

TE Verg Bescheid 2013/3/15 N/0003-BVA/06/2013-34

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.03.2013

Norm

BVergG 2006 §2 Z35

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §78 Abs1

BVergG 2006 §96 Abs1

BVergG 2006 §69 Abs3

BVergG 2006 §99 Abs2

BVergG 2006 §191 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §312 Abs2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 191 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und MR Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch X***, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 21. Jänner 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und MR Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch X***, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 21. Jänner 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, das "Bundesvergabeamt wolle ... folgende

Entscheidungen bzw. Festlegungen der Auftraggeberin in der

Ausschreibung ... für nichtig erklären: ...

I.1. die folgenden Worte in Punkt 3.2.1.2. letzter römisch eins. 1. die folgenden Worte in Punkt 3.2.1.2. letzter

Absatz: "Bieter haben ein zur Erlangung der geforderten Nachweise erforderliches Verfahren bei einer notifizierten Prüfstelle oder dem bmvit möglichst umgehend, jedoch spätestens vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten und die Einleitung des Verfahrens dem AG nachzuweisen. Spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist muss der Nachweis dem AG vorliegen." (lit c. des Antrages) wird abgewiesen. Absatz: "Bieter haben ein zur Erlangung der geforderten Nachweise erforderliches Verfahren bei einer notifizierten Prüfstelle oder dem bmvit möglichst umgehend, jedoch spätestens vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten und die Einleitung des Verfahrens dem AG nachzuweisen. Spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist muss der Nachweis dem AG vorliegen." (Litera c, des Antrages) wird abgewiesen.

I.2. der folgenden Worte in Punkt 4.1.9 vierter Abs. römisch eins. 2. der folgenden Worte in Punkt 4.1.9 vierter Abs.:

"und zwar unabhängig davon, ob den AN an der Fristüberschreitung ein Verschulden trifft." (lit d. des Antrages) wird abgewiesen. "und zwar unabhängig davon, ob den AN an der Fristüberschreitung ein Verschulden trifft." (Litera d, des Antrages) wird abgewiesen.

I.3. in Punkt 4.1.18: den Satz: "Im Falle des Rücktritts

gebührt dem zurücktretenden AG auch die vereinbarte

Konventionalstrafe" und die auf die Wendung "Tritt der AG

nicht zurück, so kann er auf Erfüllung bestehen" folgenden

Worte: "... und die vereinbarte Konventionalstrafe für jeden

Kalendertag des Verzugs fordern." (lit e. des Antrages) wird abgewiesen. Kalendertag des Verzugs fordern." (Litera e, des Antrages) wird abgewiesen.

I.4. die folgenden Wörter in Punkt 4.1.14, dritter

Absatz: "... von 5 Jahren ..." (lit j. des Antrages) wird

abgewiesen.

I.5. den Punkt 4.1.15 : "Die Schadenersatzansprüche der Vertragspartner richten sich nach den Bestimmungen des ABGB" (lit l. des Antrages) wird abgewiesen. römisch eins. 5. den Punkt 4.1.15 : "Die Schadenersatzansprüche der Vertragspartner richten sich nach den Bestimmungen des ABGB" (Litera l, des Antrages) wird abgewiesen.

I.6. in Punkt 7.1. der Ausschreibung die folgenden Worte römisch eins. 6. in Punkt 7.1. der Ausschreibung die folgenden Worte:

"... in welchem der Auftraggeber alle Informationen und

Unterlagen, insbesondere für die Kalkulation seines Angebotspreises erfragen konnte, auf Wunsch erhalten hat und ein darauf gegründetes Angebot gelegt hat. Der Auftragnehmer kann sich daher nicht auf ihm unbekannte Unterlagen, Informationen und sonstige Umstände wie z.B. nicht zutreffende Erwartungen über die vom Auftraggeber abgerufenen Mengen oder Spezifikationen berufen, um Ansprüche welcher Art auch immer geltend zu machen." (lit n. des Antrages) wird abgewiesen. Unterlagen, insbesondere für die Kalkulation seines Angebotspreises erfragen konnte, auf Wunsch erhalten hat und ein darauf gegründetes Angebot gelegt hat. Der Auftragnehmer kann sich daher nicht auf ihm unbekannte Unterlagen, Informationen und sonstige Umstände wie z.B. nicht zutreffende Erwartungen über die vom Auftraggeber abgerufenen Mengen oder Spezifikationen berufen, um Ansprüche welcher Art auch immer geltend zu machen." (Litera n, des Antrages) wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 35, 19 Abs 1, 78 Abs 1, 96 Abs 1 und Abs 3, 99 Abs 2, 191 Abs 4, 129 Abs 1 Z 7, 312 Abs 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 35, 19, Absatz eins, 78, Absatz eins, 96, Absatz eins und Absatz 3, 99, Absatz 2, 191, Absatz 4, 129, Absatz eins, Ziffer 7, 312, Absatz 2, BVergG

II. römisch zwei.

Dem Antrag, "ferner möge das Bundesvergabeamt die Auftraggeberin zum Ersatz der Kosten der Antragstellerin für die Teilnahme am Vergabeverfahren verpflichten, insbesondere zum Ersatz der Pauschalgebühren des Nachprüfungsverfahrens und des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung", wird insofern statt gegeben, als die Auftraggeberin, ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, verpflichtet ist, der Antragstellerin, A***, die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 600,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 300,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertreter, Y***, zu ersetzen.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 318 Abs 1 Z 1 und 4, 319 Abs 1, 2 und 3, BVergG; §§ 1, 2 Abs 1 und 3 Abs 1 BVA-GebV 2012
Rechtsgrundlage: Paragraphen 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4, 319 Abs 1, 2 und 3, BVergG; Paragraphen eins, 2, Absatz eins und 3 Absatz eins, BVA-GebV 2012

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 21. Jänner 2013, beim Bundesvergabeamt am 22. Jänner 2013 eingelangt, folgenden Antrag auf Nichtigerklärung verbunden mit Anträgen auf Kosten- bzw. Gebührenersatz sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung:

"Das Bundesvergabeamt wolle ... die gesamte Ausschreibung, in

eventu: folgende Entscheidungen bzw. Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung (unten lit a) bis o) für nichtig erklären, in eventu: das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung des Auftraggebers, Angebote über das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhalte- Systemen österreichweit zuzulassen, welche einen der im Folgenden angeführten Mangel enthalten, für nichtig erklären: eventu: folgende Entscheidungen bzw. Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung (unten Litera a,) bis o) für nichtig erklären, in eventu: das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung des Auftraggebers, Angebote über das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhalte- Systemen österreichweit zuzulassen, welche einen der im Folgenden angeführten Mangel enthalten, für nichtig erklären:

a.) die folgenden Worte im ersten Absatz des Punktes

1.2.1.5 des Abschnittes L.1 Ausschreibungsbestimmungen OV:

"... oder im Einzelfall alternativ dazu einen Einzelnachweis einer notifizierten Prüfstelle"

b.) den zweiten Absatzes des vorgenannten Punktes 1.2.1.5 des Abschnittes L.1 Ausschreibungsbestimmungen OV: "Sollte ein solcher Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe (noch) nicht vorliegen, so müssen die zur Erlangung der Nachweise erforderlichen Verfahren möglichst umgehend, jedoch vor Ablauf der Angebotsfrist, eingeleitet werden (wie etwa durch eine nachweisliche Übermittlung des Antrages an das bmvit bzw. des Antrages an eine notifizierte Prüfstelle oder eine entsprechende Bestätigung des bmvit bzw. der notifizierten Prüfstelle). Die Einleitung ist dem AG durch den Bieter nachweislich zu übermitteln. Die Nachweise (des bmvit oder Einzelnachweis) müssen jedoch in diesem Fall dem AG bei sonstigem Ausscheiden spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist vorliegen."

c.) die folgenden Worte in Punkt 3.2.1.2. letzter Absatz:

"Bieter haben ein zur Erlangung der geforderten Nachweise erforderliches Verfahren bei einer notifizierten Prüfstelle oder dem bmvit möglichst umgehend, jedoch spätestens vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten und die Einleitung des Verfahrens dem AG nachzuweisen. Spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist muss der Nachweis dem AG vorliegen."

d.) der folgenden Worte in Punkt 4.1.9 vierter Abs.: "und zwar unabhängig davon, ob den AN an der Fristüberschreitung ein Verschulden trifft ."

e.) in Punkt 4.1.18: den Satz: "Im Falle des Rücktritts gebührt dem zurücktretenden AG auch die vereinbarte Konventionalstrafe" und die auf die Wendung "Tritt der AG nicht zurück, so kann er auf Erfüllung bestehen" folgenden Worte : "... und die vereinbarte Konventionalstrafe für jeden Kalendertag des Verzugs fordern."

f.) die folgenden Worte in Punkt 4.1.8: "im Vertrag nicht ausdrücklich angeführte Leistungen sind dessen ungeachtet Vertragsgegenstand, soweit diese Leistungen zur vertragsgemäßen Erfüllung unbedingt notwendig oder erforderlich sind. Für solche Leistungen kann der AN kein gesondertes oder zusätzliches Entgelt verlangen."

In eventu nur: "Für solche Leistungen kann der AN kein gesondertes oder zusätzliches Entgelt verlangen."

g.) die folgenden Worte in Punkt 4.1.1: "... die im

Zusammenhang mit der Leistungserbringung notwendigen Bewilligungen und behördlichen Genehmigungen selbst einzuholen und deren Gültigkeit während der gesamten Vertragslaufzeit sicherzustellen. Bei Inanspruchnahme ist der AN zur Schad- und Klagloshaltung verpflichtet."

h.) die folgenden Worte in Punkt 7.3.1.: "Der Auftraggeber ist dabei berechtigt, auch bereits in den Unterlagen der Rahmenvereinbarung festgelegte Auftragsbedingungen einseitig zu ändern, soweit dies für die Leistungserbringung erforderlich oder zweckmäßig ist und keinen oder nur einen geringfügigen Mehraufwand beim Auftragnehmer zur Folge hat."

i.) die folgenden Worte in Punkt 7.3.2. zweiter Absatz :

"... oder sonst in welcher Weise auch immer abzuändern."

j.) die folgenden Wörter in Punkt 4.1.14, dritter Absatz:

"... von 5 Jahren ..."

k.) die folgenden Worte in Punkt 4.1.14 gegen Ende: "Es gelten die Bestimmungen zu dem geringfügigen, behebbare Mängel sinngemäß"

l) den Punkt 4.1.15 : "Die Schadenersatzansprüche der Vertragspartner richten sich nach den Bestimmungen des ABGB" römisch eins) den Punkt 4.1.15 : "Die Schadenersatzansprüche der Vertragspartner richten sich nach den Bestimmungen des ABGB"

m.) in Punkt 1.1.14 der Ausschreibung den Satz: "Im Falle einer Zuschlagserteilung an einen Bieter kann der AG dessen Unterlagen verwerten, ohne dass deshalb dem Bieter hierfür eine besondere Entschädigung geleistet wird."

n.) in Punkt 7.1. der Ausschreibung die folgenden Worte:

"... in welchem der Auftraggeber alle Informationen und

Unterlagen, insbesondere für die Kalkulation seines Angebotspreises erfragen konnte, auf Wunsch erhalten hat und ein darauf gegründetes Angebot gelegt hat. Der Auftragnehmer kann sich daher nicht auf ihm unbekannte Unterlagen, Informationen und sonstige Umstände wie z.B. nicht zutreffende Erwartungen über die vom Auftraggeber abgerufenen Mengen oder Spezifikationen berufen, um Ansprüche welcher Art auch immer geltend zu machen."

Das Bundesvergabeamt möge diese Punkte daher streichen, falls nicht infolge mangelnder Klarheit, mangelnder Kalkulierbarkeit und aus anderen Gründen nicht ohnedies die gesamte Ausschreibung für nichtig erklärt werden sollte."

Begründend führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 19. Jänner 2013 (OZ 1) und vom 11. Februar 2013 (OZ 15) sowie in der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2013 im Wesentlichen Folgendes aus: Das gegenständliche Vergabeverfahren werde von der ASFINAG Service GmbH als vergebender Stelle im Namen und im Auftrag der ASFINAG als offenes Verfahren zum Zwecke des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung über das "Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" geführt und sei als Lieferauftrag im Oberschwellenbereich bekannt gemacht worden. Die Angebotsfrist ende am 29. Jänner 2013, 11.00 Uhr.

Durch die Festlegungen, dass die zur Erlangung der Nachweise betreffend die technische Leistungsfähigkeit (Einsatzfreigabeliste oder Prüfzeugnis) erforderlichen Verfahren vor Ablauf der Angebotsfrist erst eingeleitet werden müssen, dass die Bieter der Auftraggeberin nur die Einleitung des Verfahrens nachzuweisen haben und dies auch erst spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist (Punkt 3.2.1.2. der Leistungsbeschreibung) werden unter anderem der Grundsatz des fairen und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter, das Transparenzgebot sowie das Verbot der Diskriminierung verletzt. Im Zeitpunkt der Angebotseröffnung stehe nämlich nach den Ausschreibungsbedingungen noch gar nicht fest, ob der vermeintliche "Bestbieter" tatsächlich ausschreibungskonform anbiete. Jene Bieter, welche bereits in der Einsatzfreigabeliste stehen oder sich bisher dem Verfahren nach dem Merkblatt des bmvit unterzogen haben und bereits einen positiven Abschluss vorweisen können, hätten erheblichen Aufwand an Zeit und vor allem Entwicklungskosten auf sich genommen, den sie bei ihrer Angebotslegung auch entsprechend zu kalkulieren haben. Dagegen könnten sich jene Bieter, die bloß einen Antrag gestellt haben, das kostspielige und zeitaufwendige Verfahren zur Erlangung eines positiven Nachweises ersparen, wenn sie bei Angebotsöffnung feststellen, ohnedies nicht zum Zug zu kommen. Insofern wären jene Bieter, die die aufwendigen Verfahren bereits abgeschlossen haben, einem Preisdumping anderer Bieter ausgesetzt.

Der wesentliche Unterschied zum bisherigen Verfahren bestehe sohin darin, dass nunmehr der bloße Antrag auf Verfahrenseinleitung genügen soll, um nicht schon bei Angebotsöffnung ausgeschieden zu werden. Damit hätten diese Bieter einen Wettbewerbsvorteil gegenüber jenen Bieter, die in der Einsatzfreigabeliste aufscheinen.

Die Ausschreibung verstoße damit auch grundlegend gegen die Bestimmungen der einschlägigen ÖNORMEN bzw EN-Normen und die EN-V 1317. Es genüge danach nicht, dass eine notifizierte Stelle die Bestätigung erteile. Die Konformität von Einzelnachweisen sei nämlich mit denselben Einzelanforderungen zu belegen wie diese im "Merkblatt zur Erlangung einer Einsatzfreigabe für Fahrzeugrückhaltesysteme durch das bmvit" beschrieben sind, nämlich das Vorliegen eines erfolgreich durchgeführten Anfahrstests, dessen positive Bestätigung durch zertifizierte Prüfinstitute, eine CE-Kennzeichnung etc. Dass das Zustandekommen des Einzelnachweises eben diese strengen Anforderungen erfüllen müsse, gehe aber aus der Ausschreibung nicht klar hervor. Weiters heiße es im Merkblatt, dass der späteste Zeitpunkt für die Vorlage einer aufrechten Einsatzfreigabe grundsätzlich der Stichtag der Angebotseröffnung sei, was im Einklang mit § 69 Z 6 BVergG stehe. Zumal es sich um ein offenes Verfahren handle, müsse die Eignung nicht nur zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehen, sondern sie müsse auch bei Angebotsöffnung nachgewiesen sein (BVA vom 16. November 2011, N/0106-BVA/05/2009-22, VwGH vom 24. Februar 2006, 2004/04/78). In den Punkten 3.2.1.2. und 1.2.1.5. der Ausschreibung sei dagegen vorgesehen, dass es genüge, wenn der Nachweis 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist vorliege. Die Ausschreibung lasse damit etwa die Möglichkeit, Prüfberichte oder sonstige Antragsgrundlagen nachträglich zu ergänzen. Diese Bestimmungen seien daher in sich widersprüchlich und würden gegen die aufgezeigten vergaberechtlichen Grundsätze verstoßen. Aber selbst wenn es grundsätzlich ausreiche, den Nachweis der schon bei Angebotsöffnung vorhanden gewesenen Eignung nachzureichen, wäre dies im konkreten Fall rechtswidrig, weil dies die Wettbewerbsstellung des Bieters, der die Nachweise nachbringen darf,

gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessern würde. Die Ausschreibung verstoße damit auch grundlegend gegen die Bestimmungen der einschlägigen ÖNORMEN bzw EN-Normen und die EN-V 1317. Es genüge danach nicht, dass eine notifizierte Stelle die Bestätigung erteile. Die Konformität von Einzelnachweisen sei nämlich mit denselben Einzelanforderungen zu belegen wie diese im "Merkblatt zur Erlangung einer Einsatzfreigabe für Fahrzeugrückhaltesysteme durch das bmvit" beschrieben sind, nämlich das Vorliegen eines erfolgreich durchgeführten Anfahrstests, dessen positive Bestätigung durch zertifizierte Prüfinstitute, eine CE-Kennzeichnung etc. Dass das Zustandekommen des Einzelnachweises eben diese strengen Anforderungen erfüllen müsse, gehe aber aus der Ausschreibung nicht klar hervor. Weiters heiße es im Merkblatt, dass der späteste Zeitpunkt für die Vorlage einer aufrechten Einsatzfreigabe grundsätzlich der Stichtag der Angebotseröffnung sei, was im Einklang mit Paragraph 69, Ziffer 6, BVergG stehe. Zumal es sich um ein offenes Verfahren handle, müsse die Eignung nicht nur zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehen, sondern sie müsse auch bei Angebotsöffnung nachgewiesen sein (BVA vom 16. November 2011, N/0106-BVA/05/2009-22, VwGH vom 24. Februar 2006, 2004/04/78). In den Punkten 3.2.1.2. und 1.2.1.5. der Ausschreibung sei dagegen vorgesehen, dass es genüge, wenn der Nachweis 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist vorliege. Die Ausschreibung lasse damit etwa die Möglichkeit, Prüfberichte oder sonstige Antragsgrundlagen nachträglich zu ergänzen. Diese Bestimmungen seien daher in sich widersprüchlich und würden gegen die aufgezeigten vergaberechtlichen Grundsätze verstoßen. Aber selbst wenn es grundsätzlich ausreiche, den Nachweis der schon bei Angebotsöffnung vorhanden gewesenen Eignung nachzureichen, wäre dies im konkreten Fall rechtswidrig, weil dies die Wettbewerbsstellung des Bieters, der die Nachweise nachbringen darf, gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessern würde.

Abgesehen davon seien die obigen Bestimmungen auch unklar, weil es nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist, was unter "möglichst umgehend" zu verstehen sei. Damit verstoße die Ausschreibung auch gegen geltendes Verfassungsrecht, wonach dem Schutz der Unversehrtheit von Leben und Gesundheit von Menschen und des Eigentums höchster Rang zukomme. Durch die angefochtene Bestimmung werde es auch Unternehmen, die sich nicht den strengen Voraussetzungen für die Erlangung der Zulassung und Aufnahme in die Einsatzfreigabeliste unterziehen, ermöglicht, überproportionalen Nutzen aus der Ersparnis von Aufwendungen und Kosten zu ziehen, welche die Antragstellerin im Interesse der Straßensicherheit auf sich genommen habe.

Der Umstand, dass die Auftraggeberin im Rahmen der 5. Berichtigung den Punkt 1.2.1.5. gestrichen habe, bedeute entgegen der Ansicht der Auftraggeberin nicht, dass dieser Nachweis nunmehr kein Nachweis für die Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit sei. Die Bestimmungen des BVergG seien nach ihrer Zweckbestimmung zu interpretieren, wonach es auch Interessen der Verkehrssicherheit bzw des Verkehrssicherheitsniveaus zu berücksichtigen gelte, insbesondere die Sicherheit von Personen und Sachgut im Straßenverkehr. Es stehe daher nicht im Belieben der Auftraggeberin, ob bzw welche Nachweise sie für die Eignung verlange.

Darüber hinaus sei die Ausschreibung so verfasst, dass sie erhebliche Risiken, die sonst den Auftraggeber treffen, auf den Bieter bzw Auftragnehmer überwälze, ohne dass dieser die Möglichkeit hätte, sich individuell und konkret auf diese Risiken einzustellen bzw sie in der Kalkulation zu berücksichtigen. Das Missbrauchsverbot des § 151 Abs 5 BVergG beinhalte auch das Verbot der Aufbürdung unzumutbarer Risiken zu Lasten der an der Rahmenvereinbarung beteiligten Unternehmer. Auch beim Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung sei daher § 78 Abs 3 BVergG zu beachten und seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können. Es gehöre zwar zum Wesen einer Rahmenvereinbarung, dass keine Abnahmepflicht bestehe. Umso mehr und konkreter müssten einem Bieter aber Informationen zur Verfügung stehen, mit welchen Abrufmengen er zumindest schätzungsweise zu rechnen habe. Nur so könne er nämlich selbst seine Lagerhaltung, seinen Personalstand, die Warenlogistik und alle anderen Faktoren berücksichtigen, die zur Kalkulation eines angemessenen Preises notwendig sind. Weder die Positionen im Leistungsverzeichnis (L5.) noch die anderen Ausschreibungsbestimmungen hätten ein für die Kalkulation ausreichendes Mengengerüst, insbesondere weil ausreichende Angaben über zumindest ungefähre voraussichtliche Liefermengen, Lieferzeiten, Bodenbeschaffenheiten, konkrete Lieferorte etc. fehlen. Beispielsweise sei in der Position 230171 jeweils Folgendes vorgesehen: "Ist die min. Darüber hinaus sei die Ausschreibung so verfasst, dass sie erhebliche Risiken, die sonst den Auftraggeber treffen, auf den Bieter bzw Auftragnehmer überwälze, ohne dass dieser die Möglichkeit hätte, sich individuell und konkret auf diese Risiken einzustellen bzw sie in der Kalkulation zu berücksichtigen. Das Missbrauchsverbot des Paragraph 151, Absatz 5, BVergG beinhalte auch das Verbot der Aufbürdung unzumutbarer

Risiken zu Lasten der an der Rahmenvereinbarung beteiligten Unternehmer. Auch beim Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung sei daher Paragraph 78, Absatz 3, BVergG zu beachten und seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können. Es gehöre zwar zum Wesen einer Rahmenvereinbarung, dass keine Abnahmepflicht bestehe. Umso mehr und konkreter müssten einem Bieter aber Informationen zur Verfügung stehen, mit welchen Abrufmengen er zumindest schätzungsweise zu rechnen habe. Nur so könne er nämlich selbst seine Lagerhaltung, seinen Personalstand, die Warenlogistik und alle anderen Faktoren berücksichtigen, die zur Kalkulation eines angemessenen Preises notwendig sind. Weder die Positionen im Leistungsverzeichnis (L.5.) noch die anderen Ausschreibungsbestimmungen hätten ein für die Kalkulation ausreichendes Mengengerüst, insbesondere weil ausreichende Angaben über zumindest ungefähre voraussichtliche Liefermengen, Lieferzeiten, Bodenbeschaffenheiten, konkrete Lieferorte etc. fehlen. Beispielsweise sei in der Position 230171 jeweils Folgendes vorgesehen: "Ist die min.

Systemaufstelllänge nicht gegeben so ist diese mit dem System, an welchem die Verzeihung anzuschließen ist, herzustellen. Abgerechnet wird diese Mehrlänge mit der Position "FRS LSStahl, eins. H2 rammen" bzw. "FRS LSStahl, eins. 142 rammen; +50cm". Diese Position sei zu wirtschaftlich vernünftigen Grundsätzen nicht kalkulierbar, weil in Anbetracht der Gesamtlänge der möglicherweise zu bearbeitenden Strecke (L.2 Projektbeschreibung) und der Ungewissheit der konkreten Leistungsorte, auch nicht vorhersehbar sei, wie viele Systeme, in welchem Umfang und welche vor Ort bestehenden Systeme möglicherweise zu verlängern sind. Auf den Strecken der Projektbeschreibung seien mehr als 50 verschiedene Systeme unterschiedlichster Hersteller vorhanden, sodass bei Einsatz eines nicht von der Antragstellerin hergestellten Systems dieses zugekauft werden müsste. Hier bestünden erhebliche Preisunterschiede. Fehle das erforderliche Mengengerüst, wäre der Kalkulation sohin eine unseriöse Schätzung zugrunde zu legen. Angesichts dessen verstoße auch die vom Bieter abverlangte Blankobestätigung, alle Informationen etc (Punkt 7.1 letzter Absatz der Rahmenvereinbarung) erhalten zu haben, gegen elementare Grundsätze des BVergG und gegen die §§ 864 a und 879 ABGB. Darüber hinaus stehe nicht fest, wohin tatsächlich geliefert werden soll (je nach Bedarf), weswegen auch in Anbetracht dessen, dass insgesamt nur ca. 44 km ausgeschrieben sind, die Leistung nicht ausreichend kalkulierbar sei. Für die Kalkulation eines Angebotes sei es wesentlich, an welchen konkreten Streckenabschnitten die Lieferleistung erfolgen soll, weil dies naturgemäß Einfluss auf die Transportkosten und die Arbeitszeit (An- und Abfahrtsdauer, allfällige Koordinierung der Leistung bei verschiedenen Losen etc.) habe und auch für die Kalkulation des Arbeitsaufwandes im Hinblick auf die zu erwartenden Bodenverhältnisse entscheidend sein könne. Dies gelte umso mehr, als die Ausschreibung ausdrücklich vorsehe, dass der Auftraggeber "Abrufe beliebig oft und zu jedem beliebigen Zeitpunkt und mit jeder beliebigen Leistungsmenge" vornehmen könne (L.7, Punkt 7.1. dritter Absatz). Die in den Abschnitten L.5 ausgeschrieben Mengen seien damit nicht mehr Maximalmengen, sondern höchstens (falls überhaupt) durch die Projektbeschreibung L.2 begrenzt. Es könne auch nicht zumutbar kalkuliert werden, wenn es wie im gegenständlichen Fall einem Auftraggeber möglich sei, beispielsweise in der KW 20 500 Systemmeter in Vorarlberg und 100 Systemmeter in Kärnten abzurufen, drei Wochen später 20 Systemmeter in Vorarlberg und 5000 Systemmeter in Niederösterreich, und so fort. Systemaufstelllänge nicht gegeben so ist diese mit dem System, an welchem die Verzeihung anzuschließen ist, herzustellen. Abgerechnet wird diese Mehrlänge mit der Position "FRS LSStahl, eins. H2 rammen" bzw. "FRS LSStahl, eins. 142 rammen; +50cm". Diese Position sei zu wirtschaftlich vernünftigen Grundsätzen nicht kalkulierbar, weil in Anbetracht der Gesamtlänge der möglicherweise zu bearbeitenden Strecke (L.2 Projektbeschreibung) und der Ungewissheit der konkreten Leistungsorte, auch nicht vorhersehbar sei, wie viele Systeme, in welchem Umfang und welche vor Ort bestehenden Systeme möglicherweise zu verlängern sind. Auf den Strecken der Projektbeschreibung seien mehr als 50 verschiedene Systeme unterschiedlichster Hersteller vorhanden, sodass bei Einsatz eines nicht von der Antragstellerin hergestellten Systems dieses zugekauft werden müsste. Hier bestünden erhebliche Preisunterschiede. Fehle das erforderliche Mengengerüst, wäre der Kalkulation sohin eine unseriöse Schätzung zugrunde zu legen. Angesichts dessen verstoße auch die vom Bieter abverlangte Blankobestätigung, alle Informationen etc (Punkt 7.1 letzter Absatz der Rahmenvereinbarung) erhalten zu haben, gegen elementare Grundsätze des BVergG und gegen die Paragraphen 864, a und 879 ABGB. Darüber hinaus stehe nicht fest, wohin tatsächlich geliefert werden soll (je nach Bedarf), weswegen auch in Anbetracht dessen, dass insgesamt nur ca. 44 km ausgeschrieben sind, die Leistung nicht ausreichend kalkulierbar sei. Für die Kalkulation eines Angebotes sei es wesentlich, an welchen konkreten Streckenabschnitten die Lieferleistung erfolgen soll, weil dies naturgemäß Einfluss auf die Transportkosten und die

Arbeitszeit (An- und Abfahrtsdauer, allfällige Koordinierung der Leistung bei verschiedenen Losen etc.) habe und auch für die Kalkulation des Arbeitsaufwandes im Hinblick auf die zu erwartenden Bodenverhältnisse entscheidend sein könne. Dies gelte umso mehr, als die Ausschreibung ausdrücklich vorsehe, dass der Auftraggeber "Abrufe beliebig oft und zu jedem beliebigen Zeitpunkt und mit jeder beliebigen Leistungsmenge" vornehmen könne (L.7, Punkt 7.1. dritter Absatz). Die in den Abschnitten L.5 ausgeschrieben Mengen seien damit nicht mehr Maximalmengen, sondern höchstens (falls überhaupt) durch die Projektbeschreibung L.2 begrenzt. Es könne auch nicht zumutbar kalkuliert werden, wenn es wie im gegenständlichen Fall einem Auftraggeber möglich sei, beispielsweise in der KW 20 500 Systemmeter in Vorarlberg und 100 Systemmeter in Kärnten abzurufen, drei Wochen später 20 Systemmeter in Vorarlberg und 5000 Systemmeter in Niederösterreich, und so fort.

Damit verstoße die Ausschreibung gegen das Gebot der nachvollziehbaren Ermittlung des Bestbieters. Dieses sei verletzt, wenn die Zuschlagskriterien nicht dem BVergG entsprechen. Zuschlagskriterien müssten mess- und wägbare sein und einen Bieter in die Lage versetzen, sein Angebot entsprechend den in den Zuschlagskriterien genannten Merkmalen zu überprüfen und zu kalkulieren.

Überdies würden zahlreiche Ausschreibungsbestimmungen entgegen § 99 Abs 2 BVergG in sachlich nicht gerechtfertigtem Maße von den hier maßgeblichen ÖNORMen B 2110 bzw B 2118 abweichen und zum Teil auch - jedenfalls im Gesamtzusammenhang - gegen die §§ 879 und 864a ABGB verstoßen (BVA vom 25. September 2007, N/0078-BVA/14/2007-31). Die Summe der inkriminierten Festlegungen führe zu einer Diskriminierung der Bieter bzw zu einer rechtswidrigen Einschränkung des Wettbewerbes (BVA vom 3. Dezember 2010, N/0076-BVA/02/2010-36). Je mehr und je gravierender von den ÖNORMen abgewichen werde, desto höher werde dadurch die Gefahr einer gröblichen Benachteiligung einer Partei. Aus diesem Grunde ziehe § 99 BVergG Abweichungen eine Grenze. Diese Grenze sei jedenfalls schon allein dann überschritten, wenn ein Auftragnehmer auf Dauer von einem oder gar zwei Jahren eine unüberschaubare Leistung von sehr hohem Wert auf jederzeitigen Abruf bereithalten müsse, eine in welcher Weise auch immer erfolgten Änderung der Vertragsbedingungen hinzunehmen habe, gleichzeitig einem verschuldensunabhängigen Pönale und einer darüber hinausgehenden unbegrenzten Schadenersatzpflicht auch bei bloß leichter Fahrlässigkeit ausgesetzt werde und schließlich auch den anderen Abweichungen wie im Nachprüfungsantrag dargestellt ausgesetzt sei. Überdies würden zahlreiche Ausschreibungsbestimmungen entgegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG in sachlich nicht gerechtfertigtem Maße von den hier maßgeblichen ÖNORMen B 2110 bzw B 2118 abweichen und zum Teil auch - jedenfalls im Gesamtzusammenhang - gegen die Paragraphen 879 und 864 a ABGB verstoßen (BVA vom 25. September 2007, N/0078-BVA/14/2007-31). Die Summe der inkriminierten Festlegungen führe zu einer Diskriminierung der Bieter bzw zu einer rechtswidrigen Einschränkung des Wettbewerbes (BVA vom 3. Dezember 2010, N/0076-BVA/02/2010-36). Je mehr und je gravierender von den ÖNORMen abgewichen werde, desto höher werde dadurch die Gefahr einer gröblichen Benachteiligung einer Partei. Aus diesem Grunde ziehe Paragraph 99, BVergG Abweichungen eine Grenze. Diese Grenze sei jedenfalls schon allein dann überschritten, wenn ein Auftragnehmer auf Dauer von einem oder gar zwei Jahren eine unüberschaubare Leistung von sehr hohem Wert auf jederzeitigen Abruf bereithalten müsse, eine in welcher Weise auch immer erfolgten Änderung der Vertragsbedingungen hinzunehmen habe, gleichzeitig einem verschuldensunabhängigen Pönale und einer darüber hinausgehenden unbegrenzten Schadenersatzpflicht auch bei bloß leichter Fahrlässigkeit ausgesetzt werde und schließlich auch den anderen Abweichungen wie im Nachprüfungsantrag dargestellt ausgesetzt sei.

Im Einzelnen sei darauf verwiesen, dass die Auftraggeberin bei Überschreitung der Lieferfrist nach Belieben vom Vertrag zurücktreten und vom Auftragnehmer eine verschuldensunabhängige Pönale begehren könne, auch wenn die Ursache in der "neutralen Zone" liege (Punkte 4.1.17 und 4.1.18 der Vertragsbestimmungen). Die Zuordnung der neutralen Sphäre und noch viel mehr von Umständen der anderen Auftragnehmer (zB des Bau-AN) zur Sphäre des Auftragnehmers widerspreche eklatant der ÖNORM B 2110, 7.2. bzw ÖNORM B 2118, 7.2.1., weil dort Verzögerungen, die außerhalb der Sphäre des Auftragnehmers liegen, grundsätzlich der Sphäre des AG zugerechnet werden, wie insbesondere Behinderungen durch andere Gewerke, die direkt vom Auftraggeber beauftragt wurden. Es gebe auch Umstände in der neutralen Sphäre, welche nicht unter den Begriff der höheren Gewalt zu subsumieren seien. Dies seien beispielsweise Verkehrsstaus, Reifenplatzer mit weitreichenden Folgen, Umleitungen wegen anderer Bauarbeiten außerhalb der vertragsgegenständlichen Strecke, Erkrankungen, Überschwemmungen, die immer wieder vorkommen etc. Nach ständiger Rechtsprechung (OGH 10b 93/00h mwN; 1 Ob 533/77) sei höhere Gewalt dann anzunehmen, wenn ein außergewöhnliches Ereignis von außen einwirke, das nicht in einer gewissen Regelmäßigkeit vorkomme bzw zu

erwarten sei und selbst durch äußerste zumutbare Sorgfalt weder abgewendet noch in seinen Folgen unschädlich gemacht werden könne (JBI 1978, 211; SZ 54/64; VersRdSch 1989, 286, ecolex 1990, 543 uva). Unabwendbar sei aber auch jedes nicht außergewöhnliche Ereignis, das trotz aller erdenklichen Sachkunde und Vorsicht nicht abgewendet werden könne. In keinem Fall sei somit die Unabwendbarkeit des Ereignisses mit dessen absoluter Unvermeidbarkeit gleichzusetzen (SZ 50/40). Ebenso widerspreche es der ÖNORM B 2110, 6.5.3., dem Auftragnehmer nicht einmal die Chance des Freibeweises zu geben. Die Antragstellerin sehe angesichts des Fehlens einer maximalen Abrufmenge auch die Gefahr, dass im Extremfall mit einem Gegenwert von 4.500 Straßenkilometern kalkuliert werden müsste, weswegen auch die Höhe der Vertragsstrafe als rechtswidrig zu qualifizieren sei. Eine erhebliche Überschreitung der geschätzten Mengen würde sich in der Kalkulation letztlich so auswirken, dass von der Materialbeschaffung, über die Produktion der Leitschienen, über die Herstellung der FRS-Systeme, den Transport an die Baustelle, die Bereitschaft des Montagepersonals so hohe Vorhaltungen einzukalkulieren wären, dass im Ergebnis ein unrealistischer Preis von allen Bietern anzubieten wäre. Die Annahme dieses Extremsfalles sei entgegen der Ansicht der Auftraggeberin nicht lebensfremd.

Darüber hinaus werde die Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre verlängert, wobei keine Obliegenheit der Auftraggeberin zur sofortigen Mängelrüge bestehe (Punkt 4.1.14 der Vertragsbestimmungen). Bei dieser Kombination sei es einem Auftragnehmer kaum der Nachweis möglich, dass ein Defekt, der beispielsweise bereits innerhalb eines Jahres aufgetreten sei, aber erst kurz vor der 5-Jahresfrist gerügt werde, nicht auf einen Mangel an der Leistung, sondern auf einen Umstand außerhalb der Sphäre des Auftragnehmers zurück zu führen sei. Diese Festlegung sowie die mit 20% des Bestellwertes begrenzte Vertragsstrafe (Punkt 4.1.17 der Vertragsbestimmungen) würden die Kalkulierbarkeit beeinträchtigen bzw geradezu unmöglich machen. Den Auftragnehmer treffe überdies entgegen der Regelung des Punktes 12.3. der ÖNORM B 2110 eine umfassende Pflicht zum Schadenersatz (Punkt 4.1.5. der Vertragsbestimmungen).

Weiters werde das Bodenrisiko auf den Auftragnehmer überwält (Punkt 4.1.8. der Vertragsbestimmungen). Der Auftraggeberin werde eine gegen § 152 Abs 3 Z 2 lit c BVergG sowie gegen die ÖNORM B 2110 verstoßende umfassende Änderungsbefugnis eingeräumt (Punkte 7.3.1. und 7.3.2. der Rahmenvereinbarung). Der Auftraggeberin werde die kostenlose Verwertungsbefugnis der Unterlagen des Bieters auch für den Fall eingeräumt, dass er keinen Einzelauftrag erhalte (Punkt 1.1.14.). Die Behebungsmöglichkeit eines Mangels werde ausgeschlossen, wenn dieser geringfügig und behebbbar ist (Punkt 4.1.14.). Der Auftragnehmer habe auch jene Bewilligungen einzuholen, die nicht unmittelbar seine Leistungen betreffen (Punkt 4.1.4.). Weiters werde das Bodenrisiko auf den Auftragnehmer überwält (Punkt 4.1.8. der Vertragsbestimmungen). Der Auftraggeberin werde eine gegen Paragraph 152, Absatz 3, Ziffer 2, Litera c, BVergG sowie gegen die ÖNORM B 2110 verstoßende umfassende Änderungsbefugnis eingeräumt (Punkte 7.3.1. und 7.3.2. der Rahmenvereinbarung). Der Auftraggeberin werde die kostenlose Verwertungsbefugnis der Unterlagen des Bieters auch für den Fall eingeräumt, dass er keinen Einzelauftrag erhalte (Punkt 1.1.14.). Die Behebungsmöglichkeit eines Mangels werde ausgeschlossen, wenn dieser geringfügig und behebbbar ist (Punkt 4.1.14.). Der Auftragnehmer habe auch jene Bewilligungen einzuholen, die nicht unmittelbar seine Leistungen betreffen (Punkt 4.1.4.).

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich schon daraus, dass sie im Vergabeverfahren ein frist- und formgerechtes Angebot erstellen werde und in Österreich bereits zahlreiche Straßen erfolgreich mit ihren Systemen ausgestattet habe. Sie verfüge über bestausgebildete Spezialisten, die technisch hochwertigste Produkte erzeugen, welche sowohl den innerstaatlichen als auch den europäischen Normen entsprechen. Sie habe daher ein relevantes Interesse, nur mit solchen Unternehmen konkurrenzieren zu müssen, welche ebenfalls diese Auflagen erfüllen, welche in den EN 1317-1, -2 und -5 sowie in der RVS festgelegt seien. Bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin als Bestbieterin ermittelt würde. Es drohe daher ein Schaden in Höhe des Gewinnentganges bzw des Verlusts des Deckungsbeitrages einschließlich der Regiegemeinkosten und sei dieser mit rund € 30.000,- zu beziffern. Darüber hinaus sei die Antragstellerin auch insofern geschädigt, als die Kosten der Angebotslegung, der anwaltlichen Vertretung und der entrichteten Pauschalgebühren frustriert wären (rund € 8.000,- -). Schließlich handle es sich auch um ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Stahlleitschienen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf ein faires, transparentes und klares Vergabeverfahren, insbesondere auf Gleichbehandlung mit den anderen Bietern, auf eine klare und transparente Ausschreibung und die Bindung auch des Auftraggebers an seine Ausschreibung sowie in ihrem Recht darauf, dass keine Bestimmungen in

der Ausschreibung enthalten sein dürfen, welche die Sicherheit von Personen und Sachen gefährden, als verletzt. Weiters sei die Antragstellerin in ihrem Recht verletzt, eine ausreichende und klare Grundlage für die Kalkulation des Angebotes in der Gestalt eines entsprechenden Mengengerüsts zu erhalten.

Die Auftraggeberin, die ASFINAG, erteilte in ihrer Stellungnahme vom 25. Jänner 2013 (OZ 6) die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte am 28. Jänner 2013 die Unterlagen des Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG (CPV-Code 45233110). Als Art des Vergabeverfahrens iSd § 25 BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Weder sei der Zuschlag erteilt worden noch sei ein Widerruf erfolgt. Die Auftraggeberin, die ASFINAG, erteilte in ihrer Stellungnahme vom 25. Jänner 2013 (OZ 6) die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte am 28. Jänner 2013 die Unterlagen des Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG (CPV-Code 45233110). Als Art des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 25, BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Weder sei der Zuschlag erteilt worden noch sei ein Widerruf erfolgt.

Zu den von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nahm die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 31. Jänner 2013 (OZ 12) und vom 25. Februar 2013 (OZ 27) sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2013 Stellung. Die Antragsgegnerin sei als öffentliche Auftraggeberin den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verpflichtet. Dies auch vor dem Hintergrund, sicherzustellen, dass der gemeinschaftsrechtlichen Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit im rechtlich gebotenen Ausmaß entsprochen wird. In Abstimmung mit dem Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) habe sie bei der Planung des gegenständlichen Vergabeverfahrens Maßnahmen getroffen, um einen möglichst freien Wettbewerb zu ermöglichen. Insbesondere habe die Auftraggeberin erkannt, dass das bis dato bestehende System einer verpflichtenden Einsatzfreigabe durch das BMVIT - auch aufgrund der Dauer des Verfahrens - den Marktzutritt erheblich erschwere und in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten stehe. Die Auftraggeberin habe daher in Abstimmung mit dem BMVIT entschieden, neben der Einsatzfreigabe auch Prüfzeugnisse durch notifizierte Stellen als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bzw der Konformität der angebotenen Fahrzeugrückhaltesysteme mit den nationalen Anwendungsbestimmungen zuzulassen. Der gegen die Nachweismöglichkeit mittels Einzelnachweis gerichtete Antrag der Antragstellerin (lit a.) sei pauschal mit einem Verstoß gegen das Fairness- bzw Gleichbehandlungsgebot bzw gegen die ÖNORMen bzw EN-Normen und die EN-V 1317 begründet und insofern unschlüssig, weswegen der Antrag zurückzuweisen sei. Im Übrigen sei auch in der ÖNORM V 1317 die Möglichkeit der Nachweisführung mittels Einzelnachweis vorgesehen. Der Prüfgegenstand sei in beiden Fällen (Einsatzfreigabe bzw Einzelnachweis) der gleiche: die Einhaltung der nationalen Verwendungsbestimmungen für Fahrzeugrückhaltesysteme im Freiland, welche im "Merkblatt zur Erlangung einer Einsatzfreigabe für Fahrzeugrückhaltesysteme" des BMVIT unter Punkt 2 angeführt seien. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin werde der Inhalt des Merkblattes aber nicht generell zum Inhalt der Ausschreibungsunterlage erklärt. Zu den von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nahm die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 31. Jänner 2013 (OZ 12) und vom 25. Februar 2013 (OZ 27) sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2013 Stellung. Die Antragsgegnerin sei als öffentliche Auftraggeberin den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verpflichtet. Dies auch vor dem Hintergrund, sicherzustellen, dass der gemeinschaftsrechtlichen Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit im rechtlich gebotenen Ausmaß entsprochen wird. In Abstimmung mit dem Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) habe sie bei der Planung des gegenständlichen Vergabeverfahrens Maßnahmen getroffen, um einen möglichst freien Wettbewerb zu ermöglichen. Insbesondere habe die Auftraggeberin erkannt, dass das bis dato bestehende System einer verpflichtenden Einsatzfreigabe durch das BMVIT - auch aufgrund der Dauer des Verfahrens - den Marktzutritt erheblich erschwere und in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten stehe. Die Auftraggeberin habe daher in Abstimmung mit dem BMVIT entschieden, neben der Einsatzfreigabe auch Prüfzeugnisse durch notifizierte Stellen als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bzw der Konformität der angebotenen Fahrzeugrückhaltesysteme mit den nationalen Anwendungsbestimmungen zuzulassen. Der gegen die Nachweismöglichkeit mittels Einzelnachweis gerichtete Antrag der Antragstellerin (Litera a.) sei pauschal mit einem Verstoß gegen das Fairness- bzw Gleichbehandlungsgebot bzw gegen die ÖNORMen bzw EN-Normen und die EN-V 1317 begründet und insofern unschlüssig, weswegen der Antrag zurückzuweisen sei. Im Übrigen sei auch in der

ÖNORM römisch fünf 1317 die Möglichkeit der Nachweisführung mittels Einzelnachweis vorgesehen. Der Prüfgegenstand sei in beiden Fällen (Einsatzfreigabe bzw Einzelnachweis) der gleiche: die Einhaltung der nationalen Verwendungsbestimmungen für Fahrzeugrückhaltesysteme im Freiland, welche im "Merkblatt zur Erlangung einer Einsatzfreigabe für Fahrzeugrückhaltesysteme" des BMVIT unter Punkt 2 angeführt seien. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin werde der Inhalt des Merkblattes aber nicht generell zum Inhalt der Ausschreibungsunterlage erklärt.

Auch sei das Vorbringen zu lit b. und c. der Anträge unschlüssig. Die Antragstellerin verkenne, dass § 69 Z 1 BVergG den Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung regle, der vom Zeitpunkt der nachträglichen Vorlage von Nachweisen zu unterscheiden sei. Der Zeitpunkt der Vorlage der Nachweise berühre nämlich in keiner Weise den Zeitpunkt, für den der Nachweis zu erbringen sei. Die Ausschreibung enthalte auch keine Festlegung dazu, zu welchem Zeitpunkt die Eignung vorliegen muss. Vor dem Hintergrund, dass das von der Antragstellerin zitierte VwGH-Erkenntnis (VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078) ein "Nachreichen" von Nachweisen ausdrücklich zulasse, sei nicht nachvollziehbar, wie die Antragstellerin zum Ergebnis gelange, dass es sich bei einem kostenlosen, mit geringfügigem Aufwand verbundenen Verfahren um einen Fall handle, in dem ein Nachreichen die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessere. Im Übrigen sei das Verfahren der Einsatzfreigabe durch das BMVIT kostenlos und auch mit einem für die Genehmigungswerberin geringen Aufwand verbunden, da es auf der Prüfung von Nachweisen beruhe, über die die Bieter ohnehin bereits für die Erlangung der CE-Zulassung, die in Punkt 3.2.1.1. der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich gefordert sei, verfüge. Demnach müsse die CE-Kennzeichnung des betreffenden Fahrzeugrückhaltesystems bei Antragstellung für das Erlangen der Einsatzfreigabe bzw des Einzelnachweise sowie bei Angebotsabgabe bereits vorliegen. Eine entsprechende Klarstellung der Ausschreibung werde von der AG in Aussicht genommen. Für die Antragsgegnerin bleibe daher unklar, in welchen Umständen die Antragstellerin unter diesen Voraussetzungen eine Wettbewerbsverzerrung erblicke. Im Übrigen habe die Auftraggeberin im Zuge der 5. Berichtigung Punkt 1.2.1.5. gestrichen, sodass es sich vorliegend nicht um einen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit iSd § 75 Abs 5 Z 5 BVergG handle, sondern um einen Nachweis hinsichtlich der technischen Anforderungen an das Produkt im Rahmen der Leistungsbeschreibung. Die Auftraggeberin sei nicht verpflichtet, (argumentum: "können" in § 75 Abs 5 BVergG) einen derartigen Nachweis als Eignungsnachweis zu fordern. Für das Vorliegen eines derartigen Nachweises sehe das BVergG, im Gegensatz zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, keinen zwingenden Zeitpunkt vor. Auch sei das Vorbringen zu Litera b, und c, der Anträge unschlüssig. Die Antragstellerin verkenne, dass Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG den Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung regle, der vom Zeitpunkt der nachträglichen Vorlage von Nachweisen zu unterscheiden sei. Der Zeitpunkt der Vorlage der Nachweise berühre nämlich in keiner Weise den Zeitpunkt, für den der Nachweis zu erbringen sei. Die Ausschreibung enthalte auch keine Festlegung dazu, zu welchem Zeitpunkt die Eignung vorliegen muss. Vor dem Hintergrund, dass das von der Antragstellerin zitierte VwGH-Erkenntnis (VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078) ein "Nachreichen" von Nachweisen ausdrücklich zulasse, sei nicht nachvollziehbar, wie die Antragstellerin zum Ergebnis gelange, dass es sich bei einem kostenlosen, mit geringfügigem Aufwand verbundenen Verfahren um einen Fall handle, in dem ein Nachreichen die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessere. Im Übrigen sei das Verfahren der Einsatzfreigabe durch das BMVIT kostenlos und auch mit einem für die Genehmigungswerberin geringen Aufwand verbunden, da es auf der Prüfung von Nachweisen beruhe, über die die Bieter ohnehin bereits für die Erlangung der CE-Zulassung, die in Punkt 3.2.1.1. der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich gefordert sei, verfüge. Demnach müsse die CE-Kennzeichnung des betreffenden Fahrzeugrückhaltesystems bei Antragstellung für das Erlangen der Einsatzfreigabe bzw des Einzelnachweise sowie bei Angebotsabgabe bereits vorliegen. Eine entsprechende Klarstellung der Ausschreibung werde von der AG in Aussicht genommen. Für die Antragsgegnerin bleibe daher unklar, in welchen Umständen die Antragstellerin unter diesen Voraussetzungen eine Wettbewerbsverzerrung erblicke. Im Übrigen habe die Auftraggeberin im Zuge der 5. Berichtigung Punkt 1.2.1.5. gestrichen, sodass es sich vorliegend nicht um einen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit iSd Paragraph 75, Absatz 5, Ziffer 5, BVergG handle, sondern um einen Nachweis hinsichtlich der technischen Anforderungen an das Produkt im Rahmen der Leistungsbeschreibung. Die Auftraggeberin sei nicht verpflichtet, (argumentum: "können" in Paragraph 75, Absatz 5, BVergG) einen derartigen Nachweis als Eignungsnachweis zu fordern. Für das Vorliegen eines derartigen Nachweises sehe das BVergG, im Gegensatz zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, keinen zwingenden Zeitpunkt vor.

Darüber hinaus habe die Auftraggeberin mit der 5. Berichtigung der Ausschreibung bzw mit der Beantwortung von Bieteranfragen vom 25. Februar 2013 zahlreiche Klarstellungen, etwa hinsichtlich der Rammfähigkeit der Böden, dem

Einholen von Bewilligungen und behördlichen Genehmigungen, der Verwertung der Unterlagen der Bieter sowie der Änderung der Auftragsbedingungen beim Abruf aus der Rahmenvereinbarung vorgenommen. Darüber hinaus habe die Auftraggeberin in Abschnitt L.2. eine Liste aller (zum Zeitpunkt der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen) geplanten Bauvorhaben aufgenommen, woraus für jedes Vorhaben auch der Ort (Streckenkilometer) sowie der voraussichtliche Zeitraum der Umsetzung des Bauvorhabens ersichtlich sei. Damit verfüge die Antragstellerin jedenfalls über sämtliche für die Kalkulierbarkeit des Angebotes erforderliche Angaben (sofern sie im Lichte ihres Marktanteils von über 80 % bei Fahrzeugrückhaltesystemen tatsächlich jemals Schwierigkeiten bei der Kalkulation gehabt haben sollte). Die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen (insb Laufmeteranzahl der Rückhaltesysteme) in jedem Los entsprechen dem erwarteten Bedarf für die Jahre 2013 und 2014. In welchem Umfang die Leistungen tatsächlich abgerufen werden, sei im Detail nicht abschätzbar. Ein einmaliger Abruf der gesamten ausgeschriebenen Menge sei allerdings auszuschließen. Aufgrund der Lieferfristen hätten die Bieter ausreichend Zeit die Bestellungen der Antragsgegnerin zu bearbeiten und entstehen den Bietern nach Abschluss der Rahmenvereinbarung auch keine besonderen Vorlaufkosten, die bei der Kalkulation einzurechnen wären. Anderenfalls wären die Lieferfristen in den Allgemeinen Lieferbedingungen der Antragstellerin ("4 Wochen ab Auftragsklarheit"), die auch ohne Bestehen einer Rahmenvereinbarung gelten, nicht zu erklären. Da die Montage der FRS überdies technisch nicht besonders schwierig sei, müsse auch kein besonders qualifiziertes Personal für diese Tätigkeiten vorgehalten werden. Im Übrigen seien entsprechende Positionen in das Leistungsverzeichnis aufgenommen worden, um etwaige Mehraufwendungen der Bieter für den Abruf von Kleinmengen (LV Pos 232701Z) bzw für Verziehungen (LV Pos 230171Z) abzugelten.

Hinsichtlich der angefochtenen Vertragsbestimmungen (siehe lit d., e., j., n. des Nachprüfungsantrages) führte die Auftraggeberin aus, dass die Antragstellerin weder in ihrem Nachprüfungsantrag noch in ihrer Stellungnahme auf die Frage eingehe, weshalb sie die ÖNORM B 2110 bzw die ÖNORM B 2118 als "geeignete Leitlinien" iSd § 99 BVergG erachte. Die Berufung auf die ÖNORM B 2118 gehe insofern fehl, als bereits im Vorwort dieser Norm betont werde, dass die Anwendung dieser Norm "für Großprojekte und komplexe Bauvorhaben [...] vorgesehen" sei, was aber vorliegend offenkundig nicht der Fall sei. Ebenso wenig begründe die Antragstellerin ihre Berufung auf die ÖNORM B 2110: Sie lasse außer Betracht, dass es sich um eine Rahmenvereinbarung handle, die schon deshalb offenkundig spezifischer rechtlicher Regelungen bedarf. Außerdem liege ein Vertrag vor, der ganz wesentlich von der Lieferleistung dominiert sei. Es sei auf Grund von Erfahrungswerten davon auszugehen, dass der Lohnanteil rund 30% betrage. Bei der Montage der Leitschienen seien im Wesentlichen Hilfsarbeiten zu verrichten. Abgesehen davon habe die Auftraggeberin die ÖNORM B 2110 herangezogen, soweit dies angemessen ist. Vorausgesetzt, dass die ÖNORMen überhaupt als geeignete Leitlinien zu qualifizieren wären, sei die Auftraggeberin nicht verpflichtet, eine sachliche Rechtfertigung für Abweichungen zu liefern. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit des Abweichens bilde nach der Judikatur des VwGH (VwGH 22.04.2010, 2008/04/0077) das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit. Zum angeblichen Verstoß gegen § 879 ABGB sei auszuführen, dass behauptete Verstöße gegen das Zivilrecht nicht in die Prüfständigkeit des BVA fallen. Das BVA habe entschieden: "...es ist nicht Aufgabe des Bundesvergabeamtes anlässlich einer Überprüfung der Ausschreibungsbestimmungen vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen vorzunehmen. Maßstab für die Prüfung der Ausschreibung für das Bundesvergabeamt sind allein die Grundsätze des Bundesvergabegesetzes" (BVA vom 3. Dezember 2010, N/0076-BVA/02/2010-36). Hinsichtlich der angefochtenen Vertragsbestimmungen (siehe Litera d, Punkt , e, Punkt , j, Punkt , n, des Nachprüfungsantrages) führte die Auftraggeberin aus, dass die Antragstellerin weder in ihrem Nachprüfungsantrag noch in ihrer Stellungnahme auf die Frage eingehe, weshalb sie die ÖNORM B 2110 bzw die ÖNORM B 2118 als "geeignete Leitlinien" iSd Paragraph 99, BVergG erachte. Die Berufung auf die ÖNORM B 2118 gehe insofern fehl, als bereits im Vorwort dieser Norm betont werde, dass die Anwendung dieser Norm "für Großprojekte und komplexe Bauvorhaben [...] vorgesehen" sei, was aber vorliegend offenkundig nicht der Fall sei. Ebenso wenig begründe die Antragstellerin ihre Berufung auf die ÖNORM B 2110: Sie lasse außer Betracht, dass es sich um eine Rahmenvereinbarung handle, die schon deshalb offenkundig spezifischer rechtlicher Regelungen bedarf. Außerdem liege ein Vertrag vor, der ganz wesentlich von der Lieferleistung dominiert sei. Es sei auf Grund von Erfahrungswerten davon auszugehen, dass der Lohnanteil rund 30% betrage. Bei der Montage der Leitschienen seien im Wesentlichen Hilfsarbeiten zu verrichten. Abgesehen davon habe die Auftraggeberin die ÖNORM B 2110 herangezogen, soweit dies angemessen ist. Vorausgesetzt, dass die ÖNORMen überhaupt als geeignete Leitlinien zu qualifizieren wären, sei die Auftraggeberin nicht verpflichtet, eine sachliche Rechtfertigung für Abweichungen zu liefern. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit des Abweichens bilde nach der Judikatur des VwGH (VwGH 22.04.2010, 2008/04/0077) das

Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit. Zum angeblichen Verstoß gegen Paragraph 879, ABGB sei auszuführen, dass behauptete Verstöße gegen das Zivilrecht nicht in die Prüfständigkeit des BVA fallen. Das BVA habe entschieden: "...es ist nicht Aufgabe des Bundesvergabeamtes anlässlich einer Überprüfung der Ausschreibungsbestimmungen vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen vorzunehmen. Maßstab für die Prüfung der Ausschreibung für das Bundesvergabeamt sind allein die Grundsätze des Bundesvergabegesetzes" (BVA vom 3. Dezember 2010, N/0076-BVA/02/2010-36).

Weder stelle die Bestimmung betreffend die Vertragsstrafe bei Überschreiten der Lieferfrist eine unzulässige Abweichung von Leitlinien dar, noch werde hierdurch die Kalkulierbarkeit der Leistung beeinträchtigt. Selbst die - nach Ansicht der Auftraggeberin hier nicht maßgebliche - ÖNORM B 2110 sehe keine zwingende Deckelung vor. Nach der Rsp des VwGH werde die Regelung der Höhe der Vertragsstrafe in das Ermessen der Parteien gestellt (VwGH vom 28. März 2008, 2006/04/0030). Zumal die Bandbreite des Abrufs stark zwischen ca. € 10.000,-- und € 350.000,-- schwanken könne, sei es notwendig auch bei einer geringeren Abrufmenge die abschreckende Wirkung einer Vertragsstrafe sicherzustellen, was zB bei einem Abrufvolumen von € 10.000,-- mit 20% = € 2.000,-- gerade noch der Fall sei. Darüber hinaus stelle das Liefern und Versetzen der Fahrzeugrückhaltesysteme die letzte Teilleistung vor Beendigung der Baustelle und Erteilung der Verkehrsfreigabe dar. Die ASFINAG sei verpflichtet die seitens des Bundes und der Länder vorgegebenen Vorgaben einzuhalten (z.B. Urlauberverkehr). Grundsätzlich bestehe selbstverständlich auch ein wirtschaftliches Interesse an einer zeitgerechten Fertigstellung, insoweit als im Falle einer Baustelle kilometerabhängig bemaute LKW von der Autobahn abfahren könnten und der ASFINAG ein nicht berechenbarer Gewinnentgang entstehen könnte. Darüber hinaus beeinträchtige die Verzögerung einer Baustelle die Verkehrssicherheit (kein Pannestreifen, Verringerung der Fahrbahnbreite).

Festgehalten werde seitens der Auftraggeberin, dass diese nicht zur Geltendmachung der Vertragsstrafe berechtigt sei, wenn der Auftragnehmer durch "höhere Gewalt" bzw "Umstände, die in der Sphäre des AG liegen" an der zeitgerechten Leistungserbringung gehindert werde. Nach Karasek sei höhere Gewalt mit der neutralen Sphäre gleichzusetzen (Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1177ff). In diesem Zusammenhang sei allerdings die Vorhersehbarkeit bzw die Abwendbarkeit eines Ereignisses zu berücksichtigen, sodass etwa ein regelmäßig vorhersehbarer Verkehrsstau nicht höhere Gewalt darstelle, während ein aufgrund von Witterungsverhältnissen (Glatteisbildung) verursachter Verkehrsstau im April höhere Gewalt darstellen könne. Darüber hinaus könne (wiederum unter Hinweis auf Karasek) selbst eine Materialverknappung höhere Gewalt darstellen. Selbstverständlich übernehme die Auftraggeberin jene Risiken, die sich im Zusammenhang mit der Beauftragung anderer Auftragnehmer ergeben.

Die Antragstellerin unterlasse es, den gebotenen Zusammenhang zwischen den Bestimmungen des Punktes 4.1.17 und 4.1.18 mit Punkt 4.1.9, dritter Absatz herzustellen. Würden diese Bestimmungen aber in ihrem Kontext interpretiert werden, würde sich erweisen, dass die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit nicht vorliege. Im Übrigen gehe die Antragstellerin in der Begründung zu ihrem Antrag lit e. nicht auf § 99 Abs 2 BVergG ein und unterlasse es in diesem Zusammenhang, eine grobe Benachteiligung bzw die mangelnde Kalkulierbarkeit konkret zu begründen. Der von der Antragstellerin konstruierte Fall, wonach mangels Angabe einer maximalen Abrufmenge im Extremfall auch mit einem Gegenwert von 4.500 Straßenkilometern kalkuliert werden müsste und damit im Ergebnis angesichts der Höhe der Vertragsstrafe unrealistische Preise der Bieter angeboten würden, sei lebensfremd und könnte eine daraus resultierende Materialverknappung gegebenenfalls einen Fall höherer Gewalt iSd Punktes 4.1.9. darstellen. Eine Vertragsstrafe wäre diesfalls nicht fällig, weswegen die Auftraggeberin die Bedenken der mangelnden Kalkulierbarkeit nicht teile. Die Antragstellerin unterlasse es, den gebotenen Zusammenhang zwischen den Bestimmungen des Punktes 4.1.17 und 4.1.18 mit Punkt 4.1.9, dritter Absatz herzustellen. Würden diese Bestimmungen aber in ihrem Kontext interpretiert werden, würde sich erweisen, dass die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit nicht vorliege. Im Übrigen gehe die Antragstellerin in der Begründung zu ihrem Antrag Litera e, nicht auf Paragraph 99, Absatz 2, BVergG ein und unterlasse es in diesem Zusammenhang, eine grobe Benachteiligung bzw die mangelnde Kalkulierbarkeit konkret zu begründen. Der von der Antragstellerin konstruierte Fall, wonach mangels Angabe einer maximalen Abrufmenge im Extremfall auch mit einem Gegenwert von 4.500 Straßenkilometern kalkuliert werden müsste und damit im Ergebnis angesichts der Höhe der Vertragsstrafe unrealistische Preise der Bieter angeboten würden, sei lebensfremd und könnte eine daraus resultierende Materialverknappung gegebenenfalls einen Fall höherer Gewalt iSd Punktes 4.1.9. darstellen. Eine Vertragsstrafe wäre diesfalls nicht fällig, weswegen die Auftraggeberin die Bedenken der mangelnden Kalkulierbarkeit nicht teile.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre (lit j. des Nachprüfungsantrages) wird seitens der Auftraggeberin ausgeführt, dass die Länge der Gewährleistungspflicht wie auch die Rügeobliegenheiten dispositives Recht darstellen würden. Auch würden die Regeln des Gewährleistungsrechts über die Vermutung der Mängelfreiheit gemäß § 924 ABGB nicht modifiziert. Mangels entsprechender Begründung der Antragstellerin sei nicht erkennbar, warum diese Festlegung der Vertragsbestimmungen im konkreten Fall vergaberechtswidrig, insbesondere nicht kalkulierbar sei. Wiederum nehme die Antragstellerin nicht auf § 99 Abs 2 BVergG Bezug. Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre (Litera j, des Nachprüfungsantrages) wird seitens der Auftraggeberin ausgeführt, dass die Länge der Gewährleistungspflicht wie auch die Rügeobliegenheiten dispositives Recht darstellen würden. Auch würden die Regeln des Gewährleistungsrechts über die Vermutung der Mängelfreiheit gemäß Paragraph 924, ABGB nicht modifiziert. Mangels entsprechender Begründung der Antragstellerin sei nicht erkennbar, warum diese Festlegung der Vertragsbestimmungen im konkreten Fall vergaberechtswidrig, insbesondere nicht kalkulierbar sei. Wiederum nehme die Antragstellerin nicht auf Paragraph 99, Absatz 2, BVergG Bezug.

Die Festlegung, dass sich die Schadenersatzansprüche der Vertragspartner nach den Bestimmungen des ABGB richten, erfolge jedenfalls nicht missbräuchlich. Auf welche Weise das dispositive Recht des ABGB sittenwidrig sei, erläutere die Antragstellerin nicht näher. § 99 Abs 2 BVergG werde nicht erwähnt. Auch gebe die Antragstellerin keinen Hinweis, warum sie diese Bestimmung für nicht kalkulierbar halte. Die Festlegung, dass sich die Schadenersatzansprüche der Vertragspartner nach den Bestimmungen des ABGB richten, erfolge jedenfalls nicht missbräuchlich. Auf welche Weise das dispositive Recht des ABGB sittenwidrig sei, erläutere die Antragstellerin nicht näher. Paragraph 99, Absatz 2, BVergG werde nicht erwähnt. Auch gebe die Antragstellerin keinen Hinweis, warum sie diese Bestimmung für nicht kalkulierbar halte.

Die Antragstellerin moniere im Übrigen, dass ihr unrichtige Erklärungen abgezwungen werden, da die Auftraggeberin ihr keine Informationen über voraussichtliche Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferorte für jedes Los zur Verfügung stelle. Das Vorbringen hierzu sei nicht schlüssig. Diesen Bedenken habe die Auftraggeberin allerdings durch die Berichtigungen bzw die Beantwortungen von Bieteranfragen Rechnung getragen.

Es werde daher die kostenpflichtige Ab- bzw Zurückweisung aller Anträge beantragt.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen und der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie aufgrund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2013 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, die ASFINAG, hat die gegenständliche Leistung im offenen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L- 518290-2c5; Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2012/S 237-390266). Leistungsgegenstand ist das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen (FRS) aus Stahl (CPV-Code 45233110). Dazu wird in L.3. Leistungsbeschreibung Folgendes festgelegt:

3.1.4. Leistungsumfang

Dieser umfasst im Wesentlichen folgende Leistungen:

- * Liefern und montieren von Fahrzeugrückhaltesystemen Leitschienen aus Stahl für das Versetzen in rammfähigen Böden
- * Liefern und Versetzen von passenden Systemteilen wie Anrampungen, Übergangselemente, Verzweigungselemente, Passstücke etc.
- * Liefern und montieren von passenden Rückstrahlelementen

Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung soll zwei Jahre betragen.

Ausgeschrieben sind fünf Lose: Los SL01 (Streckenbereich Oberösterreich), Los SL02 (Streckenbereich Tirol/Vorarlberg), Los SL03 (Streckenbereich Kärnten und Salzburg), Los SL04 (Streckenbereich Wien und NÖ-Süd), Los SL05 (Streckenbereich NÖ-Nord).

Als Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 29. Jänner 2013, 11.00 Uhr, festgelegt. Im Rahmen der 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 23. Jänner 2013 wurde die Angebotsfrist auf den 19. Februar 2013, 11.00 Uhr, und mit der

4. Berichtigung vom 15. Februar 2013 auf den 19. März 2013, 11.00 Uhr, erstreckt.

Am 21. Jänner 2013 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Mit Bescheid vom 30. Jänner 2013, N/0003-BVA/06/2013-10, erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsöffnung untersagt wurde.

Die maßgeblichen Teile bzw. Punkte der Ausschreibung lauten in der Fassung der 5. Berichtigung wie folgt (wobei die kursiv und unterstrichen gehaltenen Passagen hinzugekommen sind und die durchgestrichenen Textpassagen gestrichen wurden):

Teil L.1. Ausschreibungsbestimmungen Lieferleistungen:

1.2.1.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bzw. der Übereinstimmung mit nationalen Anwendungsbestimmungen hat der Bieter für jedes ausgeschriebene Fahrzeugrückhaltesystem gemäß Teil L.5 eine Einsatzfreigabe des BMVIT oder im Einzelfall alternativ dazu einen Einzelnachweis einer notifizierten Prüfstelle vorzulegen.

Sollte ein solcher Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe (noch) nicht vorliegen, so müssen die zur Erlangung der Nachweise erforderlichen Verfahren möglichst umgehend, jedoch vor Ablauf der Angebotsfrist, eingeleitet werden (wie etwa durch eine nachweisliche Übermittlung des Antrages an das BMVIT bzw. des Auftrages an eine notifizierte Prüfstelle oder eine entsprechende Bestätigung des BMVIT bzw. der notifizierten Prüfstelle). Die Einleitung ist dem AG durch den Bieter nachweislich zu übermitteln. Die Nachweise (Einsatzfreigabe des BMVIT oder Einzelnachweis) müssen jedoch in diesem Fall dem AG bei sonstigem Ausscheiden spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist vorliegen.

1.2.3 Auf Anforderung nachzureichende Unterlagen

Die folgenden Unterlagen sind als integrierender Bestandteil des Angebotes, soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben

wurden, innerhalb binnen der im Aufforderungsschreiben angeführten Frist nachzureichen.

1. 1.Ziffer eins

...

2. 10.Ziffer 10

Sonstige in der Ausschreibungsunterlagen

geforderte Unterlagen

Teil L.2. Projektbeschreibung:

L.2 Projektbeschreibung

Gegenstand der Ausschreibung ist das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen Leitschienen aus Stahl.

Die Rückhaltesysteme sind im Rahmen diverser Baulose (Generalerneuerungen, Lärmschutzanlagen, etc.) des AG herzustellen (liefern und versetzen).

Der Projektbereich wurde aufbauend auf die Streckenverantwortungsbereiche (Regionen) in 5 Lose unterteilt. Der Projektbereich umfasst prinzipiell alle Autobahnen und Schnellstraßen im jeweiligen Streckenbereich (Region) und beinhaltet folgende Lose (siehe auch Punkt 2.1 Grafik):

* Los SL01 - Streckenbereich OÖ * Los SL02 - Streckenbereich Tirol / Vorarlberg

* Los SL03 - Streckenbereich Kärnten und Streckenbereich Salzburg

* Los SL04 - Streckenbereich Wien und Streckenbereich

NÖ-Süd

* Los SL05 - Streckenbereich NÖ-Nord

Im Zuge der Ausschreibungserstellung wurde eine entsprechende Bedarfserhebung seitens dem AG durchgeführt.

Die folgenden Angaben zu den einzelnen Projekten stellen lediglich den derzeitigen Stand der Planung dar, dienen bloß zur Information und sind unverbindlich. Aus Änderungen (z.B. Projektänderungen in Bezug auf Lage im Straßennetz, Termin, Projektentfall oder zusätzliche Projekte) können keinerlei Mehrkostenforderungen auf welcher Grundlage auch immer abgeleitet werden.

Los SL01 (Region Ansfelden und Bruck)

Nr. Bezeichnung Projekt- Str km Str km Zeitraum

bezeichnung von ca. bis ca.

A 01 West NB-Rastpl 243.700 243,700 Marz 13-
Autobahn Wildenhag Dez 13

A 01 West Sicherheits-
Autobahn ausbau Regau 221.000 233.000 Mai 13-
Seewalchen Juni 13

A 09 Pyhrn Treglwang - 95 000 103,000 April 13-
Autobahn Wald Okt 13

A 08 Innkreis

Autobahn RPL Oberham 18,200 18,200 Sep. 13-
Okt. 14

Los SL02 (Region Innsbruck und Hohenems)

Nr. Bezeichnung Projekt- Str km Str km Zeitraum

bezeichnung von ca. bis ca.

A 12 Inntal INSB Decke
Autobahn Kreuzung Mai 13-
Telfs West 103,000 104,000 Juli 13

A 12 Inntal Umbau Ast.
Autobahn Kranebitten 82,000 82,000 Juni 13-
Okt. 13

A 12 Inntal GESB Volders
Autobahn - Hall West 65,000 70.000 Apr. 13-
Okt 13

A 12 Inntal	GESB Radfeld				
Autobahn	- Kramsach	27.500	31.800	Apr. 13-	
				Dez 13	
A 12 Inntal	GESB Münster				
Autobahn	- Wiesing	36,000	39.000	Apr. 14-	
				Okt. 14	
A 13 Brenner	INS Tunnel				
Autobahn	Bergisel	0.000	2.100	Juni 14-	
				Dez. 15	
A 13 Brenner	Oberbauinstand-				
Autobahn	setzung ASt,				
	Brennersee	32,000	34,000	Mai 14-	
				Dez. 14	
A 14 Rheintal	INS V32 -				
Autobahn	Wolfurt/				
	Lauterach	10,000	12.350	April 14-	
				Sep. 14	
A 14 Rheintal	Umbau ZAP				
Autobahn	Hörbranz	0200	0.350	April 14-	
				Nov. 14	
A 14 Rheintal	RPL Walgau				
Autobahn	Nord	46,500	47,100	April 14-	
				Dez. 14	
A 14 Rheintal	RPL Walgau				
Autobahn	Süd	44,000	44.500	April 14-	
				Dez. 14	
Los SL03 (Region Kärnten und Salzburg)					
Nr.	Bezeichnung Projekt-	Str km	Str km	Zeitraum	
	bezeichnung von ca.	bis ca.			
A 02 Sud	RPL Dolina				
Autobahn	Nord/Süd	299,000	299,000	Juni 13-	
				Okt 13	
A 01 West	AST				
Autobahn	Hagenau	290.000	290,000	2013	
A 01 West	LS				
Autobahn	Gaglham	289,000	291,000	2013	
A 10 Tauern	LSW				
Autobahn	Grödig	4,600	8,000	2013	

Los SL04 (Region Wien und NÖ-Süd)

Nr. Bezeichnung Projekt- Str km Str km Zeitraum

bezeichnung von ca. bis ca.

A 02 Süd INS Rampen

Autobahn Ast Wr.

Neudorf u

Leitschie-

nentausch 8.864 8,864 2013

A 02 Süd Umbau Ast

Autobahn Wr. Neudorf 8.864 8,864 2014

A 04 Ost 3-streifiger

Autobahn Ausbau

Flughafen -

Fischamend 12.370 18,579 2014

Los SL05 (Region NÖ-Nord)

Nr. Bezeichnung Projekt- Str km Str km Zeitraum

bezeichnung von ca. bis ca.

A 01 West RST St Pölten

Autobahn Erweiterung

LKW Stell-

plätze 62.600 62.600 Apr 13-

Nov 13

A 01 West Pochlarn -

Ybbs, Autoba-

hn 3-streifiger

Ausbau 91,000 100.200 März 13-

Nov 13

S 33 Kremser AST Herzogen-

Schnell- burg Mitte

straße 12,150 12,150 Dez. 13-

Nov. 14

Teil L.3. Leistungsbeschreibung:

3.1.1 Leistungszeitraum und Termine

Bezeichnung Datum

Leistungsbeginn März 2013

Leistungsende voraussichtlich

Dezember 2015

Die Lieferung der Fahrzeugrückhaltesysteme hat erst nach gesondert durch den AG abgerufenen Bestellungen zu erfolgen.

Der ausgeschriebene Lieferumfang wird vom AG

grundsätzlich bedarfsabhängig in mehreren Tranchen abgerufen. Eine Gesamtlieferung kann nicht erfolgen.

Lieferfrist:

Die Lieferung hat vom Tag der Bestellung (Abruf durch AG) plus 30 Kalendertage zu erfolgen. Der Tag der Lieferung entspricht auch dem Beginn für die Herstellung und Montage auf der jeweiligen Baustelle.

Herstellfristen (pönalisiert):

In Abhängigkeit des Warenwertes (Netto) der Bestellung gelten folgende Herstellfristen:

Warenwert Netto in Euro	Herstellfrist (ab der jeweiligen Lieferfrist)
<20.000 €	5 Kalendertage
20.000 - 50.000 €	7 Kalendertage
>50.000 €	7 Kalendertage und je angefangene 20.000 Euro Warenwert 1 Kalendertag

Innerhalb der festgelegten Herstellfristen hat auch das Versetzen der Rückhaltesysteme zu erfolgen.

Zu Vertragsstrafen (Pönale) betreffend Herstellverzug wird auf Pkt. 4 17 des Teiles L.4 verwiesen

3.1.6 Koordination AN-Bau bzw. Einbauten

Die Herstellung der Fahrzeugrückhaltesysteme erfolgt im Zuge diverser Baulose des AG. Hierfür ist eine Koordination des AN dieser Ausschreibung (AN) mit dem AN des entsprechenden Bauloses (AN-Bau) erforderlich. ...

Die Koordinierung der Termine bzgl. der Lieferung der Fahrzeugrückhaltesysteme aus Stahl sowie die Baufeldfreimachung für den Einbau der Fahrzeugrückhaltesysteme aus Stahl obliegen dem AN-Bau.

Die Erhebung evtl. vorhandener Einbauten obliegt grundsätzlich dem AG bzw. den AN-Bau.

Der AN ist verpflichtet, vor dem Versetzen der Systeme die Einbautenpläne beim AG und beim AN-Bau anzufordern und in diese Pläne Einsicht zu nehmen. Insbesondere hat dazu auch eine Begehung vor Ort mit dem AN-Bau zu erfolgen, um die Lage der Einbauten zu erheben

überprüfen. ...

3.2.1 Allgemeines

3.2.1.1 Richtlinien und Normen

Es sind ausschließlich Fahrzeugrückhaltesysteme einzusetzen, welche

* den einschlägigen europäischen technischen

Spezifikationen entsprechen und eine CE-Kennzeichnung (vgl. 3.2.1.2 Abs. 1) besitzen, und Spezifikationen entsprechen und eine CE-Kennzeichnung vergleiche 3.2.1.2 Absatz eins,) besitzen, und

* die einschlägigen ergänzenden, nationalen anwendungsspezifischen Regelungen (vgl. 3.2.1.2 Abs. 2) erfüllen* die einschlägigen ergänzenden, nationalen anwendungsspezifischen Regelungen vergleiche 3.2.1.2 Absatz 2,) erfüllen.

Insbesondere wird auf folgende Normen und Richtlinien hingewiesen:

ÖNORM EN 1317-1 Rückhaltesysteme an Straßen;

Terminologie und allgemeine Kriterien für Prüfverfahren

ÖNORM EN 1317-2 Rückhaltesysteme an Straßen;

Leistungsklassen, Abnahmekriterien für Anprallprüfungen und Prüfverfahren für Schutzeinrichtungen

ÖNORM EN 1317-5 Rückhaltesysteme an Straßen; Kriterien für die Dauerhaftigkeit und Konformitätsbewertung

RVS 05.02.31 Leiteinrichtungen, Rückhaltesysteme, Anforderung und Aufstellung

RVS 08.23.05 Straßenausrüstung, Leitschienen aus Stahl

RVS 15.04.71 Brücken - Fahrzeugrückhaltesystem

Für Fachnormen, Vorschriften und Richtlinien, Anleitungen, Merkblätter u. dgl. gilt folgende

Rangordnung in nachfolgender Reihenfolge:

(1) Technische Vertragsbestimmungen gemäß Ausschreibungsunterlagen

(2) ÖNORMEN und EN Normen (europäische technische Spezifikationen)

(3) Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS

(4) Technische Vorschriften aus Erlässen und Dienstanweisungen des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie - BMVIT, Radetzkystraße 2, 1030 Wien

(5) DIN-Normen

(6) Richtlinien und Merkblätter der österreichischen Vereinigung für Beton- und Bau-technik - ÖVBB und des österreichischen Baustoffrecyclingverbandes;

(7) Planungshandbücher der ASFINAG, veröffentlicht

unter www.asfinag.net (die jeweils veröffentlichte

Version; Entwürfe sind dabei zu berücksichtigen, sofern zum jeweiligen Thema keine Endversion vorliegt).

3.2.1.2 Nachweis der Übereinstimmung

(1) Fahrzeugrückhaltesysteme haben den europäischen technischen Spezifikationen zu entsprechen und über eine CE-Kennzeichnung zu verfügen. Die CE-Kennzeichnung besteht aus dem CE-Symbol und einer Reihe formaler und produktspezifischer Angaben. Der Umfang der formalen und produktspezifischen Angaben ist dem Anhang ZA.3 der jeweiligen harmonisierten europäischen Norm zu

entnehmen.

(2) Für Fahrzeugrückhaltesysteme ist darüber hinaus eine Übereinstimmung mit den einschlägigen ergänzenden, nationalen anwendungsspezifischen Regelungen

erforderlich. Die nationalen Anwendungsbestimmungen sind in den Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) der Forschungsgesellschaft Schiene Straße Verkehr (FSV) festgelegt. Die nationalen Anwendungsbestimmungen für

Fahrzeugrückhaltesystem/Leitschienen aus Stahl sind in der

- -Strichaufzählung
RVS 05.02.31 "Rückhaltesysteme - Anforderung und Aufstellung" i.d.g.F.,
- -Strichaufzählung
RVS 08.23.05 "Rückhaltesysteme - Leitschienen aus Stahl" i.d.g.F. und
- -Strichaufzählung
RVS 15.04.71 "Brücken - Fahrzeugrückhaltesystem"

i. d.g.F.

festgelegt und als Publikation der FSV unter www.fsv.at erhältlich

(3) Die Übereinstimmung von Fahrzeugrückhaltesystemen mit den nationalen Anwendungsbestimmungen ist zu prüfen. Insbesondere ist die Übereinstimmung mit den folgenden Punkten der RVS zu prüfen:

* Anhand der Aufnahmen der Hochgeschwindigkeitskameras während der Anprallversuche nach ÖNORM EN 1317 ist

gem. RVS 08.23.05 "Rückhaltesysteme - Leitschienen aus Stahl" Punkt 2.1 nachzuweisen, dass kein seitlicher Kopfkontakt der PKW-Insassen (Dummy) mit dem Rückhaltesystem erfolgt.

* Es ist zu prüfen, dass der Hersteller einen Fremdüberwachungsvertrag gem. RVS 08.23.05 "Rückhaltesysteme - Leitschienen aus Stahl" Punkt

4.2.2 abgeschlossen hat.

* Die Korrosionsbeständigkeit, insbesondere die Schichtdicke des Zinküberzuges, ist gem. RVS 08.23.05 "Rückhaltesysteme - Leitschienen aus Stahl" Punkt 2.4 sicherzustellen.

* Bei Fahrzeugrückhaltesystemen auf Brücken und Kunstbauten ist zusätzlich die Krafteinleitung in die Brückenkonstruktion bzw. in das Kunstbauwerk gem. RVS 15.04.71 "Brücken - Fahrzeugrückhaltesystem" Punkt 3.4 auf Grundlage der Anprallversuche nach ÖNORM EN 1317 nachzuweisen.

Die Prüfung der Übereinstimmung von Fahrzeugrückhaltesystemen mit den nationalen Anwendungsbestimmungen erfolgt durch eine Einsatzfreigabe des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) oder im Einzelfall alternativ dazu durch eine entsprechende notifizierte Prüfstelle. Unabhängig davon wird auch bei erfolgreichem Einzelnachweis der Eignung empfohlen, für zukünftige Angebotsabgaben eine Einsatzfreigabe beim BMVIT zu beantragen.

Informationen zur Erlangung einer Einsatzfreigabe durch das BMVIT sind der Homepage des BMVIT ([http://www.bmvit.gv.at/verkehr/strasse/technik/verkehr technik/rueckhalt.html](http://www.bmvit.gv.at/verkehr/strasse/technik/verkehr%20technik/rueckhalt.html)) und dem "Merkblatt zur Erlangung einer Einsatzfreigabe für Fahrzeugrückhaltesystem"

([http://www.bmvit.gv.at/verkehr/strasse/technik/verkehr technik/downloads/frs_merkblatt_2012.pdf](http://www.bmvit.gv.at/verkehr/strasse/technik/verkehr%20technik/downloads/frs_merkblatt_2012.pdf)) zu entnehmen.

Bieter haben ein zur Erlangung der oben geforderten

Nachweise erforderliches Verfahren bei einer

notifizierten Prüfstelle oder dem BMVIT möglichst

umgehend, jedoch spätestens vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten und die Einleitung des Verfahrens dem AG nachzuweisen. Spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist muss der Nachweis dem AG vorliegen.

Teil L.4. Vertragsbestimmungen:

4.1.9 Leistungsfristen

Die vom AN einzuhaltenden Termine und Fristen sind in der Leistungsbeschreibung (Teil L.3) festgelegt. Die Lieferung bzw. Herstellung hat binnen folgender an die in der Leistungsbeschreibung angeführten Montageorte zu erfolgen:

Die Frist beginnt mit dem Tag der Bestellung zu laufen.

Die in der Leistungsbeschreibung oder sonst

festgelegten Termine und Fristen sind außer im Falle von höherer Gewalt oder im Falle von Umständen, die in der Sphäre des AG liegen, einzuhalten. Der AN ist in jedem Einzelfall verpflichtet, dem AG von einer möglichen Fristüberschreitung unverzüglich in Kenntnis zu setzen.

Im Falle einer Überschreitung einer Lieferfrist ist der AG berechtigt, eine Vertragsstrafe geltend zu machen und zwar

unabhängig davon, ob den AN an der Fristüberschreitung ein Verschulden trifft. War jedoch der AN an der fristgerechten Leistungserbringung durch höhere Gewalt oder durch Umstände, die der Sphäre des AG zuzuordnen sind, gehindert, verschieben sich die entsprechenden Termine und Fristen um die Dauer der Einwirkung der höheren Gewalt bzw. der vorgenannten Umstände, wenn der AN dem AG diesen Umstand

unverzüglich angezeigt und auch die erforderlichen Nachweise hierfür erbracht hat. Im Falle von höherer Gewalt oder Umständen, die der Sphäre des AG zuzuordnen sind und die nachweislich die Fristüberschreitung des ANs bedingt haben, ist der Auftraggeber nicht zur Geltendmachung einer Vertragsstrafe berechtigt

4.1.14 Gewährleistung

Der AN leistet Gewähr, dass seine Leistungen, den Bezug habenden gesetzlichen Vorgaben sowie die im Vertrag ausdrücklich bedungenen und die gewöhnlich

vorausgesetzten Eigenschaften haben und den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Die vom AG angegebenen, jedenfalls aber mindestens jene, durch gesetzliche Determinierung und die technische Spezifikation

bedungenen Leistungsmerkmale sowie die vom AN

angebotenen Leistungsmerkmale gelten als zugesichert.

Ebenso sind alle vertraglich vom AG in der Ausschreibung vorgegebenen Leistungsspezifikationen vom AN zu erfüllen.

Erfolgte Zahlungen gelten nicht als Verzicht auf die Geltendmachung irgendwelcher aus einer Mangelhaftigkeit resultierenden Ansprüche.

Innerhalb der Gewährleistungsfrist von 5 Jahren ab Herstellung hat der AN die Gewährleistungsverpflichtung ohne Berechnung von Nebenkosten, wie beispielsweise Fahrt- und Wegezeitkosten, Fracht- und Verpackungskosten zu erbringen. Weiters sichert der AN zu, dem AG alle aus einer mangelhaften Leistung entstehenden Kosten zu ersetzen.

Ausdrücklich wird in diesem Zusammenhang vereinbart, dass §§ 377 UGB nicht anwendbar sind. Der AG ist daher weder zur sofortigen Untersuchung noch zur Ausdrücklich wird in diesem Zusammenhang vereinbart, dass Paragraphen 377, UGB nicht anwendbar sind. Der AG ist daher weder zur sofortigen Untersuchung noch zur

unverzüglichen Mängelrüge verpflichtet, um seine

Ansprüche aus einem allfälligen Mangel zu wahren.

Treten während der Gewährleistungsfrist Mängel auf so gilt folgende Regelung:

Nicht geringfügige, unbehebbar Mängel:

Nicht geringfügige, unbehebbar Mängel sind Mängel, die den vereinbarten oder allgemein zu erwartenden Gebrauch der Leistung verhindern, sowie das Fehlen von

ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften, wobei eine Behebung durch den AN oder durch Dritte nicht möglich ist. Tritt ein nicht geringfügiger, unbehebbarer Mangel auf, so ist der AG berechtigt, die Aufhebung des Vertrages zu fordern.

Nicht geringfügig, behebbar Mängel:

Nicht geringfügige, behebbar Mängel hat der AN auf seine Kosten zu beheben. Ist die Behebung eines nicht geringfügigen Mangels für den AG jedoch zur Abwendung eines gewichtigen Nachteils dringend notwendig und ist eine sofortige Behebung durch den AN nicht möglich oder lehnt der AN eine Behebung ab, hat der AG das Recht, den Mangel sofort selbst zu beheben oder durch Dritte beheben zu lassen. Der AN ist hiervon unverzüglich schriftlich zu verständigen. Der AN hat in diesem Fall die Kosten für die Behebung des Mangels zu ersetzen. Macht der AG von seinem Recht auf Mängelbehebung nicht Gebrauch, so hat er jedenfalls Anspruch auf eine angemessene Minderung des Entgelts.

Geringfügige, unbehebbar Mängel:

Tritt ein geringfügiger, unbehebbarer Mangel auf, so

kann der AG nur eine angemessene Minderung des Entgeltes verlangen.

Geringfügige, behebbar Mängel:

Es gelten die Bestimmungen zu den nicht geringfügigen, behebbaren Mängeln sinngemäß.

Mit der Durchführung von Garantie- /Gewährleistungsleistungen ist unmittelbar nach Aufforderung zu beginnen und die Garantie- /Gewährleistungsleistung zügig abzuschließen.

Gewährleistung oder Garantieleistungen setzen die Gewährleistungs- bzw. Garantiefrist für die davon betroffenen Leistungen neu in Gang.

4.1.15 Haftung/Schadenersatz

Die Schadenersatzansprüche der Vertragspartner richten sich nach den Bestimmungen des ABGB.

4.1.17 Vertragsstrafe

Im Falle eines Herstellungsverzugs bzw. einer unvollständigen oder mangelhaften Lieferung, die eine sofortige ordnungsgemäße Verwendung verhindert, hat der AN eine Vertragsstrafe in Form einer Stichtagspönale und für jeden angefangenen Kalendertag eine Tagepönale zu leisten. Die Höhe der Vertragsstrafe berechnet sich für die Stichtagspönale mit 5% vom jeweiligen

Bestellwert der im Verzug befindlichen bzw. unvollständigen oder mangelhaften Leistungen, sowie die Tagespönale jeweils mit 1% der im Verzug befindlichen bzw. unvollständigen oder mangelhaften Leistungen des Bestellwertes pro angefangenen Kalendertag.

Die Vertragsstrafe ist (jeweils) mit 20% des genannten Bestellwertes begrenzt. Das Pönale wird von der Rechnung einbehalten oder von sonstigen Forderungen des ANs in Abzug gebracht.

Der AG ist weiters im Falle des Vorliegen eines Verschuldens berechtigt, einen über die Vertragsstrafe hinaus gehenden Schaden als Schadenersatz geltend zu machen.

4.1.18 Verzug und Rücktritt vom Vertrag

Der AG ist im Falle des Verzuges des AN berechtigt, unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag ganz oder teilweise zurück zu treten.

Für den Fall, dass der AN auch nach Nachfristsetzung die Leistung nicht ordnungsgemäß erbringt, ist der AG auch zur Ersatzvornahme berechtigt. Die dabei

anfallenden Mehrkosten sind vom AN zu tragen.

Im Fall des Rücktritts gebührt dem zurücktretenden AG auch die vereinbarte Konventionalstrafe.

Erklärt der AG den Rücktritt vom Vertrag, so verliert der AN insoweit jeden Anspruch auf Entgelt, soweit der AN für den AG keine verwertbare Teilleistung erbracht oder Teilleistungen noch erbringt.

Weitergehende Ansprüche dem AG gegenüber bestehen

seitens des AN nicht. Trifft den AN ein Verschulden am Rücktritt des AG, hat er dem AG auch die daraus entstehenden Mehrkosten zu ersetzen.

Tritt der AG nicht zurück, so kann er auf Erfüllung bestehen und die vereinbarte Konventionalstrafe für jeden Kalendertag des Verzugs fordern.

Der AG ist weiters berechtigt, vom Vertrag

zurückzutreten, wenn

1. a)Litera a
über das Vermögen des AN das Konkursverfahren

eröffnet oder die Eröffnung des Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgelehnt wird;

1. b)Litera b
Umstände vorliegen, die eine zeitgerechte Erfüllung des Auftrages offensichtlich unmöglich machen, sofern nicht der AG diese selbst zu vertreten hat;

1. c)Litera c

der AN unmittelbar oder mittelbar einem Organ des AG, das mit dem Abschluss und der Abwicklung des Vertrages befasst ist, einen Vermögensvorteil anbietet, verspricht oder gewährt;

1. d)Litera d

der AN - sind es mehrere, auch nur einer von ihnen - die Eigenberechtigung verliert oder

1. e)Litera e

die Vertragserfüllungsgarantie gemäß den besonderen Vertragsbestimmungen nicht beigebracht wurde (sofern die Vorlage einer solchen vereinbart wurde).

Der Rücktritt vom Vertrag ist schriftlich zu erklären.

Teil L.5. Leistungsverzeichnis beinhaltet für jedes Los eine Leistungsposition betreffend eine pauschale Abgeltung für Kleinmengen (Pos 232701 Z). Dieser Kleinmengenzuschlag wird nach dem jeweiligen Bestellwert (<=20.000€; >20.000-50.000€; >50.000-150.000€) gestaffelt.

Teil L.7. Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer:

7.1 Grundlagen der Rahmenvereinbarung

Der Auftraggeber beabsichtigt, die in den Unterlagen der Rahmenvereinbarung näher beschriebenen Leistungen zu beschaffen. Da zum Zeitpunkt der Ausschreibung der genaue Bedarf noch nicht feststand, hat sich der Auftraggeber entschlossen, eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer (kurz "Rahmenvereinbarung") gemäß § 152 Abs 3 BVergG zu vergeben. Der Auftraggeber beabsichtigt, die in den Unterlagen der Rahmenvereinbarung näher beschriebenen Leistungen zu beschaffen. Da zum Zeitpunkt der Ausschreibung der genaue Bedarf noch nicht feststand, hat sich der Auftraggeber entschlossen, eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer (kurz "Rahmenvereinbarung") gemäß Paragraph 152, Absatz 3, BVergG zu vergeben.

Auf Grundlage dieser Rahmenvereinbarung wird der Auftraggeber entweder den Auftragnehmer mittels Auftragssschreibens unmittelbar zu den Bedingungen der Unterlagen der Rahmenvereinbarung beauftragen ("Direkte Auftragserteilung") oder Leistungen nach neuerlicher Aufforderung zur Angebotsabgabe abrufen ("Auftragserteilung nach Aufforderung zur neuerlichen Angebotsabgabe").

Sofern die Beschreibung der Leistung (Teil L.3) nicht ausdrücklich Abweichendes festlegt, trifft den Auftraggeber keine Pflicht, auch nur einen einzigen Abruf aus dieser Rahmenvereinbarung vorzunehmen (§ 25 Abs 7 BVergG). Der Auftraggeber ist berechtigt, während aufrechter Dauer der Rahmenvereinbarung Abrufe beliebig oft und zu je-dem beliebigen Zeitpunkt und mit jeder beliebigen Leistungsmenge vorzunehmen. Sofern die Beschreibung der Leistung (Teil L.3) nicht ausdrücklich Abweichendes festlegt, trifft den Auftraggeber keine Pflicht, auch nur einen einzigen Abruf aus dieser Rahmenvereinbarung vorzunehmen (Paragraph 25, Absatz 7, BVergG). Der Auftraggeber ist berechtigt, während aufrechter Dauer der Rahmenvereinbarung Abrufe beliebig oft und zu je-dem beliebigen Zeitpunkt und mit jeder beliebigen Leistungsmenge vorzunehmen.

Der Auftraggeber hat im Vorfeld des Abschlusses der Rahmenvereinbarung ein Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz durchgeführt, in welchem der Auftragnehmer alle Informationen und Unterlagen, insbesondere für die Kalkulation seines Angebotspreises erfragen konnte, auf Wunsch erhalten hat und ein darauf gegründetes Angebot gelegt hat. Der Auftragnehmer kann sich daher nicht auf ihm unbekannte Unterlagen, Informationen oder sonstige Umstände wie z.B. nicht zutreffende Erwartungen über die vom Auftraggeber abgerufenen Mengen oder Spezifikationen berufen, um Ansprüche welcher Art auch immer geltend zu machen.

Im Rahmen einer 6. Berichtigung vom 28. Februar 2013 hat die Auftraggeberin die nachstehende Ergänzung (kursiv und unterstrichen) in L.3. Leistungsbeschreibung vorgenommen:

3.2.1.2 Nachweis der Übereinstimmung

(1) Fahrzeugrückhaltesysteme haben den europäischen technischen Spezifikationen zu entsprechen und zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über eine CE-Kennzeichnung zu verfügen. Leitet ein Bieter während der Angebotsfrist ein Verfahren zur Erlangung der in Punkt 3.2.1.2 (3) geforderten Nachweise ein, hat das von ihm angebotene Produkt zum Zeitpunkt dieser Antragstellung bereits über eine CE-Kennzeichnung zu verfügen. Die CE-Kennzeichnung besteht aus dem CE-Symbol und einer Reihe formaler und produktspezifischer Angaben. Der Umfang der formalen und produktspezifischen Angaben ist dem Anhang ZA.3 der jeweiligen harmonisierten europäischen Norm zu

entnehmen.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2013 den Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung sowie ihre in eventu gestellten Anträge auf Nichtigerklärung der folgenden Entscheidungen bzw. Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung zurückgezogen:

a.) die folgenden Worte im ersten Absatz des Punktes

1.2.1.5 des Abschnittes L.1 Ausschreibungsbestimmungen OV:

"... oder im Einzelfall alternativ dazu einen Einzelnachweis

einer notifizierten Prüfstelle"

b.) den zweiten Absatzes des vorgenannten Punktes 1.2.1.5 des Abschnittes L.1 Ausschreibungsbestimmungen OV:

"Sollte ein solcher Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe (noch) nicht vorliegen, so müssen die zur Erlangung der Nachweise erforderlichen Verfahren möglichst umgehend, jedoch vor Ablauf der Angebotsfrist, eingeleitet werden (wie etwa durch eine nachweisliche Übermittlung des Antrages an das bmvit bzw. des Antrages an eine notifizierte Prüfstelle oder eine entsprechende Bestätigung des bmvit bzw. der notifizierten Prüfstelle). Die Einleitung ist dem AG durch den Bieter nachweislich zu übermitteln. Die Nachweise (des bmvit oder Einzelnachweis) müssen jedoch in diesem Fall dem AG bei sonstigem Ausscheiden spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist vorliegen."

f.) die folgenden Worte in Punkt 4.1.8: "im Vertrag nicht ausdrücklich angeführte Leistungen sind dessen ungeachtet Vertragsgegenstand, soweit diese Leistungen zur vertragsgemäßen Erfüllung unbedingt notwendig oder erforderlich sind. Für solche Leistungen kann der AN kein gesondertes oder zusätzliches Entgelt verlangen."

In eventu nur: "Für solche Leistungen kann der AN kein gesondertes oder zusätzliches Entgelt verlangen."

g.) die folgenden Worte in Punkt 4.1.1: "... die im

Zusammenhang mit der Leistungserbringung notwendigen Bewilligungen und behördlichen Genehmigungen selbst einzuholen und deren Gültigkeit während der gesamten Vertragslaufzeit sicherzustellen. Bei Inanspruchnahme ist der AN zur Schad- und Klagloshaltung verpflichtet."

h.) die folgenden Worte in Punkt 7.3.1.: "Der Auftraggeber ist dabei berechtigt, auch bereits in den Unterlagen der Rahmenvereinbarung festgelegte Auftragsbedingungen einseitig zu ändern, soweit dies für die Leistungserbringung erforderlich oder zweckmäßig ist und keinen oder nur einen geringfügigen Mehraufwand beim Auftragnehmer zur Folge hat."

i.) die folgenden Worte in Punkt 7.3.2. zweiter Absatz :

"... oder sonst in welcher Weise auch immer abzuändern."

k.) die folgenden Worte in Punkt 4.1.14 gegen Ende: "Es gelten die Bestimmungen zu dem geringfügigen, behebbare Mängel sinngemäß"

m.) in Punkt 1.1.14 der Ausschreibung den Satz: "Im Falle einer Zuschlagserteilung an einen Bieter kann der AG dessen Unterlagen verwerten, ohne dass deshalb dem Bieter hierfür eine besondere Entschädigung geleistet wird."

Um ein Fahrzeugrückhaltesystem im Raum der Europäischen Union in Verkehr bringen zu können, bedarf dieses einer CE-Kennzeichnung. Die maßgebliche harmonisierte Europäische Norm ist die ÖNORM EN 1317. Das bei Fahrzeugrückhaltesystemen zur Anwendung kommende Konformitätsverfahren und die Konformitätsbescheinigung sind in der ÖNORM EN 1317-5 geregelt. Die maßgeblichen Bestimmungen der ÖNORM EN 1317-5 lauten auszugsweise:

6 Bewertung der Konformität (Konformitätsverfahren und - bescheinigung)

6.1 Allgemeines

Die Konformität des Rückhaltesystems an Straßen mit den Anforderungen dieser Norm und mit den angegebenen Werten (einschließlich der Klassen) muss nachgewiesen werden durch:

? Erstprüfung (ITT);

? werkseigene Produktionskontrolle (FPC) durch den Hersteller einschließlich einer Produktbewertung. ...

6.2 Prüfung des Produkts

6.2.1 Erstprüfung (ITT)

6.2.1.1 Allgemeines

Die Erstprüfung ist ein Satz von Prüfungen nach EN 1317-1 und EN 1317-2, EN 1317-3 oder EN 1317-4. Um die Konformität mit diesem Dokument nachzuweisen, muss für jedes FRS eine Erstprüfung (ITT) durchgeführt werden. Modifizierte Produkte müssen einer Beurteilung nach 6.2.1.5 unterzogen werden.

Ergänzende nationale Anforderungen an FRS sind in der ÖNORM V 1317 sowie in den einschlägigen Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) festgeschrieben. Für das gegenständliche Vergabeverfahren sind dies entsprechend den obigen Festlegungen in der Ausschreibung die RVS 05.02.31 (Verkehrsführung, Leiteinrichtungen, Fahrzeugrückhaltesysteme - Anforderungen und Aufstellung), die RVS 08.23.05 (Rückhaltesysteme - Leitschienen aus Stahl) sowie die RVS 15.04.71 (Brücken, Brückenausrüstung, vertikale Leiteinrichtungen - Fahrzeugrückhaltesysteme). Die genannten nationalen Regelungen knüpfen jeweils unter Punkt 1, Anwendungsbereich, an die gemäß ÖNORM EN 1317 Teil 1, 2 oder 3 erfolgreich vorgenommene Prüfung an. Ergänzende nationale Anforderungen an FRS sind in der ÖNORM römisch fünf 1317 sowie in den einschlägigen Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) festgeschrieben. Für das gegenständliche Vergabeverfahren sind dies entsprechend den obigen Festlegungen in der Ausschreibung die RVS 05.02.31 (Verkehrsführung, Leiteinrichtungen, Fahrzeugrückhaltesysteme - Anforderungen und Aufstellung), die RVS 08.23.05 (Rückhaltesysteme - Leitschienen aus Stahl) sowie die RVS 15.04.71 (Brücken, Brückenausrüstung, vertikale Leiteinrichtungen - Fahrzeugrückhaltesysteme). Die genannten nationalen Regelungen knüpfen jeweils unter Punkt 1, Anwendungsbereich, an die gemäß ÖNORM EN 1317 Teil 1, 2 oder 3 erfolgreich vorgenommene Prüfung an.

Das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) führt zur Überprüfung und allfälligen Bestätigung der Übereinstimmung der FRS mit den Anforderungen der nationalen Normen, Richtlinien und Vorschriften ein sog. Einsatzfreigabeverfahren für Fahrzeugrückhaltesysteme durch. Im Merkblatt zur Erlangung einer Einsatzfreigabe für FRS des BMVIT wird die Vorgangsweise zur Erlangung der Einsatzfreigabe für FRS dargestellt. Einleitend wird darin Folgendes ausgeführt:

"Mit der Harmonisierung der EN 1317-Reihe und deren Gültigkeit mit 01. Jänner 2011 wurde gleichzeitig auf Basis der ÖNORM EN 1317-5 die CE-Kennzeichnungspflicht für (FRS) eingeführt, welche als Grundvoraussetzung das Inverkehrbringen von FRS regelt.

Die nationalen Vorworte der ÖNORM EN 1317-Reihe (Teil 1 bis 8) wurden in der ÖNORM V 1317 vereint. Diese ist damit gemeinsam mit der ÖNORM EN 1317-Reihe anzuwenden. Die nationalen Vorworte der ÖNORM EN 1317-Reihe (Teil 1 bis 8) wurden in der ÖNORM römisch fünf 1317 vereint. Diese ist damit gemeinsam mit der ÖNORM EN 1317-Reihe anzuwenden.

Aufbauend auf einer vorhandenen CE-Kennzeichnung inkludiert die Einsatzfreigabe für FRS auch die Einhaltung der nationalen Anforderungen und stellt somit die Voraussetzung für die Aufstellung von FRS am österreichischen Markt dar."

Der im BMVIT für die Einsatzfreigaben bei FRS zuständige B*** hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass allfällige Prüfungen (Anfahrtstests) bereits im Zuge des Konformitätsbewertungsverfahrens hinsichtlich der CE-Kennzeichnung durchgeführt werden, nicht im Rahmen des Einsatzfreigabeverfahrens. Er hat seine im Verfahren N/0092- BVA/04/2011 getätigte Aussage, selbst keine Tests durchzuführen, bestätigt. Ein Ermittlungsverfahren beträgt den Aussagen des Zeugen B*** zufolge im Regelfall drei Monate ab dem Zeitpunkt, zu dem alle erforderlichen Unterlagen vorgelegt wurden. Das Einsatzfreigabeverfahren erfolgt für die antragstellenden Unternehmer kostenlos.

Es wurde weder eine Rahmenvereinbarung hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Lose abgeschlossen bzw. der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages
römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2

BVergG (siehe ua BVA vom 19. Oktober 2012, N/0088-BVA/11/2012-21). Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG (CPV-Code 45233110), der in Form eines offenen Verfahrens mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern vergeben werden soll. Leistungsgegenstand ist das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen (FRS) aus Stahl nach Losen österreichweit. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (§ 15 Abs 3 und 4 BVergG). Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua BVA vom 19. Oktober 2012, N/0088-BVA/11/2012-21). Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG (CPV-Code 45233110), der in Form eines offenen Verfahrens mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern vergeben werden soll. Leistungsgegenstand ist das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen (FRS) aus Stahl nach Losen österreichweit. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (Paragraph 15, Absatz 3 und 4 BVergG).

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

Da nach Auskunft der Auftraggeberin weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen noch der Zuschlag erteilt und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabesamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig. Da nach Auskunft der Auftraggeberin weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen noch der Zuschlag erteilt und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabesamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig.

Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor.

Der Antrag richtet sich gegen die Ausschreibung, welche gemäß § 2 Z 16 lit ii BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens zu qualifizieren ist. Der Antrag richtet sich gegen die Ausschreibung, welche gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, lit ii BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens zu qualifizieren ist.

II. Inhaltliche Beurteilung

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung des BVA und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN = RPA 2007, 229 [Etlinger]; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt

es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung des BVA und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118- BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN = RPA 2007, 229 [Etlinger]; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe

VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019 =

RPA 2009, 79 [Etlinger] = ZVB 2009, 191 [G. Gruber/Eisner];

VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen des BVergG zu lesen (VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/087 = ZVB 2011, 468 [G. Gruber/Marzi]).

II.1. Zu Spruchpunkt I.1. (lit c. des Antrages)römisch zwei.1. Zu Spruchpunkt römisch eins.1. (Litera c, des Antrages):

Aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (siehe wiederum VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087 mwN = ZVB 2011, 468 [Gruber/Marzi]) wird in Punkt 3.2.1.1. und 3.2.1.2. (1) und (2) der Ausschreibungsbestimmungen (L.3. Leistungsbeschreibung) festgelegt, dass ausschließlich jene Fahrzeugrückhaltesysteme einzusetzen und damit anzubieten sind, welche einerseits den einschlägigen europäischen technischen Spezifikationen entsprechen und über eine CE-Kennzeichnung verfügen, und welche andererseits die einschlägigen ergänzenden, nationalen anwendungsspezifischen Regelungen erfüllen, wobei als maßgebliche Normen bzw Richtlinien die ÖNORM EN 1317-1, ÖNORM EN 1317-2 und ÖNORM EN 1317-5 sowie die folgenden Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen, RVS 05.02.31, RVS 08.23.05 und die RVS 15.04.71, angeführt werden. Gemäß Punkt

3.2.1.2 (3) der Ausschreibungsbestimmungen (L.3. Leistungsbeschreibung) ist die Übereinstimmung der FRS mit den betreffenden nationalen Anwendungsbestimmungen zu prüfen und der Auftraggeberin durch die Einsatzfreigabe des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) bzw im Einzelfall alternativ dazu durch den Einzelnachweis einer notifizierten Prüfstelle nachzuweisen.

Im letzten Absatz des Punktes 3.2.1.2 (3) der Ausschreibungsbestimmungen (L.3. Leistungsbeschreibung) wird festgelegt, bis zu welchem Zeitpunkt der mittels Einsatzfreigabe oder Einzelnachweis zu führende Nachweis über die Übereinstimmung der FRS mit den einschlägigen nationalen anwendungsspezifischen Regelungen der Auftraggeberin vorzulegen ist. Der betreffende Nachweis muss demnach nicht bereits mit dem Angebot vorgelegt werden, sondern es kann die Vorlage des Nachweises, sofern das betreffende Bescheinigungsverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist eingeleitet wurde und dieser Umstand der Auftraggeberin bei Angebotslegung nachgewiesen wird, bis spätestens 14 Tage vor Ablauf der Zuschlagsfrist nachgeholt werden. Gegen diese Festlegung richtet sich die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag unter lit c. ihres Antrages. Im letzten Absatz des Punktes 3.2.1.2 (3) der Ausschreibungsbestimmungen (L.3. Leistungsbeschreibung) wird festgelegt, bis zu welchem Zeitpunkt der mittels Einsatzfreigabe oder Einzelnachweis zu führende Nachweis über die Übereinstimmung der FRS mit den einschlägigen nationalen anwendungsspezifischen Regelungen der Auftraggeberin vorzulegen ist. Der betreffende Nachweis muss demnach nicht bereits mit dem Angebot vorgelegt werden, sondern es kann die Vorlage des Nachweises, sofern das betreffende Bescheinigungsverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist eingeleitet wurde und dieser Umstand der Auftraggeberin bei Angebotslegung nachgewiesen wird, bis spätestens 14 Tage vor Ablauf der Zuschlagsfrist nachgeholt werden. Gegen diese Festlegung richtet sich die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag unter Litera c, ihres Antrages.

Begründend führt die Antragstellerin aus, dass diese Bestimmung, wonach die zur Erlangung der Nachweise

betreffend die technische Leistungsfähigkeit (Einsatzfreigabeliste oder Prüfzeugnis) erforderlichen Verfahren vor Ablauf der Angebotsfrist erst eingeleitet werden müssen und dass die Bieter der Auftraggeberin nur die Einleitung des Verfahrens nachzuweisen haben, unter anderem den Grundsatz des fairen und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter, das Transparenzgebot sowie das Verbot der Diskriminierung verletze. Jene Bieter, die die betreffenden Nachweisverfahren bei Angebotslegung noch nicht abgeschlossen haben, hätten erhebliche Wettbewerbsvorteile, zumal sie sich das kostspielige und zeitaufwendige Verfahren zur Erlangung eines positiven Nachweises ersparen könnten, wenn sie bei Angebotsöffnung die Aussichtslosigkeit der Zuschlagserteilung auf ihr Angebot feststellen.

Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG lauten:

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebendParagraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. 1.Ziffer eins

...

2. 35.Ziffer 35

Technische Spezifikationen:

a)...

1. b)Litera b

Technische Spezifikationen sind bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen Spezifikationen, die in einem Schriftstück enthalten sind, das Merkmale für ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Umweltleistungsstufen, die Konzeption für alle Anforderungen (einschließlich des Zuganges für Menschen mit Behinderung) sowie Konformitätsbewertung, Vorgaben für die Gebrauchstauglichkeit, Verwendung, Sicherheit oder Abmessungen des Erzeugnisses, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung, Gebrauchsanleitungen, Produktionsprozesse und -methoden sowie über Konformitätsbewertungsverfahren.

Grundsätze des Vergabeverfahrens

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

Grundsätze der Leistungsbeschreibung

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

(2) ...

(3) Die Leistung und die Aufgabenstellung darf nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

Technische Spezifikationen

§ 98. (1) Technische Spezifikationen müssen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern. Paragraph 98, (1) Technische Spezifikationen müssen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.

(2) Unbeschadet der verbindlich festgelegten, unionsrechtskonformen nationalen technischen Vorschriften sind technische Spezifikationen festzulegen

1. 1. Ziffer eins
unter Beachtung nachstehender Rangfolge:
 1. a) Litera a
nationale Normen, mit denen europäische Normen

umgesetzt werden,

1. b) Litera b
europäische technische Zulassungen,
2. c) Litera c
gemeinsame technische Spezifikationen,
3. d) Litera d
internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden, oder
4. e) Litera e
falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten,

wobei jede Bezugnahme ausnahmslos mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu verstehen ist, oder

1. 2. Ziffer 2
in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, oder
2. 3. Ziffer 3
in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Z 2 unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen gemäß Z 1 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- oder Funktionsanforderungen, oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Ziffer 2, unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen gemäß Ziffer eins, als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- oder Funktionsanforderungen, oder
3. 4. Ziffer 4
unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen

gemäß Z 1 hinsichtlich bestimmter Merkmale und in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen hinsichtlich anderer Merkmale. gemäß Ziffer eins, hinsichtlich bestimmter Merkmale und in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen hinsichtlich anderer Merkmale.

(3) Werden technische Spezifikationen gemäß Abs. 2 Z 1 festgelegt, so darf der Auftraggeber ein Angebot, ein Alternativ- oder ein Abänderungsangebot nicht mit der Begründung ablehnen, die angebotenen Waren und Leistungen entsprächen nicht den von ihm herangezogenen Spezifikationen, sofern der Bieter mit geeigneten Mitteln in seinem Angebot nachweist, dass die von ihm vorgeschlagenen Lösungen den Anforderungen der technischen Spezifikation, auf die Bezug genommen wurde, gleichermaßen entsprechen. Als geeignete Mittel gelten insbesondere eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle. (3) Werden technische Spezifikationen gemäß Absatz 2, Ziffer eins, festgelegt, so darf der Auftraggeber ein Angebot, ein Alternativ- oder ein Abänderungsangebot nicht mit der Begründung ablehnen, die angebotenen Waren und Leistungen entsprächen nicht den von ihm herangezogenen Spezifikationen, sofern der Bieter mit geeigneten Mitteln in seinem Angebot nachweist, dass die von ihm vorgeschlagenen Lösungen den Anforderungen der technischen Spezifikation, auf die Bezug genommen wurde, gleichermaßen entsprechen. Als geeignete Mittel gelten insbesondere eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle.

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) ...Paragraph 101, (1) ...

(4) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1. Ziffer eins

...

2. 7. Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende

Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind; ..."

Grundsätzlich obliegt es dem Auftraggeber, die ausgeschriebene

Leistung nach ihrem Bedarf festzulegen, soweit sie das Gebot

der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie die

Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs

beachtet (siehe VwGH vom 14. April 2011, 2008/04/0104 = RPA

2011, 192 [U. Hofer] = ZVB 2011, 386 [G. Gruber/Eisner], VwGH

vom 28. Mai 2008, 2007/04/0232 ua RPA 2008, 142 [Reisner] =

ZVB 2008, 245 [Lessiak/Mayer] ; VwGH vom 28. März 2008, 2006/04/0030; BVA vom 3. Dezember 2010, N/0076-

BVA/02/2010-36; BVA vom 16. August 2012, N/0070-BVA/10/2012-39 = ZVB 2013, 16 [Lauchner]; Heid/Kurz in

Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 990). Wesentlich ist daher, dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen einerseits eindeutig, vollständig und neutral beschrieben sind und andererseits nicht so umschrieben sind, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (§ 96 Abs 1 und 3 BVergG).

Auftraggeber sind daher im Sinne der Gewährleistung eines echten Wettbewerbes verpflichtet, die Leistung so zu umschreiben, dass so viele Unternehmer wie möglich geeignet sind, mit ihrem Angebot die Leistungsbeschreibung zu erfüllen. Der Auftraggeber darf durch die Ausschreibung keinem Bieter sachlich ungerechtfertigte Vor- oder Nachteile verursachen, was insbesondere für die technischen Spezifikationen gilt (Pachner/Gruber in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 96, Rz 5 und 21). ZVB 2008, 245 [Lessiak/Mayer] ; VwGH vom 28. März 2008, 2006/04/0030; BVA vom 3. Dezember 2010, N/0076-BVA/02/2010-36; BVA vom 16. August 2012, N/0070-BVA/10/2012-

39 = ZVB 2013, 16 [Lauchner]; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 990). Wesentlich ist daher, dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen einerseits eindeutig, vollständig und neutral beschrieben sind und andererseits nicht so umschrieben sind, dass bestimmte Bieter von vornherein

Wettbewerbsvorteile genießen (Paragraph 96, Absatz eins und 3 BVergG). Auftraggeber sind daher im Sinne der Gewährleistung eines echten Wettbewerbes verpflichtet, die Leistung so zu umschreiben, dass so viele Unternehmer wie möglich geeignet sind, mit ihrem Angebot die Leistungsbeschreibung zu erfüllen. Der Auftraggeber darf durch die Ausschreibung keinem Bieter sachlich ungerechtfertigte Vor- oder Nachteile verursachen, was insbesondere für die technischen Spezifikationen gilt (Pachner/Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 96,, Rz 5 und 21).

Die Auftraggeberin hat gegenständliche die technischen Anforderungen an die ausgeschriebenen FRS unter Verweis auf die ÖNORM EN 1317 und die oben aufgezeigten Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) festgelegt. Darüber hinaus verlangt die Auftraggeberin auch die Bescheinigung der Konformität mit den nationalen Anwendungsbestimmungen. Sie lässt hierfür entweder die Einsatzfreigabe durch das BMVIT oder alternativ einen Einzelnachweis durch eine notifizierte Prüfstelle zu (siehe Punkt 3.2.1.2. Nachweis der Übereinstimmung).

Da somit in der vorliegenden Konstellation ein entsprechendes "Konformitätsbewertungsverfahren" iSd § 2 Z 35

BVergG und dessen positiver Nachweis von den technischen Spezifikationen mit umfasst sind, ist auch in diesem Zusammenhang die Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze gemäß § 19 BVergG und insbesondere des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu gewährleisten. Da somit in der vorliegenden Konstellation ein entsprechendes "Konformitätsbewertungsverfahren" iSd Paragraph 2, Ziffer 35, BVergG und dessen positiver Nachweis von den technischen Spezifikationen mit umfasst sind, ist auch in diesem Zusammenhang die Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze gemäß Paragraph 19, BVergG und insbesondere des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu gewährleisten.

Mit der Forderung nach dem Nachweis der Übereinstimmung der FRS mit den konkret bezeichneten nationalen Regelungen legt die Auftraggeberin unmissverständlich fest, dass der Umstand der Ausschreibungskonformität des angebotenen FRS mit einem entsprechenden Nachweis (Einsatzfreigabe oder Einzelnachweis) zu belegen ist. Damit ist dieser Nachweis grundsätzlich auch dem Angebot beizulegen. Gemäß Punkt 1.2.3. der Ausschreibungsunterlagen (L.1. Ausschreibungsbestimmungen) sind sonstige in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Unterlagen - und damit auch dieser Nachweis - integrierender Bestandteil des Angebotes und sind diese, soweit sie nicht bereits mit dem Angebot mit abgegeben wurden, innerhalb der im Aufforderungsschreiben angeführten Frist nachzureichen. Abgesehen von dieser Möglichkeit zur Nachreichung von - an sich vorhandenen - Unterlagen, kann der betreffende Nachweis unter der Voraussetzung, dass ein darauf gerichtetes Bescheinigungsverfahren vor Angebotsabgabe eingeleitet wurde, bis spätestens 14 Tage vor Ablauf der Zuschlagsfrist vorgelegt werden. Einer zusätzlichen Aufforderung der Auftraggeberin zur Vorlage des Nachweises bedarf es nicht.

Damit hat die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich für eine bestimmte Fallkonstellation, in welcher die maßgeblichen Nachweise bei einem Bieter noch gar nicht vorhanden sind, eine Festlegung getroffen, wonach die Nichtvorlage dieser Unterlagen verbesserungsfähig ist.

Auftraggeber sind hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt das Nachreichen von Nachweisen zulässig ist, allerdings keinesfalls frei (siehe VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087 mwN = ZVB 2011, 468 [Gruber/Marzi]). In allen Phasen des Vergabeverfahrens, sei dies bereits wie vorliegend bei der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen oder erst im Zuge der Angebotsprüfung, haben Auftraggeber die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz zu wahren, "damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen" (vgl. EuGH vom 25. April 1996, C-87/94, Wallonische Autobusse). Insofern ist in Erinnerung zu rufen, dass es nicht in der Disposition eines Auftraggebers liegt, einen Mangel als behebbbar oder unbehebbar zu definieren, sondern dass vielmehr ein objektiver Maßstab anzulegen ist (wiederum VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087; BVA vom 24. November 2004, 06N-92/04-39 unter Verweis auf BVA vom 20. März 2003, 12N-10/03-11, RPA 2003, 53 [Mecenovic]). Auftraggeber sind hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt das Nachreichen von Nachweisen zulässig ist, allerdings keinesfalls frei (siehe VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087 mwN = ZVB 2011, 468 [Gruber/Marzi]). In allen Phasen des Vergabeverfahrens, sei dies bereits wie vorliegend bei der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen oder erst im Zuge der Angebotsprüfung, haben Auftraggeber die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz zu wahren, "damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen" vergleiche EuGH vom 25. April 1996, C-87/94, Wallonische Autobusse). Insofern ist in Erinnerung zu rufen, dass es nicht in der Disposition eines Auftraggebers liegt, einen Mangel als behebbbar oder unbehebbar zu definieren, sondern dass vielmehr ein objektiver Maßstab anzulegen ist (wiederum VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087; BVA vom 24. November 2004, 06N-92/04-39 unter Verweis auf BVA vom 20. März 2003, 12N-10/03-11, RPA 2003, 53 [Mecenovic]).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter n materiell verbessert würde (ua VwGH vom 25. Februar 2004,

2003/04/0186 = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004/102 [G.

Gruber]; VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030 = RPA 2005,

101 [Latzenhofer]). Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (etwa die

Leistungsfähigkeit als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel; wiederum VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087 mwN).

Undenklich ist, weil dies in der Regel nicht mit einer Besserstellung eines Bieters verbunden ist, die nachträgliche Vorlage von Unterlagen, welche im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhanden waren. Einer differenzierten Betrachtung bedarf hingegen das Nachreichen von erst im Nachhinein erstellten Unterlagen (hier Einsatzfreigabe bzw Einzelnachweis).

Die Auftraggeberin bringt vor, dass es sich vorliegend nicht um einen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit iSd § 75 Abs 5 Z 5 BVergG handle, sondern um einen Nachweis der Entsprechung einer Ware mit den technischen Spezifikationen im Rahmen der Leistungsbeschreibung. Die Auftraggeberin sei nicht verpflichtet, (argumentum: "können" in § 75 Abs 5 BVergG) einen derartigen Nachweis als Eignungsnachweis zu fordern. Für das Vorliegen eines derartigen Nachweises sehe das BVergG, im Gegensatz zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, keinen zwingenden Zeitpunkt vor. Die Auftraggeberin bringt vor, dass es sich vorliegend nicht um einen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit iSd Paragraph 75, Absatz 5, Ziffer 5, BVergG handle, sondern um einen Nachweis der Entsprechung einer Ware mit den technischen Spezifikationen im Rahmen der Leistungsbeschreibung. Die Auftraggeberin sei nicht verpflichtet, (argumentum: "können" in Paragraph 75, Absatz 5, BVergG) einen derartigen Nachweis als Eignungsnachweis zu fordern. Für das Vorliegen eines derartigen Nachweises sehe das BVergG, im Gegensatz zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, keinen zwingenden Zeitpunkt vor.

Für die Beurteilung, ob die hier angefochtene Festlegung vergaberechtswidrig ist, kann es nach Ansicht des erkennenden Senates dahin stehen, ob der von der Auftraggeberin begehrte Nachweis als Nachweis iSd § 75 Abs 5 Z 5 BVergG zu qualifizieren ist oder nicht. Im Lichte der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Mängelbehebung wäre auch mangels gesetzlicher Normierung eines Zeitpunktes für die Vorlage eines Nachweises die Behebung der unterlassenen Vorlage jedenfalls nur insofern zulässig und im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen, als hierdurch keine Verbesserung der Wettbewerbssituation einzelner Bieter eintritt. Somit ist zu gewährleisten, dass einerseits nicht die Sanierung des Fehlens des im maßgeblichen Zeitpunkt nachzuweisenden Umstandes ermöglicht und andererseits auch nicht der Möglichkeit zur Ausarbeitung des Angebotes erst nach dem maßgeblichen Zeitpunkt Vorschub geleistet wird. Denn nach der Rsp des Verwaltungsgerichtshofes kann es auch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeuten, wenn "nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten" (VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186 = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004/102 [G. Gruber]). Für die Beurteilung, ob die hier angefochtene Festlegung vergaberechtswidrig ist, kann es nach Ansicht des erkennenden Senates dahin stehen, ob der von der Auftraggeberin begehrte Nachweis als Nachweis iSd Paragraph 75, Absatz 5, Ziffer 5, BVergG zu qualifizieren ist oder nicht. Im Lichte der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Mängelbehebung wäre auch mangels gesetzlicher Normierung eines Zeitpunktes für die Vorlage eines Nachweises die Behebung der unterlassenen Vorlage jedenfalls nur insofern zulässig und im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen, als hierdurch keine Verbesserung der Wettbewerbssituation einzelner Bieter eintritt. Somit ist zu gewährleisten, dass einerseits nicht die Sanierung des Fehlens des im maßgeblichen Zeitpunkt nachzuweisenden Umstandes ermöglicht und andererseits auch nicht der Möglichkeit zur Ausarbeitung des Angebotes erst nach dem maßgeblichen Zeitpunkt Vorschub geleistet wird. Denn nach der Rsp des Verwaltungsgerichtshofes kann es auch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeuten, wenn "nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten" (VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186 = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004/102 [G. Gruber]).

Der hier nachzuweisende Umstand ist die Übereinstimmung der FRS mit den einschlägigen nationalen Anforderungen und damit deren Ausschreibungskonformität. Im offenen Verfahren ist jede Angebotsänderung nach Angebotsöffnung ausgeschlossen (§ 101 Abs 4 BVergG). Daher kommt als Zeitpunkt, für den der Nachweis zu erbringen ist, nur jener der Angebotsöffnung in Betracht. Mangelt es nämlich einem FRS zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung an der geforderten Übereinstimmung mit den nationalen Regelungen läge ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor. Ließe ein Auftraggeber den Nachweis für einen späteren Zeitpunkt zu, so käme dies einer Änderung des ursprünglichen Angebotes gleich. Damit wäre der betreffende Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was aber den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt und der Transparenz des Verfahrens abträglich ist (wiederum

EuGH vom 25. April 1996, C-87/94, Wallonische Autobusse, RN 56). In diesem Sinne führt der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12. Mai 2012, 2008/04/0087, aus, dass im Sinne der Rechtsprechung des EuGH ein behebbarer Mangel keine (materielle) nachträgliche Änderung des Angebotes darstellt, vielmehr bleibt dieses materiell (seinem Inhalt nach) unverändert. Der hier nachzuweisende Umstand ist die Übereinstimmung der FRS mit den einschlägigen nationalen Anforderungen und damit deren Ausschreibungskonformität. Im offenen Verfahren ist jede Angebotsänderung nach Angebotsöffnung ausgeschlossen (Paragraph 101, Absatz 4, BVergG). Daher kommt als Zeitpunkt, für den der Nachweis zu erbringen ist, nur jener der Angebotsöffnung in Betracht. Mangelt es nämlich einem FRS zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung an der geforderten Übereinstimmung mit den nationalen Regelungen läge ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor. Ließe ein Auftraggeber den Nachweis für einen späteren Zeitpunkt zu, so käme dies einer Änderung des ursprünglichen Angebotes gleich. Damit wäre der betreffende Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was aber den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt und der Transparenz des Verfahrens abträglich ist (wiederum EuGH vom 25. April 1996, C-87/94, Wallonische Autobusse, RN 56). In diesem Sinne führt der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12. Mai 2012, 2008/04/0087, aus, dass im Sinne der Rechtsprechung des EuGH ein behebbarer Mangel keine (materielle) nachträgliche Änderung des Angebotes darstellt, vielmehr bleibt dieses materiell (seinem Inhalt nach) unverändert.

Gemäß Punkt 3.2.1.2 (3) letzter Absatz der Ausschreibungsunterlagen ist ein Verfahren zur Überprüfung der angebotenen FRS auf deren Übereinstimmung mit den nationalen Anwendungsbestimmungen jedenfalls vor der Angebotsabgabe einzuleiten. Die Tatsache der Verfahrenseinleitung ist der Auftraggeberin mit der Angebotsabgabe nachzuweisen.

Durch das Erfordernis der zeitgerechten, jedenfalls vor Angebotsabgabe zu bewirkenden Verfahrenseinleitung wird gewährleistet, dass das angebotene und das dem Verfahren zur Einsatzfreigabe bzw zum Einzelnachweis unterzogene FRS identisch sind und dass somit bei positiver Bescheinigung der Nachweis der Übereinstimmung des FRS mit den nationalen Anwendungsbestimmungen für den relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung erbracht wird. Ein nachträglicher Austausch der angebotenen FRS ist insofern ausgeschlossen. Eine verpönte nachträgliche Behebung einer Ausschreibungswidrigkeit kommt nicht in Betracht. In diesem Sinne lässt sich der Judikatur zur Mängelbehebung im Falle der nachträglichen Vorlage von Prüfberichten entnehmen, dass der Zeitpunkt der Beauftragung einer Prüfung hinsichtlich der Beurteilung der Behebbarkeit der Nichtvorlage beachtlich ist (siehe etwa BVA vom 20. Dezember 2007, N/0110-BVA/02/2007-43; VKS Wien vom 23. Jänner 2006, VKS-3922/05).

Zum Vorbringen der Antragstellerin, Bieter könnten aus der Ersparnis, kosten- und zeitaufwendige Prüfungen der FRS vorzunehmen, Wettbewerbsvorteile lukrieren ist Folgendes festzuhalten: Um ein FRS im Raum der Europäischen Union in Verkehr bringen zu können, bedarf dieses einer CE-Kennzeichnung. Die maßgebliche harmonisierte Europäische Norm ist die ÖNORM EN 1317. Dem Anbringen des CE-Kennzeichens geht ein Konformitätsverfahren gemäß der ÖNORM EN 1317-5 voraus. Im Rahmen dieses Verfahrens ist für jedes FRS zwingend eine sog. Erstprüfung (ITT) durchzuführen. Dabei handelt es sich um einen Satz von Prüfungen nach EN 1317-1 und EN 1317-2, EN 1317-3 oder 1317-4 (Punkt 6.1. und 6.2.1.1. ÖNORM EN 1317-5).

Ergänzende nationale Anforderungen an FRS sind in der ÖNORM V 1317 sowie in den einschlägigen Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) festgeschrieben. Für das gegenständliche Vergabeverfahren sind dies die RVS 05.02.31 (Verkehrsführung, Leiteinrichtungen, Fahrzeugrückhaltesysteme - Anforderungen und Aufstellung), die RVS 08.23.05 (Rückhaltesysteme - Leitschienen aus Stahl) sowie die RVS 15.04.71 (Brücken, Brückenausrüstung, vertikale Leiteinrichtungen - Fahrzeugrückhaltesysteme). Die genannten nationalen Regelungen knüpfen jeweils an die gemäß ÖNORM EN 1317 Teil 1, 2 und 3 erfolgreich vorgenommene Prüfung an. Ebenso wird in Punkt 3.2.1.2 Abs 3 der Ausschreibungsunterlagen (L.3. Leistungsbeschreibung) im Hinblick auf die konkret zu überprüfenden nationalen Anforderungen auf die Anprallversuche nach der ÖNORM EN 1317 abgestellt. Der Prüfung der Übereinstimmung von FRS mit den einschlägigen nationalen anwendungsspezifischen Regelungen werden daher jene bereits im Zuge des Konformitätsverfahrens gemäß der ÖNORM EN 1317-5 (im Rahmen der Erstprüfung) zwingend durchzuführenden Prüfungen zugrunde gelegt. Es werden somit keine weiteren technischen Prüfungen vorgenommen, was der Zeuge B*** - von den Parteien unbestritten - in der mündlichen Verhandlung glaubhaft bestätigte. Damit schließt dieses zur Erlangung der Einsatzfreigabe des BMVIT bzw zur Erlangung eines Einzelnachweises einer notifizierten Prüfstelle erforderliche Verfahren an das für das Anbringen der CE-Kennzeichnung durchlaufene Verfahren an und setzt dessen positiven Abschluss voraus. Folgerichtig fordert die Auftraggeberin das Vorhandensein der CE-Kennzeichnung

einerseits und darüber hinaus die Übereinstimmung mit den einschlägigen nationalen Anforderungen andererseits. An dieser Stelle ist auch auf die nach Durchführung der mündlichen Verhandlung erfolgte 6. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen in Punkt 3.2.1.1. (1) hinzuweisen, wonach das Vorhandensein der CE-Kennzeichnung zum Zeitpunkt der auf das Erlangen der in Punkt 3.2.1.2 geforderten Nachweise (Einsatzfreigabe bzw Einzelnachweis) gerichteten Antragstellung und damit auch zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausdrücklich gefordert wird. Ergänzende nationale Anforderungen an FRS sind in der ÖNORM römisch fünf 1317 sowie in den einschlägigen Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) festgeschrieben. Für das gegenständliche Vergabeverfahren sind dies die RVS 05.02.31 (Verkehrsführung, Leiteinrichtungen, Fahrzeugrückhaltesysteme - Anforderungen und Aufstellung), die RVS 08.23.05 (Rückhaltesysteme - Leitschienen aus Stahl) sowie die RVS 15.04.71 (Brücken, Brückenausrüstung, vertikale Leiteinrichtungen - Fahrzeugrückhaltesysteme). Die genannten nationalen Regelungen knüpfen jeweils an die gemäß ÖNORM EN 1317 Teil 1, 2 und 3 erfolgreich vorgenommene Prüfung an. Ebenso wird in Punkt 3.2.1.2 Absatz 3, der Ausschreibungsunterlagen (L.3. Leistungsbeschreibung) im Hinblick auf die konkret zu überprüfenden nationalen Anforderungen auf die Anprallversuche nach der ÖNORM EN 1317 abgestellt. Der Prüfung der Übereinstimmung von FRS mit den einschlägigen nationalen anwendungsspezifischen Regelungen werden daher jene bereits im Zuge des Konformitätsverfahrens gemäß der ÖNORM EN 1317-5 (im Rahmen der Erstprüfung) zwingend durchzuführenden Prüfungen zugrunde gelegt. Es werden somit keine weiteren technischen Prüfungen vorgenommen, was der Zeuge B*** - von den Parteien unbestritten - in der mündlichen Verhandlung glaubhaft bestätigte. Damit schließt dieses zur Erlangung der Einsatzfreigabe des BMVIT bzw zur Erlangung eines Einzelnachweises einer notifizierten Prüfstelle erforderliche Verfahren an das für das Anbringen der CE-Kennzeichnung durchlaufene Verfahren an und setzt dessen positiven Abschluss voraus. Folgerichtig fordert die Auftraggeberin das Vorhandensein der CE-Kennzeichnung einerseits und darüber hinaus die Übereinstimmung mit den einschlägigen nationalen Anforderungen andererseits. An dieser Stelle ist auch auf die nach Durchführung der mündlichen Verhandlung erfolgte 6. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen in Punkt 3.2.1.1. (1) hinzuweisen, wonach das Vorhandensein der CE-Kennzeichnung zum Zeitpunkt der auf das Erlangen der in Punkt 3.2.1.2 geforderten Nachweise (Einsatzfreigabe bzw Einzelnachweis) gerichteten Antragstellung und damit auch zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausdrücklich gefordert wird.

Somit kommt es - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - weder in zeitlicher noch in finanzieller Hinsicht zu einer Begünstigung jener Bieter, die erst im Zuge der Angebotslegung das betreffende Bescheinigungsverfahren einleiten. Wie oben dargelegt wurde, hat die CE-Kennzeichnung jedenfalls zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorzuliegen. Damit ist grundsätzlich die erfolgreiche Durchführung der Prüfungen des FRS gemäß der ÖNORM EN 1317 (Erstprüfung nach der ÖNORM EN 1317-5) verbunden. Sohin fällt der finanzielle und zeitliche Aufwand bereits im Zuge des der nationalen Überprüfung zwingend vorangehenden Konformitätsverfahrens betreffend die Anbringung des CE-Kennzeichens an und trifft damit die Bieter gleichermaßen bereits vor der Angebotsabgabe. Dies hat die Auftraggeberin mit der 6. Berichtigung nochmals verdeutlicht. Eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung durch die Verlagerung des Zeitpunktes für die Vorlage der geforderten Nachweise kann daher auch in dieser Hinsicht nicht erkannt werden.

Die angefochtene Festlegung der Auftraggeberin erweist sich demnach nicht als vergaberechtswidrig. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

II.2. Zu den Spruchpunkten I.2., I.3., I.4., I.5. (lit. d., e., j. und l. des Antrages) römisch zwei.2. Zu den Spruchpunkten römisch eins.2., römisch eins.3., römisch eins.4., römisch eins.5. (Litera d, Punkt , e, Punkt , j, und l, des Antrages):

Mit ihren Anträgen richtet sich die Antragstellerin gegen Vertragsbestimmungen betreffend die Regelungen der Vertragsstrafe, des Verzugs und des Rücktritts sowie der Gewährleistung und des Schadenersatzes. Deren Rechtswidrigkeit begründet die Antragstellerin im Wesentlichen mit einer Verletzung des § 99 Abs 2 BVergG. Die Auftraggeberin weiche in erheblichem Maße und zum Teil unter Verletzung des § 879 Abs 3 ABGB von den maßgeblichen ÖNORMen B 2110 bzw B 2118 ab, wodurch die Antragstellerin aufgrund der Summe der inkriminierten Festlegungen gröblich benachteiligt werde. Mit ihren Anträgen richtet sich die Antragstellerin gegen Vertragsbestimmungen betreffend die Regelungen der Vertragsstrafe, des Verzugs und des Rücktritts sowie der Gewährleistung und des Schadenersatzes. Deren Rechtswidrigkeit begründet die Antragstellerin im Wesentlichen mit

einer Verletzung des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG. Die Auftraggeberin weiche in erheblichem Maße und zum Teil unter Verletzung des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB von den maßgeblichen ÖNORMen B 2110 bzw B 2118 ab, wodurch die Antragstellerin aufgrund der Summe der inkriminierten Festlegungen gröblich benachteiligt werde.

Vorauszuschicken ist, dass der seitens des Bundesvergabeamtes bei der Prüfung allfälliger Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens anzulegende Maßstab sich ausschließlich nach den Bestimmungen des BVergG richtet. Auch sittenwidrige Vertragsbestimmungen sind folglich nur dann vernichtbar, wenn sie einen Verstoß gegen das BVergG begründen (BVA vom 6. November 2006, N/0079-BVA/11/2006-18 = RPA 2006, 302 [Hofer]). Zu denken ist im gegebenen Zusammenhang an die nachstehenden Bestimmungen des BVergG:

Grundsätze des Vergabeverfahrens

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

Grundsätze der Ausschreibung

§ 78. (1) ...Paragraph 78, (1) ...

(3) Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. ... (3) Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. ...

Vertragsbestimmungen

§ 99. (1) ...Paragraph 99, (1) ...

(2) Der Auftraggeber kann weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.

Grundsätzlich hat ein Auftraggeber hinsichtlich der Gestaltung der Vertragsbestimmungen nach der Intention des Gesetzgebers geeignete Leitlinien einschließlich ÖNORMen, soweit vorhanden, anzuwenden ("heranzuziehen") und darf seine eigenen Bedingungen nur "in einzelnen Punkten", somit grundsätzlich und tendenziell nur ausnahmsweise an deren Stelle setzen (BVA

vom 25. September 2007, N/0078-BVA/14/2007-31 = RPA 2007, 283

[Arztmann] = ZVB 2007, 341 [Lesniak]). Ein pauschales

Abweichen von geeigneten Leitlinien ist untersagt (vgl AB 1245 blg NR XXII. GP, 10). Ebenso hält Krejci fest, dass die Summe der Ausnahmen nicht zur Regel werden dürfe (Krejci, Zur "Normenbindung" gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006, ÖZW 2006, 2). Nach den Gesetzesmaterialien bildet die inhaltliche Grenzen einer Abweichung das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit. Einer sachlichen Rechtfertigung bedarf es danach nicht (wiederum AB 1245 blg NR XXII. GP, 10). Dagegen kann nach Krejci die Begründungspflicht nach § 99 Abs 2 BVergG nur so verstanden werden, dass die Gründe für eine Abweichung von geeigneten Leitlinien einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen, was schon die allgemeine Gesetzeslage, insbesondere § 879 Abs 3 ABGB gebiete (Krejci, Abweichen von geeigneten Leitlinien ist untersagt vergleiche Ausschussbericht 1245 blg NR römisch 22 . GP, 10). Ebenso hält Krejci fest, dass die Summe der Ausnahmen nicht zur Regel werden dürfe (Krejci, Zur "Normenbindung" gemäß Paragraph 97, Absatz 2

und Paragraph 99, Absatz 2, BVerGG 2006, ÖZW 2006, 2). Nach den Gesetzesmaterialien bildet die inhaltliche Grenzen einer Abweichung das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit. Einer sachlichen Rechtfertigung bedarf es danach nicht (wiederum Ausschussbericht 1245 blg NR römisch 22 . GP, 10). Dagegen kann nach Krejci die Begründungspflicht nach Paragraph 99, Absatz 2, BVerGG nur so verstanden werden, dass die Gründe für eine Abweichung von geeigneten Leitlinien einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen, was schon die allgemeine Gesetzeslage, insbesondere Paragraph 879, Absatz 3, ABGB gebiete (Krejci,

Zur "Normenbindung" gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVerGG 2006, ÖZW 2006, 2 sowie Muss ein Abweichen von ÖNORMen nach dem BVerGG 2006 sachlich gerechtfertigt sein?, RPA 2006, 70). Der VfGH führt dazu unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien aus, dass "das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen" eröffnet. Unter "geeigneten Leitlinien" versteht der VfGH nur solche Leitlinien, "die für Lieferungen oder Dienstleistungen in einer bestimmten Branche vorhanden sind und üblicherweise in dieser Branche auch verwendet werden" (VfGH vom 9. März 2007, G 174/06 = RPA 2007, 173 [Gölles]) Zur "Normenbindung" gemäß Paragraph 97, Absatz 2 und Paragraph 99, Absatz 2, BVerGG 2006, ÖZW 2006, 2 sowie Muss ein Abweichen von ÖNORMen nach dem BVerGG 2006 sachlich gerechtfertigt sein?, RPA 2006, 70). Der VfGH führt dazu unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien aus, dass "das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen" eröffnet. Unter "geeigneten Leitlinien" versteht der VfGH nur solche Leitlinien, "die für Lieferungen oder Dienstleistungen in einer bestimmten Branche vorhanden sind und üblicherweise in dieser Branche auch verwendet werden" (VfGH vom 9. März 2007, G 174/06 = RPA 2007, 173 [Gölles]).

Von der Auftraggeberin vorerst nicht in Frage gestellt (siehe Schriftsatz vom 31. Jänner 2013, OZ 12), in der Folge aber bestritten (Schriftsatz vom 25. Februar 2013, OZ 27 sowie Vorbringen in der mündlichen Verhandlung) wird, dass vorliegend eine geeignete Leitlinie vorhanden und demzufolge von der Auftraggeberin anzuwenden ist.

Der hier ausgeschriebene Auftrag umfasst die Lieferung und das Montieren von Fahrzeugrückhaltesystemen (FRS). Sohin hat der Auftragnehmer neben der bloßen Lieferung der FRS auch die für die Montage der FRS notwendigen Leistungen zu erbringen (siehe LV Pos 032570 "Suchschlitz Einbauten herstellen"; 230101H sowie 230105H "FRS LSStahl, ..., rammen bzw rammen+50cm"). Somit kommt die ÖNORM B 2110, jedenfalls aber die ÖNORM A 2060 als einschlägige Leitlinie in Betracht, welche nach deren Punkt 1 "die allgemeinen Vertragsbestimmungen für Leistungen, wie für Lieferleistungen inkl. allenfalls erforderlicher Montagearbeiten" enthält. Dabei ist es unerheblich, dass sich die Tätigkeit der Montage auf eine bloße Hilfsleistung reduziert.

Die von der Antragstellerin angefochtenen Festlegungen sind zwar jeweils abweichend von den insofern gleichlautenden Bestimmungen der ÖNORMen geregelt. Damit hat die Antragstellerin aber jedenfalls kein verpöntes, pauschales Abweichen von geeigneten Leitlinien dargetan. Zumal die Anträge auf Nichtigerklärung auf die konkret bezeichneten Wortfolgen in den einzelnen Vertragsbestimmungen eingeschränkt sind, bleibt es dem Bundesvergabeamt verwehrt, die Vorgangsweise der Auftraggeberin im Hinblick auf die Pflicht zur Heranziehung von geeigneten Leitlinien zu überprüfen.

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, hat die Auftraggeberin hinsichtlich der bekämpften Bestimmungen die Grenzen des Missbrauchsverbots bzw der Sittenwidrigkeit nicht überschritten:

Die Antragstellerin bringt zu ihren Anträgen unter lit d) und Die Antragstellerin bringt zu ihren Anträgen unter Litera d,) und

e) (Spruchpunkte I.2. und I.3.) im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin bei Überschreitung der Lieferfrist nach Belieben vom Vertrag zurücktreten könne und dass seitens der Auftraggeberin eine Vertragsstrafe auch dann begehrt werden könne, wenn die Ursache des Verzugs in der neutralen Sphäre liege. Die Vertragsstrafe falle sohin verschuldensunabhängig an. Der Bieter könne sich weder darauf einstellen, wann und wo er welche Leistungsqualität zu erbringen habe, noch darauf ob die zahlreichen anderen Gewerke ihrerseits fristgerecht geleistet werden, noch ob Witterungsverhältnisse, Verkehrsverhältnisse, der Zuliefermarkt etc. eine zeitgerechte Erfüllung zulassen. Entgegen der ÖNORM B 2110 hätte die Auftragnehmerin nicht einmal die Chance eines Freibewaises. Dies stelle auch angesichts der mit 20% des Bestellwertes begrenzten Vertragsstrafe eine gröbliche Benachteiligung dar und mache die Kalkulierbarkeit bei erheblicher Überschreitung der Abrufmenge unmöglich.e) (Spruchpunkte römisch eins.2. und

römisch eins.3.) im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin bei Überschreitung der Lieferfrist nach Belieben vom Vertrag zurücktreten könne und dass seitens der Auftraggeberin eine Vertragsstrafe auch dann begehrte werden könne, wenn die Ursache des Verzugs in der neutralen Sphäre liege. Die Vertragsstrafe falle sohin verschuldensunabhängig an. Der Bieter könne sich weder darauf einstellen, wann und wo er welche Leistungsqualität zu erbringen habe, noch darauf ob die zahlreichen anderen Gewerke ihrerseits fristgerecht geleistet werden, noch ob Witterungsverhältnisse, Verkehrsverhältnisse, der Zuliefermarkt etc. eine zeitgerechte Erfüllung zulassen. Entgegen der ÖNORM B 2110 hätte die Auftragnehmerin nicht einmal die Chance eines Freibeweises. Dies stelle auch angesichts der mit 20% des Bestellwertes begrenzten Vertragsstrafe eine gröbliche Benachteiligung dar und mache die Kalkulierbarkeit bei erheblicher Überschreitung der Abrufmenge unmöglich.

Grundsätzlich verfällt eine Vertragsstrafe nur bei Verschulden des in Verzug Geratenen (§ 1336 ABGB). Dies ist gleichermaßen in den aufgezeigten ÖNORMen normiert. Eine abweichende Vereinbarung ist allerdings möglich, sie steht aber unter strenger Sittenwidrigkeitskontrolle (Reischauer in Rummel, § 1336, Rz 9; Krejci in Rummel, § 879, Rz 120; Krejci, Zur Vertragsstrafe im Bauvertrag, ecolex 1993, 80; Link/Link-Krammer, Vertragsstrafe bei Bauverträgen, ecolex 2010, 216; ua OGH vom 29. Mai 1992, 8 Ob 1573/92). Gemäß § 1336 Abs 1 ABGB kann die für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes vereinbarte Konventionalstrafe neben der Erfüllung gefordert werden. Nach der Rechtsprechung gebührt die für den Fall der Verspätung der Leistung bedungene Vertragsstrafe auch im Falle des Rücktritts wenigstens für den Zeitraum zwischen dem Eintritt des Verzuges des Schuldners bis zum Ablauf einer ihm gesetzten angemessenen Nachfrist (OGH vom 3. Oktober 1985, 7 Ob 632/85). Grundsätzlich verfällt eine Vertragsstrafe nur bei Verschulden des in Verzug Geratenen (Paragraph 1336, ABGB). Dies ist gleichermaßen in den aufgezeigten ÖNORMen normiert. Eine abweichende Vereinbarung ist allerdings möglich, sie steht aber unter strenger Sittenwidrigkeitskontrolle (Reischauer in Rummel, Paragraph 1336,, Rz 9; Krejci in Rummel, Paragraph 879,, Rz 120; Krejci, Zur Vertragsstrafe im Bauvertrag, ecolex 1993, 80; Link/Link-Krammer, Vertragsstrafe bei Bauverträgen, ecolex 2010, 216; ua OGH vom 29. Mai 1992, 8 Ob 1573/92). Gemäß Paragraph 1336, Absatz eins, ABGB kann die für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes vereinbarte Konventionalstrafe neben der Erfüllung gefordert werden. Nach der Rechtsprechung gebührt die für den Fall der Verspätung der Leistung bedungene Vertragsstrafe auch im Falle des Rücktritts wenigstens für den Zeitraum zwischen dem Eintritt des Verzuges des Schuldners bis zum Ablauf einer ihm gesetzten angemessenen Nachfrist (OGH vom 3. Oktober 1985, 7 Ob 632/85).

Vorliegend wird unter Punkt 4.1.9. der Ausschreibungsunterlagen (L.4. Vertragsbestimmungen) festgelegt, dass sich im Falle von höherer Gewalt oder im Falle von Umständen, die in der Sphäre des Auftraggebers liegen, die Leistungsfristen um die Dauer der Einwirkung verschieben, wenn der Auftragnehmer diesen Umstand unverzüglich anzeigt und die erforderlichen Nachweise hierfür erbracht hat. In diesem Fall ist die Auftraggeberin nicht berechtigt, eine Vertragsstrafe zu begehren. Soweit auch bei der Regelung von Verzug und Rücktritt vom Vertrag in Punkt

4.1.18. der Ausschreibungsunterlagen auf die Möglichkeit zur Forderung der vereinbarten Konventionalstrafe Bezug genommen wird, ist dies daher im Sinne des Punktes 4.1.9. zu interpretieren.

Die Vertragsstrafe verfällt sohin nicht völlig losgelöst von den den Verzug verursachenden Umständen. Zum einen begründen all jene Umstände, die in die Sphäre des Auftraggebers fallen, keine Pflicht zur Zahlung der Pönale. Es handelt sich dabei um "verschiedenste Handlungen und Unterlassungen" des Auftraggebers, "seiner Leute und Vertragspartner, Ereignisse und Umstände, die seine Person, seine Leute und Vertragspartner, sein Unternehmen bzw seinen sonstigen Einflussbereich betreffen" (wiederum Krejci, aaO; Krejci in Rummel, § 1168, Rz 7). Damit sind etwa Verzögerungen bei anderen Gewerken jedenfalls der Auftraggeberin zuzurechnen. Zum anderen ist der Fall höherer Gewalt nicht pönalisiert, sodass die der sog "neutralen Sphäre" im Umfang der höheren Gewalt zuzuordnenden Ereignisse nicht von der Auftragnehmerin zu vertreten sind (Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 1177; Kurz, ÖNORM B 2110, 311). Unter höhere Gewalt können etwa auch Rohstoffverknappungen (Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 1179) oder der von der Antragstellerin erwähnte einmalige Abruf der gesamten ausgeschriebenen Menge fallen, sofern der zuletzt genannte Umstand nicht ohnehin als auf der Seite der Auftraggeberin liegend zu werten ist. Da sich die entsprechenden Termine und Fristen um die Dauer der Einwirkung verschieben (Punkt 4.1.9. der Ausschreibungsunterlagen), gerät die Auftragnehmerin in den genannten Fällen, sofern sie ihrer Warnpflicht nachkommt, nicht in Verzug. Damit treten auch die sonstigen Verzugsfolgen nicht ein. Die Auftraggeberin ist nicht berechtigt, die Konventionalstrafe geltend zu machen. Die Vertragsstrafe verfällt sohin nicht völlig losgelöst von den

den Verzug verursachenden Umständen. Zum einen begründen all jene Umstände, die in die Sphäre des Auftraggebers fallen, keine Pflicht zur Zahlung der Pönale. Es handelt sich dabei um "verschiedenste Handlungen und Unterlassungen" des Auftraggebers, "seiner Leute und Vertragspartner, Ereignisse und Umstände, die seine Person, seine Leute und Vertragspartner, sein Unternehmen bzw seinen sonstigen Einflussbereich betreffen" (wiederum Krejci, aaO; Krejci in Rummel, Paragraph 1168,, Rz 7). Damit sind etwa Verzögerungen bei anderen Gewerken jedenfalls der Auftraggeberin zuzurechnen. Zum anderen ist der Fall höherer Gewalt nicht pönalisiert, sodass die der sog "neutralen Sphäre" im Umfang der höheren Gewalt zuzuordnenden Ereignisse nicht von der Auftragnehmerin zu vertreten sind (Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 1177; Kurz, ÖNORM B 2110, 311). Unter höhere Gewalt können etwa auch Rohstoffverknappungen (Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 1179) oder der von der Antragstellerin erwähnte einmalige Abruf der gesamten ausgeschriebenen Menge fallen, sofern der zuletzt genannte Umstand nicht ohnehin als auf der Seite der Auftraggeberin liegend zu werten ist. Da sich die entsprechenden Termine und Fristen um die Dauer der Einwirkung verschieben (Punkt 4.1.9. der Ausschreibungsunterlagen), gerät die Auftragnehmerin in den genannten Fällen, sofern sie ihrer Warnpflicht nachkommt, nicht in Verzug. Damit treten auch die sonstigen Verzugsfolgen nicht ein. Die Auftraggeberin ist nicht berechtigt, die Konventionalstrafe geltend zu machen.

Die Auftraggeberin begründet diese Regelung mit ihrer Verpflichtung zur Einhaltung der seitens des Bundes und der Länder bestehenden Vorgaben (z.B. Urlauberverkehr), ihrem wirtschaftlichen Interesse, angesichts der kilometerabhängigen Maut für LKW keinen nicht berechenbaren Gewinnentgang zu erleiden, wenn die LKW von der Autobahn abfahren, sowie mit der Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit infolge von Verzögerungen bei einer Baustelle (fehlender Pannestreifen, verringerte Fahrbahnbreite). Dabei sei auch wesentlich, dass das Liefern und Versetzen der Fahrzeugrückhaltesysteme die letzte Teilleistung vor Beendigung der Baustelle und Erteilung der Verkehrsfreigabe darstelle.

Unter Berücksichtigung des nicht nur in der Schadenspauschalierung sondern auch in der Verstärkung rechtsgeschäftlicher Pflichten liegenden Zwecks einer Vertragsstrafe ist die gegenständliche Regelung aufgrund des bei diesem Projekt zweifelsohne im Vordergrund stehenden Interesses, Gefahr für Leib und Leben hintanzuhalten, und des insbesondere in dieser Hinsicht bestehenden enormen Erfüllungsdrucks als sachlich gerechtfertigt anzusehen. Das Bundesvergabeamt vermag darin, keine bloß in der Vorteilsbeschaffung für die Auftraggeberin bzw in der Benachteiligung der Auftragnehmer liegende missbräuchliche Vorgangsweise zu erblicken. Damit folgt das Bundesvergabeamt seiner Rsp in einer vergleichbaren Konstellation (siehe BVA vom 6. November 2006, N/0079-BVA/11/2006-18).

Auch vermochte die Antragstellerin nicht überzeugend darzulegen, inwieweit die Kalkulierbarkeit der Leistung aufgrund der Höhe der Vertragsstrafe beeinträchtigt sein sollte, zumal es lebensfremd, mit dem Sinn und Zweck einer Rahmenvereinbarung, nämlich den Rahmen für zukünftige Beschaffungen festzulegen, unvereinbar (§ 25 Abs 7 BVergG) und insofern auch nicht der Auftraggeberin zu unterstellen ist, dass sie tatsächlich einmalig die gesamte ausgeschriebene Menge oder gar eine darüber hinausgehende, sämtliche Straßenkilometer der betroffenen Streckenebereiche umfassende Menge abrufte. Diesfalls wäre die Rahmenvereinbarung wohl die "falsche" Verfahrensart. Die Antragstellerin ist hier auch darauf zu verweisen, dass die Auftraggeberin selbst unter Punkt 3.1.1 der Ausschreibungsunterlagen (L.3. Leistungsbeschreibung) festgelegt hat, dass der "ausgeschriebene Lieferumfang vom AG bedarfsabhängig in mehreren Tranchen abgerufen" wird. Im Übrigen hat die Auftraggeberin je nach Warenwert des Abrufs differenzierte Herstellfristen (Punkt 3.1.1. der Ausschreibungsunterlagen) sowie wiederum nach dem Bestellwert gestaffelte Kleinmengenzuschläge vorgesehen. Abgesehen davon wurde das richterliche Mäßigungsrecht gemäß § 1336 Abs 2 ABGB, welches nach Entfall des § 348 HGB nunmehr auch unter Kaufleuten zur Anwendung gelangt, nicht ausgeschlossen. Auch vermochte die Antragstellerin nicht überzeugend darzulegen, inwieweit die Kalkulierbarkeit der Leistung aufgrund der Höhe der Vertragsstrafe beeinträchtigt sein sollte, zumal es lebensfremd, mit dem Sinn und Zweck einer Rahmenvereinbarung, nämlich den Rahmen für zukünftige Beschaffungen festzulegen, unvereinbar (Paragraph 25, Absatz 7, BVergG) und insofern auch nicht der Auftraggeberin zu unterstellen ist, dass sie tatsächlich einmalig die gesamte ausgeschriebene Menge oder gar eine darüber hinausgehende, sämtliche Straßenkilometer der betroffenen Streckenebereiche umfassende Menge abrufte. Diesfalls wäre die Rahmenvereinbarung wohl die "falsche" Verfahrensart. Die Antragstellerin ist hier auch darauf zu verweisen, dass die Auftraggeberin selbst unter Punkt 3.1.1 der Ausschreibungsunterlagen (L.3. Leistungsbeschreibung) festgelegt hat, dass der "ausgeschriebene Lieferumfang vom AG bedarfsabhängig in mehreren Tranchen abgerufen" wird. Im Übrigen

hat die Auftraggeberin je nach Warenwert des Abrufs differenzierte Herstellfristen (Punkt 3.1.1. der Ausschreibungsunterlagen) sowie wiederum nach dem Bestellwert gestaffelte Kleinmengenzuschläge vorgesehen. Abgesehen davon wurde das richterliche Mäßigungsrecht gemäß Paragraph 1336, Absatz 2, ABGB, welches nach Entfall des Paragraph 348, HGB nunmehr auch unter Kaufleuten zur Anwendung gelangt, nicht ausgeschlossen.

In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass hier mehrere Lose ausgeschrieben sind, was im Hinblick auf insofern jedenfalls mögliche Projektüberschneidungen eine entsprechende betriebswirtschaftliche Einschätzung der Bieter erfordert. Eine Prüfung der Ausschreibung betreffend die Kalkulierbarkeit der Preise dahingehend, ob die Erstellung eines Angebotes unter betriebswirtschaftlichen Überlegungen sinnvoll ist oder nicht, ist dem Bundesvergabeamt aber verwehrt (BVA vom 6. November 2006, N/0079-BVA/11/2006-18 = RPA 2006, 302 [Hofer]).

Schließlich verfügt die Antragstellerin unbestritten über Erfahrungswerte im Umgang mit diesbezüglichen Lieferungen an die Auftraggeberin, sodass auch insofern dem Argument der mangelnden Kalkulierbarkeit nicht beigetreten werden kann.

Das Bundesvergabeamt erkennt auch in den Vertragsbestimmungen betreffend die Regelung der Gewährleistung und den Schadenersatz (Spruchpunkte I 4. und I 5., lit j. und l. des Antrages) keinen Verstoß gegen die Bestimmungen des ABGB. Gemäß Punkt 4.1.15. der Ausschreibungsunterlagen richten sich Schadenersatzansprüche nach den Bestimmungen des ABGB. Die Antragstellerin sieht hier offenbar nicht in dieser Festlegung per se eine gröbliche Benachteiligung, sondern in der Summe der Abweichungen von den ÖNORMen. Wie oben bereits festgehalten wurde, ist im Hinblick auf die angefochtenen Festlegungen ein im Sinne des § 99 Abs 2 BVergG unzulässiges, weil sehr weitgehendes Abgehen nicht anzunehmen. Das Bundesvergabeamt erkennt auch in den Vertragsbestimmungen betreffend die Regelung der Gewährleistung und den Schadenersatz (Spruchpunkte römisch eins 4. und römisch eins 5., Litera j, und l, des Antrages) keinen Verstoß gegen die Bestimmungen des ABGB. Gemäß Punkt 4.1.15. der Ausschreibungsunterlagen richten sich Schadenersatzansprüche nach den Bestimmungen des ABGB. Die Antragstellerin sieht hier offenbar nicht in dieser Festlegung per se eine gröbliche Benachteiligung, sondern in der Summe der Abweichungen von den ÖNORMen. Wie oben bereits festgehalten wurde, ist im Hinblick auf die angefochtenen Festlegungen ein im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG unzulässiges, weil sehr weitgehendes Abgehen nicht anzunehmen.

Die Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre ist im allgemeinen Geschäftsverkehr durchaus üblich. Weder nach den Bestimmungen des ABGB noch nach jenen der og ÖNORMen besteht eine sofortige Rügepflicht. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin hat nicht sie im Fall der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche knapp vor Ende der Gewährleistungsfrist nachzuweisen, dass der Mangel nicht bestanden hat. Vielmehr hat die Auftraggeberin zu beweisen, dass der Mangel bei der Übergabe bereits vorgelegen bzw zumindest in den ersten sechs Monaten nach der Übergabe aufgetreten ist (§ 924 ABGB). Die betreffenden Bestimmungen können angesichts des von der Auftraggeberin ins Treffen geführten Umstandes, dass es sich bei der Montage der FRS um die letzte Teilleistung vor Beendigung einer Baustelle und vor Erteilung der Verkehrsfreigabe handle, und die Auftraggeberin daher wie bereits aufgezeigt unter einem besonderen Erfüllungsdruck steht, durchaus als sachangemessen qualifiziert werden. Insofern wird eine Sittenwidrigkeit der Festlegungen nicht dargetan. Die Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre ist im allgemeinen Geschäftsverkehr durchaus üblich. Weder nach den Bestimmungen des ABGB noch nach jenen der og ÖNORMen besteht eine sofortige Rügepflicht. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin hat nicht sie im Fall der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche knapp vor Ende der Gewährleistungsfrist nachzuweisen, dass der Mangel nicht bestanden hat. Vielmehr hat die Auftraggeberin zu beweisen, dass der Mangel bei der Übergabe bereits vorgelegen bzw zumindest in den ersten sechs Monaten nach der Übergabe aufgetreten ist (Paragraph 924, ABGB). Die betreffenden Bestimmungen können angesichts des von der Auftraggeberin ins Treffen geführten Umstandes, dass es sich bei der Montage der FRS um die letzte Teilleistung vor Beendigung einer Baustelle und vor Erteilung der Verkehrsfreigabe handle, und die Auftraggeberin daher wie bereits aufgezeigt unter einem besonderen Erfüllungsdruck steht, durchaus als sachangemessen qualifiziert werden. Insofern wird eine Sittenwidrigkeit der Festlegungen nicht dargetan.

Im Übrigen lässt das Vorbringen der Antragstellerin in diesem Zusammenhang eine Begründung dafür vermissen, worin sie in concreto eine Verletzung der vergaberechtlichen Grundsätze erblickt bzw inwieweit sie aufgrund der angefochtenen Festlegungen in der Kalkulierbarkeit der ausgeschriebenen Leistungen beeinträchtigt wird. Dem Senat sind diesbezüglich auch keine Bedenken entstanden.

Zusammenfassend ist sohin festzuhalten, dass die Prüfung der von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen im Rahmen der Vertragsbestimmungen keinen Verstoß gegen die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG ergeben hat. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

II.3. Zu Spruchpunkt I.6 (lit n. des Antrages)römisch zwei.3. Zu Spruchpunkt römisch eins.6 (Litera n, des Antrages):

Es ist nicht Aufgabe des Bundesvergabeamtes anlässlich einer Überprüfung der Ausschreibungsbestimmungen vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen vorzunehmen (BVA vom 3. Dezember 2010, N/0076-BVA/02/2010-36). Wie bereits oben unter Punkt II.2. ausgeführt wurde, bilden die Regelungen des BVergG den alleinigen Prüfungsmaßstab des Bundesvergabeamtes (siehe § 312 Abs 2 BVergG); dies sind hinsichtlich der in Punkt 7.1. der Ausschreibungsunterlagen (L.7. Rahmenvereinbarung) angefochtenen Wortfolgen die Bestimmungen des § 19 Abs 1 BVergG und jene des § 78 Abs 3 BVergG. Es ist nicht Aufgabe des Bundesvergabeamtes anlässlich einer Überprüfung der Ausschreibungsbestimmungen vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen vorzunehmen (BVA vom 3. Dezember 2010, N/0076-BVA/02/2010-36). Wie bereits oben unter Punkt römisch zwei.2. ausgeführt wurde, bilden die Regelungen des BVergG den alleinigen Prüfungsmaßstab des Bundesvergabeamtes (siehe Paragraph 312, Absatz 2, BVergG); dies sind hinsichtlich der in Punkt 7.1. der Ausschreibungsunterlagen (L.7. Rahmenvereinbarung) angefochtenen Wortfolgen die Bestimmungen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG und jene des Paragraph 78, Absatz 3, BVergG.

Nach Ansicht des erkennenden Senates ist nicht hervorgekommen, dass diese Festlegung dem Gleichbehandlungsgebot oder dem Prinzip des freien und lautereren Wettbewerbes widerspricht, zumal auch das Vorbringen der Antragstellerin auf die bloße Behauptung der Verletzung dieser Grundsätze beschränkt bleibt.

Auch im Hinblick auf die Kalkulierbarkeit der Leistung teilt das Bundesvergabeamt die Bedenken der Antragstellerin nicht. Diese Vertragsbestimmung hat rein zivilrechtlichen Charakter und liefert keine kalkulatorischen Grundlagen. Insofern kommt dieser Bestimmung keine unmittelbare Bedeutung für die Kalkulation zu. Sie wird erst bei der Vertragsabwicklung schlagend, wenn etwa nachträglich Unterlagen hervorkommen. Ihre inhaltliche Beurteilung obliegt den Zivilgerichten.

Abgesehen davon, hat die Auftraggeberin im Rahmen der 5. Berichtigung bzw einer Bieteranfragenbeantwortung jene von der Antragstellerin für ihre Kalkulation "vermissten" Informationen zumindest so weit nachgereicht, dass die Antragstellerin sich offenbar veranlasst gesehen hat, ihren unter anderem mit der mangelnden Kalkulierbarkeit begründeten Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung zurückzuziehen.

Mangels Vergaberechtswidrigkeit der bekämpften Festlegung war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Spruchpunkt II:römisch drei. Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Über den Gebührenersatz hat gemäß § 319 Abs 3 BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Über den Gebührenersatz hat gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung des Ausscheidens in der Höhe von insgesamt € 900,-- wurden gemäß § 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm §§ 1, 2 Abs 1 und 3 Abs 1 BVA-GebV 2012 von der Antragstellerin nachweislich entrichtet. Das Bundesvergabeamt erließ eine einstweilige Verfügung. Die Auftraggeberin nahm im Laufe des Nachprüfungsverfahrens - wie aus dem Sachverhalt ersichtlich - eine 5. Berichtigung der Ausschreibung vor und beantwortete im Zuge dessen eine Reihe von Bieteranfragen. Unter anderem wird mit der 5. Berichtigung die Projektbeschreibung L.2. insofern abgeändert, als diese um (wenn auch unverbindliche) Informationen zu den (zum Zeitpunkt der Erstellung der Angebotsunterlagen) geplanten Bauvorhaben ergänzt wird. Dadurch wird im Sinne des Vorbringens der Antragstellerin eine weitere "Präzisierung" des auch im Rahmen des Verfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung grundsätzlich festzulegenden Mengengerüsts im Hinblick auf die Liefermenge, den Lieferort (Streckenkilometer) und den voraussichtlichen Zeitraum des Abrufes gewährleistet (siehe zur verpflichtenden Festlegung eines zur Kalkulation geeigneten Mengengerüsts etwa BVA vom 13. April 2006, N/0009- BVA/06/2006-38 = RPA 2006, 166 [Reisner]). Die Auftraggeberin führt selbst zu diesem Punkt der Berichtigung der Ausschreibung aus, dass die Antragstellerin damit, also mit dieser Berichtigung, über sämtliche für die Kalkulierbarkeit des Angebotes erforderliche Angaben verfüge (Stellungnahme der Auftraggeberin vom 25. Februar 2013, OZ 27). Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung des Ausscheidens in der Höhe von insgesamt € 900,-- wurden gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins, 2, Absatz eins und 3 Absatz eins, BVA-GebV 2012 von der Antragstellerin nachweislich entrichtet. Das Bundesvergabeamt erließ eine einstweilige Verfügung. Die Auftraggeberin nahm im Laufe des Nachprüfungsverfahrens - wie aus dem Sachverhalt ersichtlich - eine 5. Berichtigung der Ausschreibung vor und beantwortete im Zuge dessen eine Reihe von Bieteranfragen. Unter anderem wird mit der 5. Berichtigung die Projektbeschreibung L.2. insofern abgeändert, als diese um (wenn auch unverbindliche) Informationen zu den (zum Zeitpunkt der Erstellung der Angebotsunterlagen) geplanten Bauvorhaben ergänzt wird. Dadurch wird im Sinne des Vorbringens der Antragstellerin eine weitere "Präzisierung" des auch im Rahmen des Verfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung grundsätzlich festzulegenden Mengengerüsts im Hinblick auf die Liefermenge, den Lieferort (Streckenkilometer) und den voraussichtlichen Zeitraum des Abrufes gewährleistet (siehe zur verpflichtenden Festlegung eines zur Kalkulation geeigneten Mengengerüsts etwa BVA vom 13. April 2006, N/0009- BVA/06/2006-38 = RPA 2006, 166 [Reisner]). Die Auftraggeberin führt selbst zu diesem Punkt der Berichtigung der Ausschreibung aus, dass die Antragstellerin damit, also mit dieser Berichtigung, über sämtliche für die Kalkulierbarkeit des Angebotes erforderliche Angaben verfüge (Stellungnahme der Auftraggeberin vom 25. Februar 2013, OZ 27).

Darüber hinaus hat die Auftraggeberin etwa auch Redaktionsversehen bereinigt (Punkt 4.1.14.) und zu Missverständnissen Anlass gebende Formulierungen (Punkt 3.1.6.) korrigiert.

Die Antragstellerin hat in der Folge im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2013 den Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung sowie ihre Anträge auf Nichtigerklärung der unter lit a., b., f., g., h., i., k. und m. ihres Antrages genannten Wortfolgen der Ausschreibung zurückgezogen. Der Umstand, dass eine Partei aufgrund der vermeintlichen Klaglosstellung den Nachprüfungsantrag zurückzieht, ändert nach der Rechtsprechung des VwGH mangels ausdrücklicher Regelung am Anspruch gemäß § 319 Abs 1 zweiter Satz BVergG nichts (VwGH vom 2. Oktober 2012, 2008/04/0132). Die Antragstellerin hat in der Folge im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2013 den Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung sowie ihre Anträge auf Nichtigerklärung der unter Litera a, Punkt , b, Punkt , f, Punkt , g, Punkt , h, Punkt , i, Punkt , k, und m, ihres Antrages genannten Wortfolgen der Ausschreibung zurückgezogen. Der Umstand, dass eine Partei aufgrund der vermeintlichen Klaglosstellung den Nachprüfungsantrag zurückzieht, ändert nach der Rechtsprechung des VwGH mangels ausdrücklicher Regelung am Anspruch gemäß Paragraph 319, Absatz eins, zweiter Satz BVergG nichts (VwGH vom 2. Oktober 2012, 2008/04/0132).

Dass die 5. Berichtigung der Ausschreibung sohin aus Anlass des Nachprüfungsantrages erfolgte und die Ausschreibung damit zumindest teilweise im Sinne des Vorbringens der Antragstellerin geändert wurde, wird angesichts der oben wiedergegebenen Stellungnahme der Auftraggeberin offenbar auch von deren Seite nicht in Zweifel gezogen und wurde dies auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung bei Zurückziehung der og Anträge nicht getan. Damit ist die Antragstellerin zumindest teilweise mit ihrem Rechtsstandpunkt durchgedrungen. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr zu ersetzen (siehe

Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 319 Rz 11). Dass die 5. Berichtigung der Ausschreibung sohin aus Anlass des Nachprüfungsantrages erfolgte und die Ausschreibung damit zumindest teilweise im Sinne des Vorbringens der Antragstellerin geändert wurde, wird angesichts der oben wiedergegebenen Stellungnahme der Auftraggeberin offenbar auch von deren Seite nicht in Zweifel gezogen und wurde dies auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung bei Zurückziehung der og Anträge nicht getan. Damit ist die Antragstellerin zumindest teilweise mit ihrem Rechtsstandpunkt durchgedrungen. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr zu ersetzen (siehe Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 319, Rz 11).

Da unter "Stattgeben" iSd § 319 Abs 2 Z 1 BVergG auch die Klaglosstellung iSd Abs 1 leg cit zu subsumieren ist und da mit der Verfügung einer beantragten Sicherungsmaßnahme das zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmal des § 319 Abs 2 Z 2 BVergG erfüllt ist, besteht auch der Anspruch auf Ersatz der für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung bezahlten Pauschalgebühr zu Recht (siehe bereits BVA vom 16. November 2006, N/0080-BVA/12/2006-14; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 319 Rz 16f). Da unter "Stattgeben" iSd Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG auch die Klaglosstellung iSd Absatz eins, leg cit zu subsumieren ist und da mit der Verfügung einer beantragten Sicherungsmaßnahme das zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmal des Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG erfüllt ist, besteht auch der Anspruch auf Ersatz der für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung bezahlten Pauschalgebühr zu Recht (siehe bereits BVA vom 16. November 2006, N/0080-BVA/12/2006-14; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 319, Rz 16f).

Im Übrigen besteht keine Norm, nach der dem BVA die Zuständigkeit zukäme, über den Ersatz anderer Kosten als der Pauschalgebühren zu entscheiden, etwa die Kosten der anwaltlichen Vertretung oder gar der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Ein solcher Antrag ist unzulässig und daher zurückzuweisen (zB BVA vom 22. Dezember 2008, N/0147-BVA/10/2008-39, RPA-Slg 2009/6 = ZVB 2009/20 [Hackl] = ZVB-LSK 2009/17 = ZVB-LSK 2009/18; BVA vom 5. März 2010, N/0131-BVA/14/2009-35, RPA-Slg 2010/10 = RPA-Slg 2010/9 = ZVB-LSK 2010/58 = ZVB-LSK 2010/59; BVA vom 17. August 2011, N/0062-BVA/06/2011-28).

Zuletzt aktualisiert am

27.05.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at