der Anteile der Länder.

Unzweifelhaft ist auf Grund des Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens im gegenständlichen Fall der geschätzte Gesamtauftragswert an der Vergabe hinsichtlich des Anteiles des Bundes größer als die Summe der Anteile der Länder; somit liegt gemäß des 2. Hauptstückes des BVergG 2002 die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes als Rechtsschutzbehörde vor. Der Lieferauftrag befindet sich auf Grund des geschätzten Auftragswertes von EUR 120.000.000,- im Oberschwellenbereich.

Das vorliegende Vergabeverfahren "Lieferung von Kraftfahrzeugen, BBG GZ 2800.00137" wurde am 5. 11. 2004 kundgemacht. Die Angebote wären bis 28. 12. 2004, 12 Uhr 30, bei der BBG einzureichen werden. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren geführt. Somit steht den Bietern gemäß § 163 iVm §§ 162 und 169 BVergG 2002 die Möglichkeit offen ein Nachprüfungsverfahren bis 14 Tagen vor der Frist für die Abgabe der Angebote zu stellen und sich damit gegen die Ausschreibung iSd § 20 Z 13 lit a sublit aa BVergG 2002 zu wenden.

Die Antragstellerin hat von diesem Recht Gebrauch gemacht und den Nachprüfungsantrag mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gem § 171 BVergG 2002 verbunden. Aus dem Schriftsatz der Antragstellerin sowie den vorgelegten Unterlagen der Auftraggeber sind keine Gründe hervorgekommen, die die Unzulässigkeit des Antrages bewirken. Insbesondere konnte die Antragstellerin ihr Interesse an der Durchführung eines korrekten Vergabeverfahrens und der besonderen, inhaltlich bedenklichen Gestaltung der

Ausschreibungsunterlagen darlegen. Auch wurde von ihr ein möglicher Schaden nicht nur in finanzieller Hinsicht, sondern auch durch den Verlust eines Referenzprojektes, ausreichend bescheinigt.

Im Einzelnen führte die Antragstellerin u.a. aus:

In einem offenen Verfahren gemäß § 23 Abs. 2 BVergG haben die Antragsgegner die Lieferung von Kraftfahrzeugen ausgeschrieben (Vergabeverfahren "Lieferung von Kraftfahrzeugen", BBG GZ 2800.00137). Es geht bei dieser Ausschreibung hauptsächlich um Modernisierung und Umrüstung der Polizeiwagenflotte des B\*\*\*. Eine genaue Zuordnung der Kategorien bzw. der Mengen der ausgeschriebenen Fahrzeuge zu dem Bedarf der einzelnen in der Ausschreibung genannten Abrufberechtigten ist der Antragstellerin jedoch nicht möglich. Angebote können bis 28. Dezember 2004, 12.30 Uhr bei der Bundesbeschaffung GmbH („BBG“) eingereicht werden.

Schon Ende Oktober wurde vom B\*\*\* (welches Hauptbedarfsträger des Bundes ist, vgl. Punkt 6. des Rahmenvertrages) die Umrüstung der Polizeiflotte medial beworben und die gegenständliche Ausschreibung angekündigt. Auf den jeweiligen Abbildungen in der Presse sind dabei allerdings ausschließlich PKW des Herstellers W\*\*\* zu sehen.

Durch die Presseberichte - und insbesondere die Abbildung nur von Fahrzeugen von W\*\*\* - alarmiert, richtete die Antragstellerin am 3. November 2004 u.a. ein Schreiben an die BBG und das B\*\*\* und äußerte dabei die Befürchtung, dass W\*\*\* im Falle einer Einbeziehung bei der Erstellung der Ausschreibungskriterien einen Informations- und Wettbewerbsvorteil erlangen würde. Die BBG (mit Schreiben vom 8. November 2004) sowie das B\*\*\* (mit Schreiben vom 22. November 2004) wiesen dies zurück.

Die Ausschreibung wurde in der Folge im Lieferanzeiger der Wiener Zeitung am 9. November 2004 unter der Nummer L190362 und im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 11. November 2004 unter der Nummer 2004/ 2 220-/ 189654 bekannt gemacht. Demnach sind die Ausschreibungsunterlagen noch bis

27. Dezember 2004 erhältlich. Die Ausschreibungsunterlagen können kostenlos auf der Website der BBG heruntergeladen werden.

Die Antragstellerin beschaffte sich als einer der weltweit größten PKW-Erzeuger und somit als grundsätzlich geeigneter Teilnehmer für den gegenständlichen Auftrag die Ausschreibungsunterlagen. Mit Schreiben vom 23. November 2004 (übermittelt per Email vom 24. November 2004) wurden vorab einige Fragen an die BBG betreffend die Ausschreibung übermittelt. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2004 (übermittelt per Email vom selben Tag) wurden der BBG außerdem rechtliche Bedenken bezüglich der Ausschreibung mitgeteilt und zusammengefasst ausgeführt, dass die bei den Kategorien 1, 3, 6, 10 und 12 angeführte Muss-Forderung Hubraum sowie bei der Kategorie 8 angeführte Muss-Forderung Laderaumvolumen unsachlich seien und dass zusätzlich auch der Ausschluss technischer Alternativangebote für diese Kriterien unzulässig sei. Auf dieses Schreiben zeigte die BBG bisher keine Reaktion, weshalb sich die Antragstellerin gezwungen sah, gegenständliches Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Der gegenständliche Auftrag für die "Lieferung von Kraftfahrzeugen" wird in zwölf verschiedenen Kategorien vergeben, wobei Teilangebote hinsichtlich einer (oder mehrerer) Kategorie (n) möglich sind (vgl. die Punkte 18 und 22. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen).

Die Antragstellerin könnte aufgrund ihrer breiten Produktpalette in den Kategorien 1-4 und 6-12 grundsätzlich ein Angebot unterbreiten. Zu jeder Kategorie werden allerdings in Forderungskatalogen zwingende "Muss-Forderungen" aufgestellt (unter anderem Hubraum, Leistung, Bauartgeschwindigkeit, Kraftstoffart, Laderaumvolumen, Laderaumlänge, Tankinhalt).

Punkt 24. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen bestimmt dazu:

"Alle Forderungen in den Forderungskatalogen sind Muss-Forderungen. Muss-Forderungen verstehen sich für Hauptangebote als zwingend zu erfüllende Forderungen. Die Nichterfüllung auch nur einer Muss-Forderung führt zum Ausscheiden des Hauptangebotes aus dem Vergabeverfahren. Hinsichtlich Alternativangebote siehe Punkt 19." (Hervorhebung hinzugefügt).

Wie weiters näher dargestellt wird, ist die Antragstellerin in den Kategorien 1, 3, 6, 10 und 12 durch eine sachlich nicht gerechtfertigte Muss-Forderung Hubraum, in der Kategorie 3 zusätzlich durch eine sachlich nicht gerechtfertigte Muss-Forderung Bauartgeschwindigkeit und in der Kategorie 8 durch eine sachlich nicht gerechtfertigte Muss-Forderung Laderaumvolumen rechtswidrig diskriminiert. Die Antragstellerin kann in diesen Kategorien jedoch auch kein Alternativangebot unterbreiten, da technische Alternativangebote gem. Punkt 19.2 der Ausschreibung unzulässigerweise weitgehend ausgeschlossen sind. (vgl. unten Punkt 4.3)

#### Diskriminierende Muss-Forderungen

Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG sind Aufträge über Leistungen insbesondere unter Beachtung der Grundsätze des freien und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter an befugte leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu vergeben. Zum Schutz der Bieter hat die Leistungsbeschreibung eindeutig, vollständig und neutral zu erfolgen (§ 74 Abs. 1 BVergG). Die Leistung darf nicht so umschrieben werden, dass einzelne Bieter von vornehmesten einen Wettbewerbsvorteil genießen (§ 74 Abs. 3 BVergG). Die gegenständliche Ausschreibung verstößt gegen diese Prinzipien.

Die in den Kategorien 1, 3, 6, 10 und 12 vorgesehene Muss-Forderung Bauartgeschwindigkeit ist sachlich nicht gerechtfertigt und diskriminiert die Antragstellerin.

Tatsächlich ist geringerer Hubraum kein Nachteil, vor allem nicht bei Motoren der neuesten Generation: Die bei den R\*\*\* Modellen zum Einsatz kommenden Common-Rail-Dieselmotoren arbeiten mit modernster Hochdrucktechnologie. Diese sorgt für außergewöhnliche Laufruhe und mehr als konkurrenzfähige Kraftentfaltung. Außerdem sind kleinvolumige Motoren im Normalfall sparsamer und durch VTG (Variable Turbinen Geometrie) genauso agil wie großvolumige Motoren. Mit einem kleineren Hubraum sind somit keine Nachteile für die Leistung eines KFZ verbunden. In Vergleichtests von Autozeitschriften erzielten R\*\*\*-Fahrzeuge deshalb hervorragende Ergebnisse.

In einer telefonischen Auskunft gegenüber der Antragstellerin bezog sich ein Mitarbeiter der BBG auf die Lebensdauer bzw. den Wiederverkaufswert der betreffenden PKW, um die Hubraumkriterien zu rechtfertigen. Diese

Argumentationen entbehrt jedoch jeder sachlichen Grundlage. Tatsächlich hat ein geringerer Hubraum keine negativen Auswirkungen auf die Lebensdauer eines Motors oder auf den Wiederverkaufswert. Die festgesetzten Werte für diese Muss-Forderung Hubraum wird aber vor allem die Antragstellerin diskriminiert, da diese Motoren mit kleineren Hubräumen herstellt. Das hat in den angeführten Kategorien 1, 3, 6, 10 und 12 für die Antragstellerin nachteilige Konsequenzen.

Das bedeutet im Ergebnis: die Antragstellerin hätte in den Kategorien 1, 3, 6, 10 und 12 jeweils preislich und leistungsmäßig absolut kompetitive Fahrzeuge, die ausschließlich deshalb nicht angeboten werden können, weil sie die Muss-Forderung Hubraum - für deren Festsetzung kein sachlicher Grund ersichtlich ist - nicht erfüllen. Die auch das Kriterium Hubraum erfüllenden Fahrzeuge der Antragstellerin wären nur erheblich teurer anzubieten und sind daher nicht kompetitiv.

Die Antragsgegner schließen, so die Antragstellerin, somit in diesen Kategorien ohne ersichtlichen Grund geeignete und sehr günstige Fahrzeuge von der Ausschreibung aus. Das entspricht jedenfalls nicht der Maxime einer ökonomischen und effizienten Beschaffung und widerspricht eklatant dem Grundsatz eines wirtschaftlichen Beschaffungswesens (vgl. § 21 Abs. 1 BVergG)

Die Muss-Forderung der Kategorie 8 "Laderaumvolumen" ist sachlich nicht gerechtfertigt und diskriminiert die Antragstellerin. In dieser Kategorie wird die Antragstellerin durch die Muss-Forderung Laderaumvolumen diskriminiert. Kategorie 8 (umfassend 85 Stück, rund 1% des Ausschreibungsvolumens) definiert nämlich als Muss-Forderung ein Laderaumvolumen von 780l (5-sitzig). Dadurch kann aber der R\*\*\* als einziger Van dieser Klasse (von allen relevanten Herstellern), der alle sonstigen Anforderungen erfüllt, nicht angeboten werden, da sein nominelles Laderaumvolumen (650l) die Muss-Forderung nicht erfüllt.

Dieser Wert sagt jedoch nichts über das tatsächliche Laderaumvolumen aus. Als einziger Van dieser Klasse verfügt der R\*\* nämlich über ein Vario-Sitzschienensystem im Innenraum, das eine stufenlose Verstellung der hinteren Sitze erlaubt. D.h., das Ladevolumen könnte bei Bedarf jederzeit vergrößert und z.B.

auch das geforderter Mindestvolumen von 780l leicht hergestellt werden (und zwar unter Wahrung der Beinfreiheit in der letzten Reihe).

Dazu ist auch folgendes anzumerken: R\*\*\* bietet mit dem "E\*\*\*\*" sowie daneben einzig nur C\*\*\* ("V\*\*\*\*") einen Van in zwei Karosserievarianten an. Die "lange" Variante ist in allen Daten besser als die Produkte der Konkurrenz und de facto "ein andere Klasse". Das Fahrzeug in der "normalen" Van-Klasse, um die es bei Kategorie 8 der Ausschreibung geht, ist aber eindeutig der E\*\*\*. Auch der direkte Vergleich mit Fahrzeugen der "normalen" Van-Klasse, z.B. mit dem S\*\*\* oder mit dem P\*\*\* zeigt, dass der Espace in den Innen- und Außenmaßen zweifelsfrei den Standards dieser Klasse entspricht.

Durch die ungerechtfertigte Muss-Forderung Laderaumvolumen schließen die Antragsgegner wiederum ein preislich sehr kompetitives Fahrzeug aus. Zudem verbauen sie sich selbst die Chance, das einzige Fahrzeug mit verschiebbaren Sitzen, das somit über eine echte Innovation und einen großen Vorteil gerade bei Einsatzfahrzeugen verfügt, zu beschaffen. (Es mutet auch absurd an, das gerade der E\*\*\*, der die Van-Klasse begründet hat und eines der meistverkauften Fahrzeuge dieser Fahrzeugklasse ist, nicht angeboten werden kann!). Das größere Modell E\*\*\*, dass die Antragstellerin wiederum anbieten könnte, wäre jedoch abermals um bis zu EUR 2.000,- pro Stück teurer und preislich somit nicht kompetitiv. Auf diese Problematiken bei der Kategorie 8 hat die Antragstellerin die Antragsgegner ausdrücklich hingewiesen, letztere hat darauf jedoch nicht reagiert.

Der Ausschluss technischer Alternativangebote ist rechtlich nicht zulässig

Die Antragstellerin wird durch die unsachlichen Muss-Forderungen davon abgehalten, in den oben angeführten Kategorien 1, 3, 6, 8, 10 und 12 ein preislich kompetitives Hauptangebot abzugeben. Sie kann in diesen Kategorien aber auch keine technische Alternative (z.B. mit geringerem Hubraum) anbieten, da dies in der Ausschreibung ausgeschlossen ist.

Punkt 19 Absatz 2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, lautet:

*"Alternativangebote können nach Maßgabe folgender Bestimmungen gelegt werden:  
Alternativangebote sind nur neben einem gültigen Hauptangebot für den selben*

Leistungsteil (also dieselbe[n] Kategorie[n] zulässig. Rechtliche und kommerzielle Alternativangebote sind unzulässig. Technische Alternativangebote, welche sich auf Hubraum oder Leistung oder Kraftstoffart oder Bauartgeschwindigkeit oder Fahrzeuglänge oder Fahrzeughöhe oder Laderaumvolumen oder Laderaumlänge oder höchste zulässige Belastung oder Böschungswinkel oder Bodenfreiheit oder Wattiere oder Farbe beziehen, sind unzulässig.) (Hervorhebung hinzugefügt)

Zu Alternativangeboten bestimmt das BVergG in § 69 Abs. 1:

"Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollen, sind Alternativangebote zulässig. Alternativangebote sind überdies, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anders angegeben, nur neben einem ausschreibungsgemäßigen Angebot zulässig. Eine Nichtzulassung von technischen Alternativangeboten ist nur aus wichtigen Gründen vorzusehen und auf jene Teilleistungen zu beschränken, für die eine sachliche Notwendigkeit besteht." (Hervorhebung hinzugefügt)

Der Ausschluss von technischen Alternativangeboten ist also nur aus wichtigen Gründen und selbst dann zwar nur bezogen auf Teilleistungen, für die eine sachliche Notwendigkeit besteht, möglich. Ein solcher Ausschluss muss auch begründet werden. (vgl. Hahnl, BVergG 2002, 390; Nach der Rsp. des BVA ergibt sich aus dieser Bestimmung, dass technische Alternativangebote nur insoweit ausgeschlossen werden können, als hierfür ein zwingender Grund vorliegt (vgl. BVA, 16.5.2001, N32/01-29, N-39/01-14, N-40/01-16; BV A, 15.9.2000, N-46/00-25 jeweils noch zu § 30 Abs. 1 BVergG 1997, der aber in dieser Hinsicht mit dem § 69 Abs. 1 BVergG 2002 betreffend technische Alternativangebote Inhalts gleich ist; vgl. auch Heid/Hauck/K.Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002) 164; Gölles/Leißner, Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002 (2003) 67.)

Im gegenständlichen Fall sind jedoch hinsichtlich der oben angeführten Kriterien *Hubraum* und *Bauartgeschwindigkeit* und der Abmessungsmethode für das *Laderaumvolumen* keinerlei zwingende Gründe für den Ausschluss von technischen Alternativangeboten ersichtlich. Der Ausschluss technischer Alternativangebote ist daher nicht zulässig.

Zudem wird das Verbot von technischen Alternativangeboten nicht wie gesetzlich gefordert auf einzelne Teilleistungen beschränkt, sondern bezieht sich praktisch auf alle für ein KFZ charakteristischen Merkmale (Hubraum, Leistung, Kraftstoffart, Bauartgeschwindigkeit, Fahrzeulgänge Fahrzeughöhe, Laderaumvolumen und Laderaumlänge), sodass für ein technische Alternativangebot gar kein Raum mehr bliebe. Das führt zu dem Ergebnis, dass technische Alternativangebote in der gegenständlichen Ausschreibung de facto zur Gänze ausgeschlossen sind. Das ist jedenfalls unzulässig (vgl. *Hahnl*, BVergG 2002,390).

Danach wurden die Antragslegitimation und das Interesse am Vertragsabschluss wie folgt begründet:

Die Antragstellerin beabsichtigt im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot zu legen. Sie ist jedenfalls befähigt und hat die Möglichkeit, den gegenständlichen Auftrag auszuführen.

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 im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht Art. 1 Abs. 3 iVm Art. 2 Abs. 1 lit.b der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG ist so zu verstehen, dass einem Unternehmer, der glaubwürdig behauptet, am Zustandekommen eines Vertrages interessiert zu sein und der sich durch die Form der Ausschreibung diskriminiert erachtet, jedenfalls ein rechtliches Interesse i.S.d. § 163 Abs. 1 BVergG und damit das Recht auf Überprüfung der behauptetermaßen rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen zusteht (vgl. u.a. BVA 13.04.2004, 15N-06/04-29).

Die Antragstellerin ist die Österreich-Niederlassung des weltweit tätigen Automobilkonzerns A\*\*\*. Dabei handelt es sich um einen der weltweit größten Autokonzerne, der im Jahr 2003 einen Umsatz von EUR xx,x Mrd. (group, worldwide) und einen Gewinn (group, worldwide) von EUR x,xx Mrd. Im Jahr 2003 hat R\*\*\* weltweit x.xxx.xxx Fahrzeuge verkauft hat (davon in Westeuropa x.xxx.xxx). Bei Neuzulassungen in Westeuropa erreichte R\*\*\* einen Marktanteil von xx,x

Prozent und ist damit der in Westeuropa führende Hersteller bei Pkw und Nutzfahrzeugen. Der M\*\*\* ( - der in der gegenwärtigen Ausschreibung aufgrund der unsachlichen Hubraumbemessung nicht entsprechend angeboten werden kann - ) war mit einem Marktanteil von x,x% im Jahr 2003 das meistverkaufte Fahrzeug in Westeuropa. In Österreich erreicht R\*\*\* 2003 mit einem Marktanteil von x,x Prozent (xx.xxx PKWs und Nutzfahrzeuge) die xxx Marktposition. R\*\*\* hat auch in Österreich bereits mehrmals Aufträge von öffentlichen Auftraggebern erhalten und z.B. schon im Jahr 2002 und 2003 Polizeifahrzeuge an das B\*\*\* geliefert! (Jüngst erhielt die Antragstellerin einen Auftrag über die Lieferung von xxx Stück K\*\*\* an die D\*\*\*, ebenfalls einer der Auftraggeber der gegenständlichen Ausschreibung).

Es kann daher im Ergebnis keine Zweifel daran bestehen, dass die Antragstellerin geeignet und im Stande wäre, den Auftrag in den oben angeführten Kategorien zu erbringen.

Die Antragstellerin hat auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erhalten:

Zunächst wird die Ausschreibung vom Bund, 5 Bundesländern, der D\*\*\*, den F\*\*\* sowie 4 weiteren Abrufberechtigten durchgeführt, die somit alle ihren Bedarf an KFZ für die nächsten Jahre mit d Ausschreibung auf einmal abdecken. Zusätzlich können jederzeit auch weil Abrufberechtigte in den Vertrag eintreten. (vgl. Punkt 3 des Rahmenvertrags).

Derzeit sind 8.000 Fahrzeuge ausgeschrieben, aufgrund Punkt 5. letzter Absatz ca. Rahmenvertrags kann zusätzlich aber noch eine Mehrmenge von bis zu 50 bezogen werden (d.h. die Ausschreibung umfasst unter Umständen bis zu 12.000 Fahrzeuge). Eine Ausschreibung für KFZ dieser Größenordnung hat es in den letzten Jahren in Österreich nicht gegeben. Dieses Volumen entspricht, aufgeteilt auf die Laufzeit von 6 Jahren, einer jährlichen Abnahmemenge von 1333 Stück. Zum Vergleich: In den Jahren 2000 bis 2003 betrug die PKW-Abnahmemenge des Bundes 3744 Stück, aufgeteilt auf 4 Jahre betrug also die durchschnittliche jährliche Abnahmemenge 936 Stück! Das bedeutet, dass die geplante Abnahmemenge gemäß der Ausschreibung 142% der durchschnittlichen PKW-Abnahme des Bundes der letzten Jahre beträgt! Die nun geplante Beschaffungsmenge entspricht somit voraussichtlich fast der gesamten KFZ - Beschaffung der Antragsgegner zumindest

für die nächsten 6 Jahre. Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass in diesem Zeitraum weitere Ausschreibungen (geschweige denn in auch nur annähernd dieser Größenordnung) durchgeführt werden.

Durch die oben genannten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung (vgl. oben Punkt 4) ergibt sich, dass die Antragstellerin von der Abgabe eines aussichtsreichen Hauptangebots und de facto generell von der Abgabe eines technischen Alternativangebots abgehalten wird. Die Antragstellerin wird dadurch unter anderem in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 21 BVergG, Vorliegen einer neutralen Leistungsbeschreibung gemäß § 74 BVergG sowie dem Recht zur Abgabe eines technischen Alternativangebots gemäß § 69 BVergG sowie insgesamt in ihrem Recht auf Erstellung eines ausschreibungs- und vergaberechtskonformen sowie chancenreichen Angebots verletzt

Schutzzweck des BVergG ist gerade und vor allem der freie, faire und lautere Wettbewerb unter der Gleichbehandlung aller Bieter. Auch der VfGH hat bereits mehrfach zum Wettbewerbsprinzip Stellung genommen und diesem eine zentrale Stellung unter den Grundsätzen des Vergaberechts eingeräumt (vgl. etwa BVA, 29.4.2004, 05N-28/03-18 mit Verweis auf VfGH 20.06.2001, B 1560/00).

Nach Darlegung ihres Interesses an dem gegenständlichen Auftrag begehrte die Antragstellerin schließlich im gegenständlichen Vergabeverfahren die Nichtigerklärung der Forderung "Hubraum" im Forderungskatalog der Kategorie 1, Forderung "Hubraum" im Forderungskatalog der Kategorie 6, Forderung "Hubraum" im Forderungskatalog der Kategorie 10, Forderung "Hubraum" im Forderungskatalog der Kategorie 12, Forderung "Laderaumvolumen" im Forderungskatalog der Kategorie 8 sowie Forderung der "Bauartgeschwindigkeit" im Forderungskatalog der Kategorie 3 der Ausschreibung sowie des letzten Satzes des Punktes 19. Abs. 2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der Ausschreibung.

Das Bundesvergabeamt ersuchte noch am 13.12.2004 die BBG um Stellungnahme zum Antragsvorbringen und um Vorlage "sämtlicher Unterlagen des

gegenständlichen Vergabeverfahrens im Original (unter Anschluss einer vollständigen Übersicht über sämtliche Unterlagen des Verfahrens)".

Die BBG wendete sich in ihrer Stellungnahme vom 16.12.2004 gegen die beantragte Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie gegen die Nichtigerklärung mit dem Hinweis auf die Interessenslage des Bundes, möglichst rasch eine Umstellung des Fuhrparks im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Sicheritsexekutive zu erreichen. Bei den vergabegegenständlichen Fahrzeugen handle es sich vor allem um Einsatzfahrzeuge des B\*\*\*. Im Rahmen der Schaffung eines einheitlichen Wachkörpers mit 1.7.2005 käme es zu organisatorischen Änderungen, die zu einem dringenden Bedarf an KFZ führen würde. Sollten diese KFZ nicht zur Verfügung stehen, sei die Einsatzbereitschaft nicht vollends gewährleistet und liege eine Gefährdung der Sicherheit vor.

Die BBG gab am 16.12.2004 eine (1.) Stellungnahme ab und legte folgende Unterlagen vor:

1. Stellungnahme der BBG zum geplanten Antragsvorbringen
2. Stellungnahme der BBG betr. Auftragswert, Verfahrensstand und Interessen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung
3. Vollmacht
4. BVA GZ 01/N-128/04-2
5. Verständigung von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens
6. Berichtigung/Fragebeantwortung
7. Ausschreibungsunterlagen berichtigt
8. Bewerberanfragen
9. Antwortschreiben betr. die Bedenken gegen die Ausschreibungsbedingungen
10. Bedenken gegen die Ausschreibungsbedingungen
11. Vergabebekanntmachung
12. Ausschreibungsunterlagen
13. Begründung betreffend Ausschluss von technischen Alternativangeboten
14. Marktübersicht

In der Stellungnahme der BBG vom 16.12.2004, Unterlage Nr. 1, wurde zum Vorbringen der Antragstellerin u.a. erwidert:

Zu den Muss-Forderungen Hubraum:

Die geforderten Hubraumspezifikationen (Mindestforderungen) verstehen sich als Notwendigkeit für die beabsichtigte zweckmäßige, sparsame und wirtschaftliche Umsetzung eines Fuhrparkmanagementkonzeptes. Dies stellt insbesondere auf maximal erzielbare Restwerte ab.

Gemäß Eurotax (breitester und detaillierter Marktüberblick für gebrauchte Kraftfahrzeuge) ist ein Bewertungssystem mit entsprechenden Abschlägen für kleinere Hubräume und entsprechend höher ins Gewicht fallende Mehrkilometer normiert. Aus dieser geht hervor, dass kleineren Hubräumen generell geringere Normkilometerleistungen zugeschrieben werden. Aus dem Zuschlagssystem für über die Normkilometer hinausgehenden Mehrkilometer geht hervor, dass Mehrkilometer bei kleineren Hubräumen wertmindernd ins Gewicht fallen als bei Motoren mit größeren Hubräumen. Dies ist besonders im Hinblick auf die hohen Jahreskilometerleistungen der zu beschaffenden Einsatzfahrzeuge relevant, die mit 25.000 bis 35.000 km p.a. zum Teil über 100% über der jeweils definierten Normkilometerleistung liegen. Die von Eurotax vorgenommene Hubraumabgrenzung orientiert sich am Markt. Sämtliche von der BBG gewählten Hubraumforderungen - welche sich ja an der von Eurotax vorgenommenen Hubraumabgrenzung orientieren - sind selbstverständlich marktweit vorhanden. Auch die Antragstellerin ist in der Lage, ausschreibungskonform anzubieten (und zwar günstiger als viele in Frage kommenden Mitbewerber). Dass die Antragstellerin ein nicht der Ausschreibung entsprechendes Fahrzeug günstiger anbieten kann als ein der Ausschreibung entsprechendes Fahrzeug trifft auf alle Bewerber zu und nicht nur auf die Antragstellerin allein.

Der Auftraggeber geht davon aus, dass Motoren mit größerem Hubraum für höhere Kilometerleistungen ausgelegt sind. Dies wird durch die Eurotax bestätigt Fahrzeuge mit geringem Hubraum sind daher jedenfalls schlechter für den Exekutivdienst geeignet. Dementsprechend sieht sich der Auftraggeber gezwungen, eine Grenze einzuziehen. Bei Festlegung der Kriterien ist der Auftraggeber prinzipiell frei, diese Freiheit ist lediglich durch das Gleichbehandlungsgebot beschränkt. Dieses wird nicht verletzt, da es vielen Marktteilnehmern, 50 auch der Antragstellerin, möglich ist, zu den ausgeschriebenen Bedingungen anzubieten.

#### Zu den Muss-Forderungen Bauartgeschwindigkeit:

Die gegenständlichen Kfz werden von der Sicherheitsexekutive (einschließlich Grenzdienst zur Überwachung der EU-Außengrenze) in Form von Blaulicht-Streifenfahrzeugen und Zivilstreifenfahrzeugen verwendet. Blaulicht-Streifenfahrzeuge haben eine umfangreiche exekutivspezifische Ausrüstung mit zu fahren und werden bei Einsatzfahrten häufig im Hochgeschwindigkeitsbereich bzw. fahrtechnischen Grenzbereich gefahren. Zivilstreifenfahrzeuge werden ständig für Verfolgungsfahrten im Hochgeschwindigkeitsbereich bzw. Grenzbereich, im Verkehrsüberwachungsdienst und bei der Kriminalitätsbekämpfung eingesetzt. Auch im Hinblick auf die stetig stärker werdende Motorisierung der übrigen Verkehrsteilnehmer bzw. Straftäter sind die definierten Mindestbauartgeschwindigkeiten für das B\*\*\* die absolut unterste Grenze.

Bei einem Unterschreiten der geforderten Mindest-Bauartgeschwindigkeit und/oder Mindest-Motorleistung wären die Kfz für den vorgesehenen Verwendungszweck nicht mehr geeignet, und eine entsprechende Aufgabenerfüllung der Sicherheitsexekutive definitiv nicht gewährleistet.

Die Bauartgeschwindigkeiten wurden als Maximalkompromiss zwischen "gerade noch entsprechend für die exekutivspezifische Aufgabenerfüllung" und "möglichst breiten Wettbewerb" auf das Äußerste reduziert festgelegt. Die betreffend die Kategorie 3 von der Antragstellerin monierte "Unsachlichkeit" der Forderung Bauartgeschwindigkeit ist nicht gegeben sondern sachlich begründet in der Tatsache, dass mehrere Fahrzeugmodelle verschiedener Hersteller dieser Forderung gerade noch entsprechen.

Dass die Antragstellerin ein nicht der Ausschreibung entsprechendes Fahrzeug günstiger anbieten kann als ein der Ausschreibung entsprechendes Fahrzeug trifft auf alle Bewerber zu und nicht nur auf die Antragstellerin allein.

#### Zu den Muss-Forderungen Laderraumvolumen:

Die gegenständlichen Kfz werden von der Sicherheitsexekutive als Blaulichtstreifenfahrzeuge mit umfangreicher Ausrüstung (z.B. Ausrüstungsbehälter, Verkehrsleitkegel, Waffen, Schutzausrüstung, Alkomat, Weitwarnleuchten, Fotogrammetrie-Ausrüstung, Absperrmaterial u. dergl.) eingesetzt. Segmentüblich sind für Fahrzeuge dieser Kategorie (Großraumlimousinen bzw. Vans) ober 800 Liter

Kofferraumvolumen (auf Basis 2 Sitzreihen). Damit würde das B\*\*\* das Auslangen finden. Aufgrund der Tatsache, dass ein einziges Fahrzeugmodell dieses Fahrzeugsegmentes - nämlich der E\*\*\* lt. Herstellerangaben nur 780 Liter Kofferraumvolumen aufweist, erfolgte auch hier ein Maximalkompromiss zwischen "gerade noch entsprechend für die exekutivspezifische Aufgabenerfüllung" und "möglichst breiter Wettbewerb", um R\*\*\* die Vorlage eines Angebotes auch für diese Kategorie zu ermöglichen. Bei einer Reduktion (die Antragstellerin wünscht sich 650 Liter Laderaumvolumen) des geforderten Mindest-Kofferraumvolumens wären die Kfz für den vorgesehenen Verwendungszweck nicht mehr geeignet, und eine entsprechende Aufgabenerfüllung der Sicherheitsexekutive definitiv nicht gewährleistet.

Dass die Antragstellerin ein nicht der Ausschreibung entsprechendes Fahrzeug günstiger anbieten kann als ein der Ausschreibung entsprechendes Fahrzeug trifft auf alle Bewerber zu und nicht nur auf die Antragstellerin allein.

Für die Berechnung der geforderten Laderaumvolumina wurden, weil die Fahrzeuge unterschiedliche darauf Einfluss nehmende fahrzeugarchitektonische Ausprägungen haben (z.B. Fensterhöhe, Radkästen, Kofferraumabdeckung, verstellbare Rückbänke u. dergl.), konkret genannte, branchenübliche Maßnormen für zulässig erklärt, um die erforderliche Vergleichbarkeit sicher zu stellen. (Siehe Seite 27 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen.)

#### Ad Unzulässigkeit von Alternativangeboten:

Technische Alternativangebote, welche sich auf Hubraum, Leistung, Kraftstoffart, Bauartgeschwindigkeit, Fahrzeughöhe, Fahrzeulgänge, Laderaumvolumen, Laderaumlänge, höchstzulässige Belastung, Böschungswinkel, Bodenfreiheit, Wattiefe oder Farbe beziehen, sind unzulässig.

Die sachliche Notwendigkeit für den Ausschuss derartiger Alternativangebote ist gegeben und begründet sich im einzelnen wie folgt:

#### Ad Hubraum:

Die geforderten Hubraumspezifikationen (Mindestforderungen) verstehen sich als Notwendigkeit für die beabsichtigte zweckmäßige, sparsame und wirtschaftliche Umsetzung eines Fuhrparkmanagementkonzeptes. Dies stellt insbesondere auf maximal erzielbare Restwerte ab. Gemäß Eurotax (breitester und detaillierter

Marktüberblick für gebrauchte Kraftfahrzeuge) ist ein Bewertungssystem mit entsprechenden Abschlägen für kleinere Hubräume und entsprechend höher ins Gewicht fallende Mehrkilometer normiert. Aus dieser geht hervor, dass kleineren Hubräumen generell geringere Normkilometerleistungen zugeschrieben werden. Aus dem Zuschlagssystem für über die Normkilometer hinausgehenden Mehrkilometer geht hervor, dass Mehrkilometer bei kleineren Hubräumen wertmindernder ins Gewicht fallen als bei Motoren mit größeren Hubräumen. Dies ist besonders im Hinblick auf die hohen Jahreskilometerleistungen der zu beschaffenden Einsatzfahrzeuge relevant, die mit 25.000 bis 35.000 km p.a. zum Teil über 100% über der jeweils definierten Normkilometerleistung liegen. Fahrzeuge mit geringem Hubraum sind daher jedenfalls schlechter für den Exekutivdienst geeignet. Dementsprechend sieht sich der Auftraggeber gezwungen, eine Grenze einzuziehen.

#### Ad Leistung und Bauartgeschwindigkeit:

Die gegenständlichen Kfz werden von der Sicherheitsexekutive (einschließlich Grenzdienst zur Überwachung der EU-Außengrenze) in Form von Blaulicht-Streifenfahrzeugen und Zivilstreifenfahrzeugen verwendet. Blaulicht-Streifenfahrzeuge haben eine umfangreiche exekutivspezifische Ausrüstung mit zu fahren und werden bei Einsatzfahrten häufig im Hochgeschwindigkeits- bzw. fahrtechnischen Grenzbereich gefahren. Zivilstreifenfahrzeuge werden ständig für Verfolgungsfahrten im Hochgeschwindigkeits- bzw. Grenzbereich im Verkehrsüberwachungsdienst und bei der Kriminalitätsbekämpfung eingesetzt. Auch im Hinblick auf die stetig stärker werdende Motorisierung der übrigen Verkehrsteilnehmer bzw. Straftäter sind definierten Mindest-Bauartgeschwindigkeiten und Mindest-Motorleistungen für das B\*\*\* die absolut unterste Grenze. Bei einem Unterschreiten der geforderten Mindest-Bauartgeschwindigkeit und/oder Mindest-Motorleistung wären die Kfz für den vorgesehenen Verwendungszweck nicht mehr geeignet, und eine entsprechende Aufgabenerfüllung der Sicherheitsexekutive definitiv nicht gewährleistet.

#### Ad Kraftstoffart:

Grundsätzlich haben die Fahrzeuge dieselbetrieben zu sein. Wo durch eine solche Forderung ein breiter Wettbewerb verunmöglicht wäre (Kategorien 5, 10 und 12)

sind daher ausnahmsweise auch benzinbetriebene Fahrzeuge zulässig. Die Entscheidung für die grundsätzliche Dieselbetriebbarkeit liegt begründet in einer Grundsatzentscheidung des B\*\*\* und in den derzeit in Begutachtung befindlichen Umweltleitlinien des Bundes. Die Nichtzulässigkeit alternativbetriebener Fahrzeuge (Gas, Wasserstoff, Strom u. dergl.) liegt begründet im nicht flächendeckend vorhandenen Versorgungsnetz.

Ad Fahrzeughöhe und Fahrzeuglänge:

Die geforderten Fahrzeuglängen- und Fahrzeughöhenmaße sind im Hinblick der Notwendigkeit eines dem Aufgabenspektrum entsprechenden Erscheinungsbildes der Exekutive festgelegt. Bei Unterschreitung dieser Maße ist ein Imageschaden der Exekutive zu befürchten.

Ad Laderaumvolumen. Laderaumlänge und höchstzulässige Belastung:

Die geforderten Spezifikationen verstehen sich als unterstes Limit und sind in der besonders umfangreichen exekutivspezifischen Ausrüstung (z.B. Ausrüstungsbehälter, Verkehrsleitkegel, Waffen, Schutzausrüstung, Alkomat, Weitwarnleuchten, Fotogrammetrie-Ausrüstung, Absperrmaterial u. dergl.) begründet. Bei einer Unterschreitung dieser Mindestforderungen wären die betreffenden Kraftfahrzeuge für den vorgesehenen Verwendungszweck definitiv nicht mehr geeignet.

Ad Böschungswinkel, Bodenfreiheit und Wattiefe:

Die geforderten Spezifikationen verstehen sich als unterstes Limit für die Einsatz erforder nisse von Geländefahrzeugen und sind in der Topographie und Bodenbeschaffenheit der Einsatzorte abseits befestigter Fahrbahnen begründet. Bei einer Unterschreitung dieser Mindestforderungen wären die betreffenden Kraftfahrzeuge für den vorgesehenen Verwendungszweck definitiv nicht mehr geeignet.

Ad Farbe:

Die geforderten Farbspezifikationen (Metalliclackierung) verstehen sich als Notwendigkeit für die beabsichtigte zweckmäßige, sparsame und wirtschaftliche Umsetzung eines Fuhrparkmanagementkonzeptes. Dies stellt insbesondere auf

maximal erzielbare Restwerte ab (weit größerer Markt für Gebrauchtfahrzeuge mit Metalliclackierungen als für Gebrauchtfahrzeuge mit Standardlackierungen).

Aus oben dargestellten Gründen ergibt sich, dass alle vom Auftraggeber geforderten Spezifikationen sachlich gerechtfertigt oder auch nicht diskriminierend wären und dementsprechend auch nicht rechtswidrig wären, so die Vertreterin der Auftraggeber.

Das BVA hat im Zuge der Interessensabwägung des Provisorialverfahrens bei Gewährung der einstweiligen Verfügung bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 13. Februar 2005, keine Bedenken gehabt, dass die Möglichkeit der Indienststellung einer ausreichenden Anzahl von Fahrzeugen zum 1. Juli 2005 gefährdet wäre. Es wurde deshalb das Vergabeverfahren im Rahmen der einstweiligen Verfügung vom 17. Dezember 2004, 01N-128/04-6, ausgesetzt.

Da nach Durchsicht der vorgelegten Unterlagen davon auszugehen war, dass von den Antragsgegnern nicht alle Teile des Vergabeverfahrens vorgelegt worden waren, sah sich das Bundesvergabeamt genötigt am 20.12.2004 nochmals die Vertreterin der Auftraggeber aufzufordern, sämtliche Unterlagen des Vergabeverfahrens vorzulegen.

Es wurden sodann am 22.12.2004 in einer (2.) Stellungnahme folgende Unterlagen vorgelegt:

1. Schreiben "Nachreichung von Unterlagen und Einvernahme eines weiteren Zeugen"
2. Auftrag zur Verfahrensdurchführung des B\*\*\* samt Spezifikationen
3. Spezifikationskorrektur des B\*\*\*
4. Kategoriekorrekturen des B\*\*\*
5. Bedarfsmeldungen "sonstige Berechtigte"
6. Änderungsvorschlag BBG samt Abstimmungsanmerkungen
7. Wertverlustanalysen
8. Mengengerüst und Festlegungen betr. Lebenslaufkostenermittlung
9. Spezifikationserklärung "Early-Warner"

10. B\*\*\*-Info betr. Fahrzeugfolierung
11. Klärung Vertragsklausel Reparaturunterlagen und Schulungsmaßnahmen
12. Einverständnis des B\*\*\* betr Ausschreibungsunterlagen

Am 30.12.2004 ergänzte die Antragstellerin in einer Stellungnahme unter dem Gesichtspunkt der Äußerungen der Antragsgegner ihr Vorbringen. Die Begründung hinsichtlich der Muss-Forderung Hubraum, nämlich der Wiederverkaufswert nach Eurotax, sei für Dieselmotoren kleinerer Hubraumgröße, die jedoch mit moderner Common-Rail-Technologie ausgestattet seien, nicht relevant. Darüber hinaus gelten für Fuhrpark-Fahrzeuge eigene Gebrauchtwagen-Marktverhältnisse. Die Klasseneinteilung bei Eurotax erfolge darüber hinaus jeweils nach 500 ccm - Einheiten, eine Einteilung mit 1550 ccm, 1750 ccm, 1850 ccm und 2250 ccm sei nicht erklärbar. Hinsichtlich der Bauartgeschwindigkeit wurde darauf verwiesen, dass auch ein leistungsbezogenes Anforderungsprofil keine willkürlichen Schwellen beinhalten darf. Das konkrete KFZ-Angebot mehrerer Hersteller habe die Ausgestaltung der Forderung der Bauartgeschwindigkeit bzw. des Laderaumvolumens beeinflusst, wie aus der Darstellung der Marktsituation der Antragsgegner ersehen werden könne. Jedenfalls sei jedoch die Unzulässigkeit von technischen Alternativangeboten bei bestimmten Bereichen unzulässig. Daraus ergäben sich zusätzliche Erschwernisse bei der Gestaltung von Rabatten, die jeweils von der Anzahl der Kategorien abhänge und den Möglichkeiten der Gestaltung der Angebote. Letztlich könnte dies zu einer "Quersubventionierung" von einzelnen Kategorien führen. Eine Weiterführung von Teilen der Ausschreibung sei deshalb nicht statthaft.

Am 5.1.2005 erfolgte eine mündliche Verhandlung vor dem BVA. Im Zuge dieser Verhandlung bekräftigte die Antragstellerin ihr bisheriges Begehrten und verwies im Wesentlichen auf das bisherige Vorbringen. Weiters führte sie aus, dass auch Unterschiede bestehen in den Kriterien hinsichtlich der seinerzeitigen Ausschreibung des B\*\*\* aus dem Jahr 2002 und der nunmehrigen Ausschreibung bestünden. Dies beträfe insbesondere "Festlegung von Hubraumklassen" im Gegensatz zur nunmehr festgelegten Mindesthubraumgröße und ebenso die Motorleistung. Des Weiteren könnte die "Eurotax"-Liste nicht für polizeiliche Flottenfahrzeuge angewendet werden.

Die BBG widersprach dem Vorbringen der Antragstellerin und verwies auf ihr bisheriges schriftliches Vorbringen. Darüber hinaus wurde hinsichtlich der Unterlage Nr. 6 der zweiten Stellungnahme der BBG festgestellt, dass diese Unterlage "KFZ-Ausschreibung Teil 1 (Liefervertrag) Vorschläge bzw. Klärungsbedarf" vom Bereichsleiter der BBG für KFZ erstellt wurde und die schriftlichen Anmerkungen von ihm im Zuge eines Abstimmungsgespräches mit den Vertretern des B\*\*\* erfolgten. Zum sonstigen Vorbringen der Antragstellerin legt die BBG dar, dass in der vorliegenden Ausschreibung Bedacht genommen wurde auf ein künftiges Fuhrpark-Management. Insgesamt sei das Bestreben der Auftraggeber den ökonomischen Aspekten der Auftragsvergabe, insbesondere auch des Wiederverkaufswertes der KFZ, entsprechend Rechnung zu tragen. Dies hätte auch zu Veränderungen bei der Erstellung von Kriterien geführt.

Der Antrag auf Nichtigerklärung ist berechtigt.

Gemäß § 163 BVerG 2002 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 21 BVerG 2002 sind Aufträge über Leistungen nach einem diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

Gemäß § 20 Z 13 lit a sublit aa BVerG 2002 ist die Ausschreibung eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Gemäß § 69 Abs 1 BVergG 2002 sind bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollen, Alternativangebote zulässig. Alternativangebote sind überdies, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anders angegeben, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. Eine Nichtzulassung von technischen Alternativangeboten ist nur aus wichtigen Gründen vorzusehen und auf jene Teilleistungen zu beschränken, für die eine sachliche Notwendigkeit besteht.

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BVergG 2002. Gemäß § 2 Abs 2 Z 2 BB-GmbH-Gesetz idF BGBI Nr. 99/2002, zählt zu den Aufgaben der Bundesbeschaffung GesmbH (BBG) die Durchführung von Vergabeverfahren einschließlich des Abschlusses von Rahmenverträgen im Namen und auf Rechnung des Bundes. Gemäß § 3 Abs 3 BB-GmbH-Gesetz ist die BBG auch berechtigt, im Namen und auf Rechnung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden sowie von öffentlichen Auftraggebern gemäß § 7 Abs 1 Z 2 und Z 3 BVergG 2002, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die nicht in den Vollzugsbereich des Bundes fallen, Vergabeverfahren zur Deckung des Bedarfes an Waren und Dienstleistungen durchzuführen. Zwar fallen die Auftragsvergaben der Länder Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Vorarlberg nicht in den Vollzugsbereich des Bundes, das Verhältnis zu dem Auftragswert des Bundes und der im Einflussbereich des Bundes stehenden Gesellschaften bedingt, dass das BVA gemäß § 135 Abs 2 BVergG 2002 zur Überprüfung des gesamten Vergabeverfahrens zuständig ist.

Unstrittig ist der gegenständliche Auftrag als Lieferauftrag iSd § 2 BVergG 2002 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt gemäß § 12 Abs 3 iVm Abs 4 BVergG 2002 EUR 120 Mio (exkl. USt), womit der einschlägige Schwellenwert von § 9 Abs 1 für Lieferaufträge als überschritten anzusehen ist. Dementsprechend hat der gemäß § 142 Abs 1 iVm § 145 BVergG 2002 zuständige Senat 1 in der Angelegenheit zu entscheiden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Hinsichtlich einzelner Forderungen im Forderungskatalog ist ein Auftraggeber grundsätzlich frei, sachlich gerechtfertigte Muss-Kriterien zu formulieren. Die

Grenzen dieser Freiheit werden jedoch dann erreicht, wenn sich aus den Muss-Kriterien sachlich ungerechtfertigt Ausschreibungsbedingungen ergeben, die den Grundsätzen des Vergaberechts, insbesondere des freien und lauteren Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung der (möglichen) Bewerber und Bieter entgegenstehen.

Das BVA hat bereits in seiner Entscheidung vom 30.9.2002, N-41/02-27, verstärkter Senat (vgl. *Sachs/Hahn*, BVergSlg, Rz 12.20), hinsichtlich der Ausschreibung von technischen Spezifikationen bei der Beschaffung von KFZ ausgeführt, dass technische Spezifikationen nur dann verlangt werden können, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind. Ungewöhnliche Spezifikationen oder zu ungenaue Spezifikationen lassen starken Zweifel an der tatsächlichen Notwendigkeit dieser Spezifikationen auftreten, insbesondere, wenn diese Spezifikationen zwischen Dienststellen mit grundsätzlich gleichen Anforderungen wesentlich differieren.

Das BVA sieht keine Veranlassung, von diesen Grundsätzen abzugehen.

Gemäß § 2 Abs 2 Z 5 und Z 6 BB-GmbH-G ist es u.a. Aufgabe der BBG die Entwicklung eines Einkaufsmarketings (z.B.: Durchführung von Marktbeobachtungen, Markt- und Lieferantenanalysen) sowie die Implementierung von Normen, die Entwicklung von Standards sowie die Modularisierung von Bedarfen nach Anhörung der Dienststellen. Nach § 4 Abs 1 leg cit haben die Bundesdienststellen u.a. an der Bedarfserhebung, der Standardisierung und Modularisierung der Bedarfe, an der Implementierung von Normen mitzuwirken. Die Gesellschaft hat entsprechende Vorschläge zu erstatten.

Das BVA kann den vorgelegten Unterlagen der BBG (2. Stellungnahme, Unterlage Nr 5) entnehmen, dass - neben der Anforderung des B\*\*\* - lediglich für 7 KFZ verbindliche Anforderungen der Monopolverwaltung GmbH sowie der Brenner Eisenbahn GmbH an die BBG gestellt wurden. Alle anderen Auftraggeber haben der BBG gegenüber lediglich unverbindliche Bedarfe gemeldet. In Anbetracht der vom BMI geforderten Größenordnung geht das BVA davon aus, dass die Absicht besteht, die ausgeschriebene Leistung auch tatsächlich vollständig zur Vergabe zu bringen (§ 21 Abs 4 BVergG 2002).

Mit Ausnahme des BMI liegt den Bedarfsmeldungen kein technisches Pflichtenheft bei. Lediglich die F\*\*\* verweisen auf besondere Geländetauglichkeit und erforderliche Bodenfreiheit der KFZ, ohne konkrete technische Angaben zu machen.

Die vorliegende Ausschreibung zur Beschaffung von KFZ charakterisiert sich durch zwölf verschiedene Kategorien. Diese zwölf Kategorien resultieren offensichtlich aus dem technischen Pflichtenheft, welches das B\*\*\* zusammengestellt hat. Darin enthalten ist eine "Basisausstattung", die die technischen Spezifikationen der KFZ beinhaltet (2. Stellungnahme der BBG, Unterlage Nr. 2 bzw. Nr. 3)

In den Akten der BBG (2. Stellungnahme, Unterlage Nr. 6) findet sich eine 10-seitige Darstellung wieder, die hinsichtlich dieser Spezifikationen "Vorschläge bzw. Klärungsbedarf" beinhaltet. Darin werden zu den einzelnen Kategorien Veränderungen der Kriterien gegenüber dem Pflichtenheft des B\*\*\* vorgeschlagen.

Gleichzeitig finden sich in einem allgemeinen Teil Ausschreibungsbestimmungen, die für alle zwölf Kategorien Geltung besitzen. Eine dieser allgemein geltenden Bestimmung ist der letzte Satz des Punktes 19 Abs 2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der Ausschreibung, der sich auf Alternativangebote bezieht. Dieser Satz besagt, dass "technische Alternativangebote, welche sich auf Hubraum oder Leistung oder Kraftstoffart oder Bauartgeschwindigkeit oder Fahrzeulgänge oder Fahrzeughöhe oder Laderaumvolumen oder Laderaumlänge oder höchst zulässige Belastung oder Böschungswinkel oder Bodenfreiheit oder Watttiefe oder Farbe beziehen, unzulässig sind".

Das BVA hat deshalb gemäß der Anwendung des § 69 Abs 1 BVergG 2002 die Auftraggeber ersucht, die wichtigen Gründe zur Nichtzulassung von technischen Alternativangeboten für diese Teilleistungen darzulegen.

Die in den Stellungnahmen der Auftraggeber enthaltenen Gründe vermögen nicht in allen Punkten zu überzeugen.

Erstens wird nicht der Einsatzbereich der KFZ unterschieden. Es kann davon ausgegangen werden, dass technische Spezifikationen zwischen Einsatzfahrzeugen der Sicherheitskräfte und KFZ für bestimmte Gesellschaften des Bundes

unterschiedliche Anforderungen bedingen. Andererseits lassen die Stellungnahmen eine schlüssige Argumentation vermissen, weshalb bestimmte technische Spezifikationen als Muss-Kriterium für die Indienststellung der KFZ unabdingbar sind.

Bei der Beurteilung der technischen Spezifikationen ist davon auszugehen, dass sie unterschiedliche Auswirkungen für Bewerber und Bieter haben. Bestimmte Kriterien, wie etwa Fahrzeulgänge, Fahrzeughöhe, Tankvolumen, Laderaumvolumen, Laderaumlänge, Belastung, Böschungswinkel, Bodenfreiheit, Watttiefe sind in der Regel bauartbedingte Maße für ein bestimmtes KFZ-Modell, während dessen Hubraum, Leistung, Kraftstoffart oder Bauartgeschwindigkeit zumeist von der Motorisierung der KFZ abhängig ist.

Betrachtet man die Zulässigkeit von Alternativangeboten im Hinblick auf die sonstigen Forderungen aus der Ausschreibung, darf man nicht außer Acht lassen, dass in den Ausschreibungsbedingungen, wenn auch an anderer Stelle, zusätzliche Muss-Forderungen bestehen, die eine weitere Verringerung des Angebotes bewirken, etwa durch die Bestimmung einer Mindestanzahl von Vertragswerkstätten für die betreffenden KFZ.

Alternativangebote sind nach den vorliegenden Ausschreibungsbedingungen jedoch jedenfalls nur dann zulässig, wenn in der jeweiligen Kategorie ein ausschreibungskonformes Hauptangebot gelegt wurde. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass KFZ-Typen, die den Muss-Kriterien auf Grund ihrer Modell-Bauart nicht entsprechen, jedenfalls auch nicht für Alternativangebote durch Veränderungen des Motorenangebotes in Frage kommen. Deshalb kommt den Kriterien der Fahrzeulgänge, Fahrzeughöhe, Tankvolumen, Laderaumvolumen, Laderaumlänge, Belastung, Böschungswinkel, Bodenfreiheit, Watttiefe besondere Sensibilität zu. So nützt es beispielsweise einem Bieter auch nichts, wenn etwa in der Kategorie Geländefahrzeuge das Tankvolumen - derzeit als Muss-Kriterium - alternativ veränderbar wäre, da üblicherweise ein Fahrzeughersteller nur ein Modell in dieser Kategorie anbietet, und bei Nichterreichen des Muss-Kriteriums „Tankvolumen“ weder ein ausschreibungskonformes Hauptangebot, geschweige denn ein Alternativangebot, gelegt werden könnte.

Die Begründung der Auftraggeber hinsichtlich der Muss-Kriterien ist deshalb genau zu untersuchen:

\* Die Forderung unterschiedlicher "Mindest-Fahrzeuggängen" als "Muss-Kriterium" in allen Kategorien.

In den Stellungnahmen wird argumentiert, dass die Mindestaußenlänge als "Muss-Kriterium" erforderlich sei, ansonsten ein Image-Schaden für die Polizei bei Unterschreiten dieser Forderung bestünde.

Eine fundierte Untersuchung dieses behaupteten Image-Schadens liegt nicht vor. Die Auftraggeber widersprechen sich auch selbst, wenn sie in den verschiedensten Kategorien "Mindestaußenlängen" auf 10 Millimeter genau vorschreiben, diese Mindestaußenlängen jedoch zueinander in den einzelnen Kategorien deutlich variieren. Es ist unerklärbar, weshalb das Unterschreiten von Mindestaußenlängen (zB: Kategorie 6: "4170 Millimeter", Kategorie 10: "4460 Millimeter") in den verschiedensten Kategorien einen Image-Schaden für die Polizei verursachen würde; letztlich könnte eine - einzige - Mindestaußenlänge nur dann keinen behaupteten (und bisher nicht fundiert begründeten) Image-Schaden verursachen, wenn diese Außenlänge zumindest für alle Fahrzeugkategorien gelten würde.

Tatsächlich muss das BVA jedoch feststellen, dass dieses Muss-Kriterium der Ausschreibung ursprünglich nicht für alle Kategorien im technischen Pflichtenheft des BMI enthalten war. Vielmehr steht in der Unterlage Nr. 6 der 2. Stellungnahme der Auftraggeber, generelle Anmerkungen, dazu:

"Fahrzeug-Außenmaße (Länge, Höhe) werden aufgrund der nicht mehr eindeutigen Klassenabgrenzungen dringend empfohlen.

- Nachschiebetaktik der Hersteller (Modellserie wächst mit)
- Klassenabgrenzung erforderlich für fairen Wettbewerb"

Dazu gibt es ua noch schwer entzifferbare handschriftliche Anmerkungen: "B\*\*\*: Imageprobleme bei zu kleinen Fahrzeugen (keine ausreichende Präventivwirkung)". Aus diesen Unterlagen ist somit keine nachweisbare Begründung ersichtlich, weshalb millimetergenaue Fahrzeug-Außenmaße als Muss-Kriterium wirklich erforderlich sind.

\* Die Forderung unterschiedlicher "Mindest-Fahrzeughöhen" als Muss-Kriterium in manchen Kategorien.

Vergleichbar zu den Mindest-Fahrzeuglängen argumentieren die Auftraggeber hinsichtlich des behaupteten Image-Schadens bei Unterschreiten der Mindestaußenhöhe. Allerdings ist die Fahrzeughöhe nicht in allen Kategorien ein "Muss-Kriterium", weshalb sich die Argumentation hinsichtlich der Kategorien, in denen ein Unterschreiten der "Muss-Kriterien" einen Image-Schaden der Polizei bewirken würde, selbst ad absurdum führt und die Unterlagen diesbezüglich jede fundierte Untersuchung bzw. Begründung vermissen lassen.

\* Die Forderungen "Laderaumvolumen", "Laderaumlänge", "Belastung" als "Muss-Kriterien":

Die Auftraggeber blieben - bis auf die allgemeine Behauptung, dass ein Mindestmaß an "Laderaumvolumen", "Laderaumlänge" und "Belastung" erforderlich ist - schuldig nachzuweisen, weshalb genau die in den jeweiligen Kategorien genannten Volumina erforderlich sind, ohne die Grundsätze des Vergabeverfahrens zu beeinträchtigen.

Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass bestimmte Mindestvolumina tatsächlich für den Einsatzzweck erforderlich sind, die unterschiedlichen Anforderungen in den Kategorien bewirken jedoch Zweifel an der nutzungsorientierten Ausrichtung dieser Forderungen. Dies erhellt sich etwa an den im technischen Pflichtenheft des B\*\*\* angeführten unterschiedlichen Ladevolumina. Die Forderungen sind auch in so ferne unschlüssig, weil substantiell vergleichbare Kategorien mit einer geforderten längeren Mindestaußenlänge (PKW Kombi lang; Mindest-Außenlänge: 4460 mm) eine geringere Laderaumlänge aufzuweisen haben (Mindest-Laderaumlänge: 980 mm) als Kategorien mit einer geringeren Mindestaußenlänge (PKW Kombi kurz; Mindest-Außenlänge: 4350 mm; Mindest-Laderaumlänge: 995 mm). Dass diese Kriterien offensichtlich doch nicht millimetergenau Einsatz bedingt erforderlich sind ergibt sich beispielsweise wieder aus der 2. Stellungnahme, Unterlage Nr. 6, zur - damals geplanten - Kategorie 1:

"- Vorschlag: Festlegung der Laderaumlänge auf mind. 995 mm (ursprünglich 1000 mm, jedoch G\*\*\* - erfüllt sonst alle Forderungen - hat genau 999 mm!) - 1 mm zu wenig!

- Vorschlag: Reduktion der hzl. Belastung auf 490 kg, da H\*\*\* für den I\*\*\* 1,8 TdCI 85 kW (=Motorvariante verstärkt) nur ca 494 kg"

zu Kategorie 2:

"- Vorschlag: Wenn möglich Reduktion der Forderung Laderraumvolumen von 600 l auf 550 l - Z\*\*\* hat nur 550 l

- Vorschlag: Wenn möglich Reduktion der hzl. Belastung von 600 kg auf 590 kg - O\*\*\* 2,2 (=verstärkte Motorversion) hat nur 595 kg".

zu Kategorie 5:

"- Vorschlag: Wenn möglich Reduktion des Laderraumvolumens von 800 l auf 780 l, um E\*\*\* zu integrieren (780 l) - reduziert Einspruchsgefahr"

zu Kategorie 7:

"- Laderraumvolumen wenn möglich von 500 l auf 480 l setzen (N\*\*\* G-Limit)"

All diese Anmerkungen lassen darauf schließen, dass die BBG bestrebt war, eine ihren Marktüberlegungen entsprechende Ausschreibung zu erreichen, die tatsächlichen Anforderungen aber letztlich nicht absolut zwingend, Einsatz bedingt als Muss-Kriterien zu definieren waren. Die diesbezügliche Argumentation und Rechtfertigung der Auftraggeber stimmen mit den übermittelten Unterlagen nicht überein.

\* Die Forderungen "Böschungswinkel", "Bodenfreiheit", "Watttiefe" als "Muss-Kriterien":

Auch wenn die Forderungen im Zuge der Beschaffung von Geländefahrzeugen grundsätzlich vernünftig und verständlich sind, blieben die Auftraggeber eine überzeugende, weil nachvollziehbare Darstellung der geforderten Muss-Kriterien schuldig. Der allgemeine Hinweis, dass bei Unterschreiten der Kriterien eine Sicherstellung des Einsatzes der Sicherheitskräfte nicht gewährleistet ist, vermag mangels Vorliegen entsprechender Erfahrungswerte bzw. Unterlagen nicht zu überzeugen. Auch diesbezüglich gilt Ähnliches wie zum vorhergehenden Punkt.

Bei all diesen Muss-Kriterien ist jedenfalls darauf zu achten, dass der freie und lautere Wettbewerb sowie die Gleichbehandlung der möglichen Bieter und Bewerber iSd § 21 BVergG 2002 grundsätzlich gewahrt bleibt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Auftraggeber bei der Auswahl der Kriterien tatsächlich ihre sachlich gerechtfertigten Erfordernisse im Auge behielten und nutzer- bzw. anforderungsorientiert ausgeschrieben haben.

Der Zweifel wird umso größer, je differenzierter die Einhaltung von Muss-Kriterien auch bei den technischen Spezifikationen der Motoren vorzuliegen hat. Es mag zwar sein, dass Bewerber oder Bieter durch andere Motorisierungen einzelne Muss-Kriterien erfüllen können, dies ändert jedoch nichts am Umstand, dass die Begründung der Vorschreibung von unabdingbaren Muss-Kriterien durch den Auftraggeber zu rechtfertigen ist.

\* Die Forderung "Hubraum" als "Muss-Kriterium" in allen Kategorien eines bestimmten Mindesthubraumes bei Motoren wird von der BBG - im Pflichtenheft des B\*\*\* finden sich diesbezüglich keine Anforderungen - im Wesentlichen mit ökonomischen Gründen, nämlich der längeren Haltbarkeit von Motoren als auch dem besseren Wiederverkaufswert der KFZ nach "Eurotax" begründet.

Diese Begründung geht in so ferne ins Leere, als nach den Ausschreibungsbedingungen vorgesehen ist, die KFZ nur eine bestimmte Zeit in Dienst zu belassen und während dieser Zeiten volle Gewährleistungsansprüche verlangt werden. Sollte tatsächlich ein Motor geringerer Kubatur konstruktionsbedingt eine laut Ausschreibung angenommene Kilometerleistung von ca. 105.000 km (in der Stellungnahme: ca. 130.000 km) nicht schaffen - für diese Annahme blieben die Auftraggeber hinsichtlich jeder Kategorie den Nachweis schuldig - wäre noch immer der Bieter für die entsprechende Bestimmung aus dem Leistungsvertrag haftbar.

Auch hinsichtlich des besseren Wiederverkaufswertes ist die Argumentation der Auftraggeber nicht schlüssig. Unbestritten ist, dass Eurotax tatsächlich nach 500 ccm-Einheiten kategorisiert ist. Wie die Auftraggeber selbst ausführen, ist die Kubatur eines Motors ein Kriterium, sicherlich jedoch nicht das entscheidende Kriterium von einer Vielzahl von Komponenten bei der Bestimmung des Wiederverkaufswertes. Sollte der Wiederverkaufswert eines KFZ jedoch für die Bewertung herangezogen werden, dann wäre diesbezüglich in den Ausschreibungsbedingungen ein entsprechendes Kriterium vorzusehen, nicht jedoch ein technisches "Muss-Kriterium" zur Kubatur eines Motors, das letztlich nicht den bestimmenden Wert des Wiederverkaufspreises ausmacht. Dass eine Beurteilung des Wertverlustes anders erfolgt, zeigt die 2. Stellungnahme, Unterlage 7, "Wertverlustanalysen": diese Unterlage enthält Daten hinsichtlich des durchschnittlichen Wertverlustes einzelner KFZ mit im Ergebnis prozentuellen

Durchschnittswerten. Eine Beurteilung des Wertverlustes ist somit nicht an den Hubraum eines Motors gebunden.

Auch wenn in der 2. Stellungnahme, Unterlage 6, davon gesprochen wird, dass "nach Rücksprache mit Fuhrpark-Dienstleistern und best4fleet (Steinbach) Hubraumgrenzen dringend angeraten" werden, ist als Argument für den Wiederverkaufswert die willkürliche Festlegung der Hubraumgrößen als Muss-Kriterium nicht nachvollziehbar (auf die Verletzung des § 66 Abs 8 BVergG 2002, demzufolge jede Mitwirkung von Dritten an der Vorbereitung einer Ausschreibung zu dokumentieren ist, sei hingewiesen).

\* Die Forderung "Leistung" als "Muss-Kriterium":

Selbstverständlich steht es den Auftraggebern frei, hinsichtlich der Leistung eines KFZ Einsatz bedingt ein bestimmtes Mindestmaß vorzusehen, wie sich dies auch im Pflichtenheft des BMI wieder findet. Es kommt aus den übermittelten Unterlagen jedoch nicht hervor, weshalb verschiedene Leistungsstufen bei ansonsten bauartgleichen KFZ gefordert werden. Das BVA kann nicht nachvollziehen, ob dem gesetzlichen Auftrag der Normung einerseits und der Zweckmäßigkeit der Beschaffung andererseits entsprechend Rechnung getragen wurde, eine Verletzung des freien und lauteren Wettbewerbes allein aus dieser Forderung - ohne Berücksichtigung der anderen Kriterien - ist jedoch sicherlich nicht ableitbar.

Allerdings sind die Muss-Kriterien in den Kategorien offensichtlich doch nicht Nutzer orientiert getroffen worden (siehe 2. Stellungnahme, Unterlage Nr. 6):

zu Kategorie 5:

"- Vorschlag: Wenn möglich Reduktion der Leistung von mind. 80 kW auf mind. 79 kW (für G\*\*\* und P\*\*\* - beide haben 79 kW) - mit 78 gibt es keinen - Reduktion auf 79 kW reduziert Einspruchsgefahr."

Generell ergab sich aus dieser Diskussion offensichtlich eine weitere Aufteilung in zusätzliche Kategorien.

\* Die Forderung "Kraftstoffart" als "Muss-Kriterium":

Hinsichtlich der Forderung einer bestimmten Kraftstoffart kann die BBG nachvollziehbar darlegen, dass es aus beschaffungsstrategischen Gründen zweckmäßig ist, sich schwerpunktmäßig auf eine bestimmte Kraftstoffart festzulegen.

Allerdings widersprechen sich die Auftraggeber in den Ausschreibungsbedingungen diesbezüglich selber, weil die Öffnung mancher Kategorien für mehrere Kraftstoffarten zwar verständlich, aber inkonsequent ist.

Jedenfalls ist aber die Vergleichbarkeit von KFZ mit verschiedenen Kraftstoffarten preislich belastet; aus der Öffnung der Angebotskriterien für verschiedene Kraftstoffarten auch eine breitere Angebotspalette abzuleiten ist zwar vordergründig richtig, de facto jedoch wegen der vorhandenen preislichen Unterschiede im Verbrauch, Wertverlust und Erhaltungskosten bei der angenommenen Kilometerleistung mehr als fraglich.

Dies kommt ebenfalls aus der 2. Stellungnahme, Unterlage Nr. 6, deutlich zum Ausdruck:

zu Kategorie 3

"Kostenunterschied Benzin/Diesel fließt sowieso voll in die Lebenslaufkosten ein und ist zu 100 % bewertungsrelevant. Dass heißt, wo es einen Diesel gibt, werden die Bieter auch einen Diesel anbieten. Benziner werden nur dort angeboten, wo der betreffende Bieter kein ausschreibungskonformes Dieselmodell hat".

Damit geben die Auftraggeber jedoch selber zu, dass ein Benzin getriebenes Fahrzeug im Vergleich zu einem mit Diesel betriebenen Fahrzeug im gegenständlichen Fall (vermutlich) weniger Chancen auf Erlangung des Zuschlages hat. Die Argumentation der "Öffnung der Ausschreibung" ist somit nur ein Scheinargument.

Die Absicht der Auftraggeber, in bestimmten Kategorien unterschiedliche Treibstoffarten zuzulassen, liegt jedoch in einem anderen Feld (vgl. 2. Stellungnahme, Unterlage Nr. 6, zu Kategorie 6):

"- Übrige Kategorien in Verbindung mit partieller Diesel/Benzin-Freigabe bzw. Automatik-Freigabe lt. Vorschlag ermöglichen mindestens 3 Konzerngruppen, jeweils ein Gesamtangebot zu legen. Damit wäre ein sehr breiter Wettbewerb gegeben".

Vergleiche auch zu Kategorien 8 und 9:

"Freigabe des Kraftstoffes ...

- Begründung: Größerer Wettbewerb aufgrund mehr möglicher Modelle (zB könnte T\*\*\* nur anbieten, wenn keine Festlegung auf Diesel erfolgt.)"  
sowie die weitere Argumentation zu Kategorie 3.

Diese Argumentation ist in so ferne verfälscht, als es zwar formell eine Erweiterung der Angebotssituation mit sich bringen könnte, die zusätzlichen Bewerber und Bieter jedoch de facto trotzdem keine Chance auf Zuschlagserteilung im Gesamtangebot hätten (vergleiche diesbezüglich auch die Mitteilung der U\*\*\* vom 1.12.2004, in BBG, 1. Stellungnahme, Unterlage Nr. 10). Den inhaltlich zur Mitteilung der U\*\*\* vergleichbaren Ausführungen der Antragstellerin in ihrer ergänzten Stellungnahme ist zuzustimmen.

\* Die Forderung "Bauartgeschwindigkeit" als "Muss-Kriterium":

Für die Forderung einer "Mindest-Bauartgeschwindigkeit" von mehr als 130 km/h kann grundsätzlich für KFZ, die nicht zu Einsatzzwecken verwendet werden, keine plausible Erklärung geboten werden, so ferne diese Fahrzeuge ihre Bestimmung im Bundesgebiet haben.

Hinsichtlich der Fahrzeuge für den Einsatzbereich ist zwar eine Überschreitung der gesetzlich zulässigen 130 km/h zweifellos notwendig und zweckmäßig, eine Mindest-Bauartgeschwindigkeit in der genauen Angabe von beispielsweise 174 km/h (vgl. Kategorie 3) ist begründungsbedürftig. Zu Recht moniert die Antragstellerin, dass es nicht erklärbar ist, wenn ein Fahrzeug in einer bestimmten Kategorie zumindest 174 km/h erreichen muss, ein Fahrzeug hingegen, das 172 km/h erreicht, jedenfalls für Einsatzzwecke ungeeignet ist. Die Auftraggeber konnten auch nicht den konkreten Beweis dafür erbringen, dass zumindest 174 km/h und nicht auch 172 km/h als Bauartgeschwindigkeit für Einsatzfahrzeuge ausreichend ist. Dieser Nachweis wäre in so ferne auch schwerlich vorzulegen, weil die geforderte Bauartgeschwindigkeit für KFZ der Exekutive je nach Kategorie (vgl. Kategorie X: "Mindest-Bauartgeschwindigkeit" von 160 km/h) unterschiedlich vorgesehen ist und daher eine generelle Norm für Einsatzfahrzeuge offensichtlich nicht existiert.

Im Pflichtenheft des B\*\*\* sind Mindest-Bauartgeschwindigkeiten für die einzelnen Kategorien gefordert.

Offensichtlich waren diese ursprünglichen Muss-Forderungen jedoch "verhandelbar" bzw. "veränderbar" (siehe 2. Stellungnahme, Unterlage Nr. 6):

zu Kategorie 2:

"- Vorschlag: Wenn möglich Festlegung der Bauartgeschwindigkeit auf mind. 174 km/h (ursprünglich 175 km/h, jedoch G\*\*\*, L\*\*\*, J\*\*\* und P\*\*\* haben genau 174 km.

S\*\*\* 1,5 dCI 74 kW hat zwar nur 172 km/h, mit der nächsthöheren Motorisierung jedoch 188 km/h und ergo ok) mit 173 km/h konnte keiner eruiert werden."

Ähnlich auch zu Kategorie 5 und zu Kategorie 7 ("Bauartgeschwindigkeit 160 km/h OK N\*\*\* G-Limit).

Gerade dieses Beispiel - das auch einer der konkreten Gründe der Anfechtung durch die Antragstellerin ist - zeigt, dass die Forderung von Muss-Kriterien tatsächlich nur dort gestattet sein kann, wo sie für den Einsatz erforderlich sind. Letztlich müssen sich auch die Auftraggeber fragen, ob eine Differenz von zwei Stundenkilometern bei der Bauartgeschwindigkeit es rechtfertigt, ein mögliches Angebot (allenfalls unter Abzug von Bewertungspunkten für die geringere Höchstgeschwindigkeit) nicht zuzulassen, dass insgesamt eine bessere Bewertung (wegen geringerer Kosten, Verbrauch etc) ermöglichen könnte als ein KFZ mit höherer Motorisierung. Das BVA unterstreicht das Verständnis dafür, dass diese leichten Veränderungen der Muss-Kriterien offensichtlich erfolgten, um den Marktgegebenheiten besser Rechnung tragen zu können; die Festlegung der Muss-Kriterien hat jedoch nichts mehr mit begründbaren Einsatzzwecken zu tun und ist deshalb die letztlich festgelegte Ausschließlichkeit - ohne Zulassung von Alternativangeboten - bedenklich.

Zusammenfassend sind durch die konkrete Vorschreibung verschiedener "Muss-Kriterien", die zwar im Einzelnen zumindest teilweise verständlich sind, insgesamt jedoch durch ihre willkürliche Kombination, die Grenzen des freien und lauteren Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung möglicher Bieter und Bewerber überschritten. Durch das Wechselspiel von "Muss-Kriterium", ausschreibungskonformes Hauptangebot und dem Verbot, technische Alternativangebote (allenfalls unter Punkteabzug), insbesondere in der Motorisierung, in bestimmten Bereichen zu stellen, werden fundamentale Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt. Die Auftraggeber konnten nicht darstellen, wieso in allen Bereichen, in denen technische Alternativangebote als unzulässig erklärt wurden, diese Notwendigkeit - wie im Gesetz gefordert - tatsächlich aus wichtigen Gründen vorliegt. Vielmehr sind in den Stellungnahmen Argumente wie "Image-Schaden", "zu erwartender Wertverlust", "Einsatzfähigkeit" und dgl. verwendet worden, ohne die entsprechenden Unterlagen oder Untersuchungen vorlegen zu können. In den später vorgelegten weiteren

Unterlagen, die zur Kategorisierung geführt haben, ist hingegen von "Einspruchsgefahr", "Kategoriensplit" und dgl. die Rede.

Es ist nicht Aufgabe eines Bewerbers oder Bieters dem Auftraggeber nachzuweisen, wieso derartig schwergewichtige Gründe vorliegen, dass (für Teilleistungen) Alternativangebote nicht zulässig sind, sondern es ist Aufgabe des Auftraggebers, die Gründe der Nichtzulassung von Alternativangeboten ausreichend nachvollziehbar und logisch zu dokumentieren.

Allein schon aus diesem Grund war die Ausschreibung wegen der generellen Untersagung von Alternativangeboten zu einzelnen technischen Ausschreibungsbedingungen, die nicht begründet werden konnten, rechtswidrig, und zwar hinsichtlich sämtlicher Kategorien.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin auch einzelne "Muss-Kriterien" in manchen Kategorien besonders herausgestrichen. Wie bereits oben dargestellt, ist die Ausschreibung von "Muss-Kriterien" für das Hauptangebot nicht in der freien Verfügung des Auftraggebers, sondern muss er die Anforderungen, die er an eine Ausschreibung knüpft zumindest so sachlich begründen, dass dem Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbes und des Gleichbehandlungsgebotes nichts entgegensteht. In diesem Zusammenhang ist es gerade bei serienmäßigen Massenprodukten, zu denen zweifelsfrei KFZ gehören, besonders wichtig, nur diejenigen Kriterien als "Muss-Kriterien" zu definieren, die tatsächlich für den (allenfalls erschwerten) Betrieb unabdingbar sind, damit keine Störung der Wettbewerbs- und damit der Bietersituation eintritt. Dies bedeutet konkret, dass sich die Auftraggeber klar sein müssen, dass im Bereich der KFZ die Marktsituation zu beachten ist. Wie die Auftraggeber auch richtigerweise in der Ausschreibung dargelegt haben, ist es den Bieter gestattet, verschiedene Marken anzubieten; damit wird grundsätzlich der Marktsituation Rechnung getragen, dass Hersteller auch mehrere verschiedene Marken, aber im wesentlichen baugleiche oder bauähnliche KFZ-Typen bzw. KFZ-Modelle anbieten können. Diese - scheinbare - Vielfalt bewirkt aber, dass das alleinige Abstellen auf verschiedene KFZ-Modelle und Marken noch nicht ausreichend ist, um den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes und des Gleichbehandlungsgebotes Rechnung zu tragen. Vielmehr

wäre darauf abzustellen, dass eine genügende, markt-repräsentative Anzahl von verschiedenen Herstellern die Möglichkeit hat, ihre Produkte anzubieten. Muss-Kriterien, die diesem Umstand, je nach KFZ-Kategorie oder Anzahl der Vertragswerkstätten, nicht genügen oder die durch ihre Auswahl bzw. diffuse Bewertungsmethoden letztlich zu einer ungerechtfertigten Beschränkung der Angebote führen, verstößen gegen den Grundsatz des lauteren und fairen Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter.

Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass sich die Auftraggeber offensichtlich selbst der Problematik der Einteilung in eigens definierte Kategorien bewusst waren. Nicht anders ist zu verstehen, dass auf Seite drei der 2. Stellungnahme, Unterlage Nr. 6, diese Problematik angerissen ist:

"Bezeichnung Kombinationskraftwagen, Personenkraftwagen, Van, Kompaktvan, Geländewagen?

- PKW ok

- Kombi = Kombi, jedoch auch Van, Kompaktvan, ev. sogar Geländewagen  
Grundsätzlich Angaben lt. Zulassungsschein, jedoch nunmehr Klassifikation gem EU-Richtlinie (Klasse M1, M2, Klasse N1 ...) völlig andere Einteilung."

Über die Befürchtungen der Antragstellerin, unterlegt mit Hinweisen aus Presseberichten, demzufolge lediglich Fahrzeuge der Marke W\*\*\* zum Zuge kommen werden, ist das BVA derzeit nicht befugt, Feststellungen zu treffen.

Aufgabe der Auftraggeber wird es demnach nunmehr sein, die Ausschreibung in rechtsrichtiger Weise zu sanieren, insbesondere die Forderungen nach "Muss-Kriterien" zu überdenken, allenfalls neu zu beurteilen und gegebenenfalls in Soll-Kriterien umzuwandeln, sowie auch ein taugliches Bewertungsschema für zulässige Haupt- und Alternativangebote anzugeben und den Bewerbern und Bieter ausreichend zeitliche Möglichkeit zu geben, entsprechende Angebote zu erstellen. Nicht verfahrensgegenständlich war hingegen die Regelung für die Option hinsichtlich weiterer Fahrzeuge, deren Konkretisierung jedoch ebenfalls einer Überarbeitung bedürfte.

Wien, am 5. Jänner 2005

Der Vorsitzende des Senats 1:

MR Dr. Michael Sachs