

TE Verg Bescheid 2009/6/16 N/0030-BVA/04/2009-41

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.06.2009

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §230 Z3

BVergG 2006 §230 Z6

BVergG 2006 §257 Abs1 Z2

BVergG 2006 §269 Abs1 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

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 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 230 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 230 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 257 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung Miete mobile technische Warneinrichtungen" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, 1010 Wien, vom 6.4.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung Miete mobile technische Warneinrichtungen" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, 1010 Wien, vom 6.4.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, "die im Rahmen des Verhandlungsverfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend 'Ausschreibung Miete mobile technische Warneinrichtungen' getroffene Zuschlagsentscheidung des Antragsgegners vom 24.3.2009 für nichtig zu erklären", wird nicht stattgegeben.

II.römisch zwei.

Die Anträge, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG durch den Auftraggeber für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Nachprüfungsantrag, werden abgewiesen. Die Anträge, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG durch den Auftraggeber für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Nachprüfungsantrag, werden abgewiesen.

Begründung

Die Bekanntmachung zum Vergabeverfahren "Ausschreibung Miete mobile technische Warneinrichtungen" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008/S173- 231603 am 6.9.2008 veröffentlicht. Der als Lieferauftrag zu qualifizierende Abschluss einer Rahmenvereinbarung sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens erfolgen. Die geplante Rahmenvereinbarung sollte mit 2 Bietern abgeschlossen werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 13.10.2008, 9.00 Uhr, fixiert. Alternativangebote waren ausgeschlossen. Eine Aufteilung in Lose erfolgte nicht.

In den Teilnahmeantragsunterlagen wurde unter Punkt 6 der Auftragsgegenstand wie folgt beschrieben:

"Zwei Rahmenvereinbarungen über die Miete mobiler technischer Warneinrichtungen. Die technischen Warneinrichtungen sollen gewährleisten, dass die Annäherung von Schienenfahrzeugen von den sich im Gefahrenraum von Gleisen befindlichen Personen rechtzeitig wahrgenommen wird. Die Leistung besteht in der Projektierung, Lieferung, Montage der technischen Warneinrichtungen, in der Instruktion der Bediener, der Überlassung der Warneinrichtung für den Sicherheitszeitraum, der Überlassung von Energieerzeugungsgeräten für den Betrieb derselben, in der Entstörung, im Umbau (Umprojektierung und Umplatzierung bei geänderten Baustellengegebenheiten), der Demontage und im Abtransport der Komponenten. Die Leistung versteht sich inklusive aller Nebenleistungen. Die einzelnen projektbezogenen Vergaben erfolgen im Wettbewerb auf Basis der Rahmenvereinbarungen."

Zu den Teilnahmebedingungen und den Nachweis der Eignung durch andere Unternehmen wurde unter den Punkten 1.11 und 1.12 in den Teilnahmeantragsunterlagen Nachfolgendes ausgeführt:

"1.11.1 Nachweis der Befugnis

Der Bieter muss für alle in Frage kommenden Leistungen die Befugnis besitzen.

.....

1.11.4 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Für die Vergabe der Leistungen kommen nur Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebene Leistung verfügen.

.....

1.12 Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer und in Bieter- und Arbeitsgemeinschaften

.....

Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit oder seiner Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Mittel anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

....."

Neben weiteren Bewerbern stellten die B*** (1. präsumtiver Zuschlagsempfänger), die C*** (2. präsumtiver Zuschlagsempfänger) und die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Teilnahmeantrag.

Im mit 7.10.2008 datierten Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag führte der Antragsteller Nachfolgendes aus:

".....

Die technische Bearbeitung erfolgt zur Zeit von der Schweiz und von Deutschland aus, wobei wir ausdrücklich erklären, dass wir bei Erteilung einer Rahmenvereinbarung eine Niederlassung / Service Station in Österreich errichten werden.

Die vorgeschriebenen Reaktionsfristen bei Störungen können somit jederzeit eingehalten werden.

Eine Servicehotline ist in unserer Firma 365 Tage - 24 Stunden eingerichtet.

Die Nachweise über Sozialabgaben und Lohnsteuer erfolgen über
Deutschland, da unser Service- und Lagerpersonal in
Deutschland arbeitsrechtlich beschäftigt ist.

....."

Aus der dem Teilnahmeantrag des Antragstellers beiliegenden, mit 20.3.2008 datierten, in der Schweiz ausgestellten Gewerbeanmeldung vom 20.3.2008 ergibt sich, dass der Antragsteller das Handelsgewerbe in der Schweiz ausübt. Die Anmeldung erfolgte aufgrund einer Neugründung. Als Generalbevollmächtigter für den Antragsteller wurde Herr D*** genannt.

Nach Öffnung der Teilnahmeanträge wurden am 30.10.2008 unter Beilage der Ausschreibungsunterlagen die Bewerber zur Angebotslegung bis zum 24.11.2008, 10.00 Uhr, eingeladen.

Zur Rahmenvereinbarung ohne Mengenbindung wurde in den Ausschreibungsunterlagen ausgeführt, dass geplant sei, mit zwei Bietern Rahmenvereinbarungen ohne fixe Mengenbindung abzuschließen. Die einzelnen, konkret, projektbezogenen Vergaben sollten im Wettbewerb auf Basis der Rahmenvereinbarung erfolgen. Das Angebot hatte unbedingt ein Leistungsverzeichnis über alle Komponenten mit Einheitspreisen, Preisliste für Schulungen und Lieferfristen zu enthalten. Außerdem waren mit dem Angebot die technische Beschreibung der Komponenten, die fünf vorgegebenen Musterprojekte und ein Angebot für die Schulung abzugeben. Sollte nur eine der Musterprojektierungen einen sicherheitsrelevanten Fehler aufweisen, sei das Angebot auszuschneiden (Technisches KO-Kriterium). Der Servicepreis umfasste auch die Leistung für die Servicehotline mit einem 12-Stunden-Entstörsdienst. Für den 5-Stunden-Entstörsdienst für sensible Projekte war ein Servicetechnikerzuschlag anzugeben. Als Zuschlagskriterien wurden die Gesamtkosten für die fünf Musterprojekte und für das Schulungsangebot angegeben. In den Ausschreibungsunterlagen wurde darauf hingewiesen, dass die Arbeiten im Gefahrenbereich unter Aufrechterhaltung des Bahnbetriebes durchzuführen seien.

Im Anschluss an die Ausschreibungsvorgaben zum Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung wurde in den Ausschreibungsunterlagen zu den in der Folge zu vergebenden einzelnen konkreten Aufträgen ausgeführt, dass jene Unternehmen, mit denen die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen abgeschlossen würden, zur Angebotslegung per e-mail von der bedarfstragenden Region eingeladen werden würden. Eine Baustellenbegehung ist zwingende Voraussetzung für die Abgabe des Angebotes. Zur Ortsbesichtigung war Nachfolgendes ausgeführt:

"Die Teilnahme der Projektanten an der Baustellenbegehung ist zwingende Voraussetzung für die Abgabe eines Angebotes, die Anwesenheit ist im Begehungsprotokoll zu bestätigen. Mit der Unterschrift am Protokoll werden gleichzeitig die dort vermerkten Projektierungsgrunddaten vom Bieter zur Kenntnis genommen. Diese Daten sind verbindliche Grundlage für die Projektierung und damit für das Angebot.

Das Angebot eines Bieters, der an der Baustellenbegehung nicht teilgenommen hat, ist auszuschneiden. Im Zuge der Baustellenbegehung werden alle zur Projektierung erforderlichen Daten übermittelt. Noch abzuklärende Fragen sind im Begehungsprotokoll aufzunehmen.

Das Begehungsprotokoll ist durch die bedarfstragende Region an die teilnehmenden Bieter auszusenden."

Innerhalb der Angebotsfrist hat der Bieter ein rechtsgültig gefertigtes Angebot mit der Projektierung einzureichen. Das Angebot war analog zu den Musterprojekten auszuführen. Als "Zuschlagskriterium" für die Einzelprojekte wurden die Gesamtkosten genannt. Als rechtliche Vertragsbestimmungen für das gegenständliche Vergabeverfahren und für die Auftragsabwicklung sollten die allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für Anlagenbau Ausgabe 1.2007 gelten.

Nach der Beantwortung von Bieteranfragen legte der Antragsteller neben dem ersten und zweiten präsumtiven Zuschlagsempfänger sowie weiteren Bietern ein Angebot. Der Antragsteller führte in seinem mit 21.11.2008 datierten Begleitschreiben zu seinem Angebot Nachfolgendes aus:

"Bei erfolgreichem Vertragsabschluß wird die technische Bearbeitung von einer durch uns in Österreich neu eröffneten Niederlassung aus erfolgen. Bis zur Eröffnung gewährleisten wir die vorgeschriebenen Reaktionsfristen bis auf weiteres über Personal aus Deutschland und Personal aus der Schweiz in Zusammenarbeit mit der Firma C***.

Ein Anlagenvolumen in Höhe von 25% halten wir gerne für kurzfristige Baustellen/Aufträge (Lieferung innerhalb von 5 Tagen) für unsere Stammkunden bereit.

Eine Servicehotline ist in unserer Firma 365 Tage - 24 Stunden eingerichtet.

Wir hoffen mit unserem Angebot Ihren Erwartungen zu entsprechen und würden uns auf eine Zusammenarbeit freuen."

Nach Angebotsöffnung wurden die Bieter mit Schreiben vom 1.12.2008 zur Verbesserung aufgefordert und wurden in der Folge die Musterprojekte einer Prüfung unterzogen.

Nach dem Ausscheiden von Angeboten einiger Bieter auf Grund von sicherheitsrelevanten Fehlern in den Musterprojekten teilte der Auftraggeber mit Schreiben vom 19.12.2008 den verbliebenen Bietern Nachfolgendes mit:

"Um die Chancengleichheit für alle Bieter zu gewährleisten, wird der Leistungsumfang wie folgt adaptiert: Die fünf Teile ,Musterprojektierungen 1-5' bleiben erhalten, Teil sechs ,Schulungen' entfällt.

Die Gesamtkosten ermitteln sich aus der Summe der fünf Musterprojektierungen.

Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass der Preis als Zuschlagskriterium unverändert bleibt."

Weiters wurden die Bieter mit diesem Schreiben ersucht, ihre Angebotskalkulation auf Basis des veränderten Leistungsumfanges nochmal zu überprüfen und gegebenenfalls noch das Angebot zu verbessern. Die Angebote waren spätestens bis 9.1.2009, 10.00 Uhr, einzureichen.

Der Antragsteller legte fristgerecht ein Angebot, das neue Preise zu den Musterprojekten enthält. Im mit 6.1.1009 datierten Begleitschreiben waren die Gesamt netto- und Gesamtbruttopreise der einzelnen Musterprojekte aufgelistet.

Dazu wurde Nachfolgendes ausgeführt:

".....

Angebotsaufstellung	Netto
Brutto	
Musterprojekt 1	xxxxxxx€
xxxxxxx€	
Musterprojekt 2	xxxxxxx€
xxxxxxx€	
Musterprojekt 3	xxxxxxx€
xxxxxxx€	
Musterprojekt 4	xxxxxxx€
xxxxxxx€	
Musterprojekt 5	xxxxxxx€
xxxxxxx€	
Gesamtpreis:	xxxxxxx€
	xxxxxxx€

Bei erfolgreicher Vergabe aller Projekte an die A***

gewähren wir einen Sonderrabatt von 15%

Sonderrabatt -15%	-xxxxxxx€
-xxxxxxx€	

Gesamtpreis:	xxxxxxx€
xxxxxxx€	

..... "

Die dem Angebot des Antragstellers beiliegenden Angebotsformulare zu den Musterprojekten enthielten keinen Hinweis auf die Gewährung eines Rabattes.

Am 6.2.2009 fand ein Aufklärungsgespräch zwischen dem Auftraggeber und dem Antragsteller statt. Darin wurde auf das Zuschlagskriterium der Gesamtkosten für 5 Musterprojekte hingewiesen und die Möglichkeit eingeräumt, das Angebot bis zum 10.2.2009, 10.00 Uhr, zu verbessern. Weitere Verhandlungen seien nicht mehr vorgesehen, es sei denn, der Gesamtpreis des Angebotes des an 2.Stelle gereihten Bieters weiche unerheblich vom Gesamtpreis des Angebotes des an 3.Stelle gereihten Bieters ab.

Der Antragsteller legte ein verbessertes Angebot. Im mit 9.2.2009 datierten Begleitschreiben wurden wiederum für die einzelnen Musterprojekte die Gesamt netto- und Gesamtbruttopreise aufgelistet. Dazu wurde vom Antragsteller Nachfolgendes ausgeführt:

".....

Angebotsaufstellung	Netto
Brutto	
Musterprojekt 1	
xxxxxxxxxx€	xxxxxxxxxx€
Musterprojekt 2	xxxxxxxxxx€
xxxxxxxxxx€	
Musterprojekt 3	xxxxxxxxxx€
xxxxxxxxxx€	
Musterprojekt 4	xxxxxxxxxx€
xxxxxxxxxx€	
Musterprojekt 5	xxxxxxxxxx€
xxxxxxxxxx€	
Gesamtpreis:	xxxxxxxxxx€
xxxxxxxxxx€	xxxxxxxxxx€

....."

Die dem Angebot des Antragstellers beiliegenden Angebotsformulare zu den einzelnen Musterprojekten enthielten keinen Hinweis auf einen allfälligen Rabatt.

Mit 24.3.2009 wurde dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des ersten präsumtiven Zuschlagsempfängers mit einem Gesamtpreis von € xxx und zu Gunsten des zweiten präsumtiven Zuschlagsempfängers mit €

xxxx bekanntgegeben. Darin wurde ausgeführt, dass das Angebot des Antragstellers damit um € xxx hinter dem wirtschaftlich günstigsten bzw. um € xxx hinter dem wirtschaftlich zweitgünstigsten Angebot liege.

In einem anschließenden Telefonat des Antragstellers mit dem Auftraggeber am 27.3.2009 verwies der Auftraggeber auf Frage des Antragstellers auch darauf, dass sowohl der Eigenaufwand mit dem angegebenen Aufbaustunden mit dem Satz von € xxx multipliziert, als auch ein Tagservicetechniker sowie eine Nachtmontagestunde und eine Sonntags-

und Feiertagsmontagestunde miteingerechnet worden seien. Diese Berechnungsmethode sei bei den Angeboten aller Bieter zur Anwendung gekommen. Zur Frage, warum der 15%ige Rabatt nicht abgezogen worden sei, führte der Auftraggeber aus, dass die Formulierung zum Rabatt einem Abzug entgegenstehe.

Im Schreiben vom 31.3.2009 unterstrich der Antragsteller gegenüber dem Auftraggeber, dass in dem für das Angebot des Antragstellers angeführten Angebotspreis der angebotene Rabatt keine Berücksichtigung gefunden hätte. Der Rabatt komme nach Meinung des Antragstellers jedenfalls zum Tragen, da die Ausschreibung keine Vergabe nach Losen, sondern nur eine Gesamtvergabe aller 5 Musterprojekte mit der geringsten Gesamtpreisumme vorsehe. Dies ergebe sich auch aus der email-Mitteilung vom 19.12.2008. Unter Abzug des gewährten Rabattes liege die Angebotssumme des Antragstellers bei €

xxx. Da die Zuschlagsentscheidung damit auch zu Gunsten des Antragstellers hätte lauten müssen, wäre die Zuschlagsentscheidung vom 24.3.2009 zurückzuziehen und eine neue Zuschlagsentscheidung bekanntzugeben. Mit Schreiben vom 1.4.2009 lehnte der Auftraggeber diese Vorgangsweise ab.

Mit Schriftsatz vom 6.4.2009 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem in Spruch ersichtlichen Begehren ein. Weiters beantragte er die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der mit Bescheid vom 14.4.2009, N/0030-BVA/04/2009-EV8, stattgegeben wurde. Darüber hinaus wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt. Mit Schriftsatz vom 6.4.2009 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem in Spruch ersichtlichen Begehren ein. Weiters beantragte er die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der mit Bescheid vom 14.4.2009, N/0030-BVA/04/2009-EV8, stattgegeben wurde. Darüber hinaus wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Begründend wurde in diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 27.4.2009 im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller in seinem letzten Angebot die Preise für jedes einzelne Musterprojekt angeführt habe. Darüber hinaus habe der Antragsteller im Angebotsübersichtsbogen unter den Beträgen der sich aus der Addition ergebenden Summe noch einen Sonderrabatt in der Höhe von 15% abgezogen. Daraus ergebe sich schließlich die Summe von € xxx als Gesamtpreis.

Entgegen der Ansicht des Auftraggebers sei der Abzug eines solchen Rabattes zulässig. In den Ausschreibungsunterlagen gäbe es keine Bestimmungen, die einen solchen Rabatt verbieten würden. Der 15%-ige Sonderrabatt beziehe sich nicht auf zukünftige Projekte im Rahmen der beiden Rahmenvereinbarungen, sondern eindeutig auf die fünf Musterprojekte. Es sollte ohnehin nur eine Vergabe aller Musterprojekte erfolgen, deren Gesamtkosten als Zuschlagskriterium heranzuziehen seien. Da der Rabatt im Falle eines erfolgreichen Zuschlages gewährt werden würde, wäre er bei einem Preisvergleich abzuziehen. Die vom Auftraggeber vertretende lebensfremde Interpretationslinie, wonach der gewährte Rabatt mit einer Bedingung verknüpft worden wäre, deren Eintritt im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung noch gar nicht bekannt gewesen sei, würde auf die Gewährung eines völlig sinnlosen Rabattes hinauslaufen. Der Auftraggeber versuche das Angebot in eine "absurde Richtung" zu interpretieren.

Der Antragsteller hätte auch den angebotenen 15%-igen Rabatt von der Summe jedes einzelnen Musterprojektes abziehen können, um den Endbetrag von € xxx zu erhalten. Aus Vereinfachungs- und Übersichtlichkeitsgründen seien die 15% erst von der Gesamtsumme abgezogen worden. Dies hätte jedem, der die Ausschreibungsunterlagen kenne, klar sein müssen. Es verwundere umso mehr, dass der Auftraggeber die auch im vorangegangenen Angebot des Antragstellers vom 6.1.2009 gewählte Form des Abzuges des Rabattes in keiner Weise gerügt oder in Frage gestellt habe.

Ziel des Verhandlungsverfahrens sei, für den Auftraggeber das optimale Angebot und damit einen möglichst niedrigen Preis zu erzielen. Die Ablehnung des gewährten Rabattes durch den Auftraggeber können nur so gedeutet werden, dass dem Antragsteller nicht der Zuschlag erteilt werden solle und ein nunmehr konkludent akzeptierter Preisnachlass plötzlich als unzulässig beurteilt werde.

Da im gegenständlichen Verfahren keine Teilvergabe in Teillosen vorgesehen gewesen sei, könne der vom Antragsteller angebotene Rabatt auch nicht als zusätzliche Preisreduktion, die nur unter einer bestimmten Bedingung eintreten solle, interpretiert werden. Geplant sei die Vergabe aller Musterprojekte, sodass der gewährte 15%ige Rabatt nur als bloße Rechnungsgröße, die schließlich zu einem abschließenden Gesamtpreis führe, zu deuten sei. Nur der nach

Abzug des Rabattes angeführte Gesamtpreis stelle den endgültigen Angebotspreis dar.

Auch das vom ersten präsumtiven Zuschlagsempfänger angeführte Argument, dass das Angebot des Antragstellers als Alternativangebot zu werten sei, sei unzutreffend, zumal im gegenständlichen Verfahren keine Teilleistungen ausgeschrieben gewesen seien. Es werde die Summe aller 5 Musterprojekte ohnehin als Zuschlagskriterium für den geringsten Preis herangezogen. Erst nach Addition aller Musterprojekte werde der Rabatt der Einfachheit halber einmal von der Zwischensumme abgezogen. Da der Antragsteller mit einer Gesamtsumme von €

xxx als Billigstbieter zu werten sei, sei die Zuschlagsentscheidung vom 24.3.2009 mit Rechtswidrigkeit behaftet und aufzuheben.

Obwohl das Angebot des Antragstellers in mehreren Verhandlungsrunden akzeptiert worden sei, werde nunmehr vom Auftraggeber überraschenderweise behauptet, dass das Angebot des Antragstellers in Wirklichkeit auszuscheiden gewesen wäre, sodass ihm die Antragslegitimation fehle. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers fehle es dem Antragsteller nicht an der Befugnis. Er verfüge über bestens qualifiziertes Personal. Seit 1997 werde in ganz Europa mit automatischem Warensystem gearbeitet. Dem Antragsteller fehle es auch nicht an den geforderten Referenzen. Die in der Schweiz gegründete A*** habe die E*** übernommen, die bis zu diesem Zeitpunkt die Arbeiten zu den automatischen Warnanlagen beim Auftraggeber durchgeführt habe. In der Folge seien die Arbeiten in den genannten Referenzprojekten in Einvernahme mit dem Auftraggeber durch den Antragsteller durchgeführt worden, sodass auch die Referenzen der E*** vom Antragsteller im Angebot genannt worden seien. Der Übernahme des Rahmenvertrages der E*** durch den Antragsteller habe der Auftraggeber sogar am 5.12.2008 schriftlich zugestimmt. Die im Rahmenvertrag der E*** vereinbarte 24-stündige Reaktionszeit sei auch später durch den Antragsteller eingehalten worden. Diese Reaktionszeit habe sich auf anlagenspezifische Ausfälle und nicht auf Beschädigungen durch Dritte oder fehlerhafte Bedienungen bezogen. Aber auch für diese Fälle sei eine 24-stündige Reaktionszeit bis dato gewährleistet worden.

Der Antragsteller habe niemals die C*** als Subunternehmer namhaft machen wollen. Der Geschäftsführer des Antragstellers habe lediglich mit Frau E*** (Auftraggeber) in einem informellen Gespräch festgehalten, dass in der Praxis im Notfall auch Mitbewerber zur Unterstützung bereit stünden. Es handle sich dabei um keine Bekanntgabe eines Subunternehmers. Ein Subunternehmer sei weder im Angebot des Antragstellers genannt worden, noch habe der Antragsteller sich für den Nachweis der Leistungsfähigkeit auf die Ressourcen der C*** berufen.

Die Musterprojekte würden auch nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen stehen. Die Abrechnung der Vorhaltetage werde immer vom Auftraggeber angegeben und im Begehungsprotokoll abgerechnet. Das Kapitel "Schulung" sei im Rahmen des Verhandlungsverfahrens weggefallen. Ihm komme daher auch im Nachprüfungsverfahren keine Relevanz zu. Zudem habe der Antragsteller bereits Schulungen in Deutschland, in Italien und in Holland durchgeführt.

Die Auspreisung der Stunden für Servicetechniker für die "Nacht" und für "Feiertage" hätte nur dann zu erfolgen, wenn sich Abweichungen von den sonstigen Stundensätzen ergeben würden. Da im Angebot des Antragstellers keine Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeiten zu den sonstigen Stundensätzen vorgesehen seien, wären diese auch nicht vom Antragsteller gesondert anzuführen gewesen. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei nicht die Frage, ob der Antragsteller auszuscheiden gewesen wäre - dies wäre in einem allfälligen eigenen Nachprüfungsverfahren zu behandeln - sondern vielmehr die Frage, ob dem Angebot des Antragstellers mit dem angebotenen Rabatt der Zuschlag erteilt werden müsse. Der Antragsteller habe ein Interesse am Vertragsabschluss und daran, dass das Vergabeverfahren - insbesondere die Bestbieterermittlung - ordnungsgemäß durchgeführt werde. Aufgrund der angeführten Rechtswidrigkeiten belaufe sich derzeit die Mindestschadenssumme auf € xxx, die die für die bisherige Teilnahme des Antragstellers am Vergabeverfahren angefallenen Kosten umfasse. Der entgangene Gewinn belaufe sich auf ca. € xxx. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf rechtskonforme Bestbieterermittlung, auf vergaberechtskonforme Zuschlagserteilung und auf vergaberechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens verletzt.

Mit Schriftsatz vom 9.4.2009 bezifferte der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert mit € xx Millionen. Der ausgeschriebene Auftrag sei nicht Teil eines Gesamtvorhabens. Ein Zuschlag sei weder erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Begründend führte er in diesem Schriftsatz sowie in weiteren Schriftsätzen vom 22.4. 2009 und 8.5.2009 aus, dass der

15%- ige Rabatt im Angebotsschreiben des Antragstellers unter einer Bedingung stehe. Dies ergebe sich bereits aus der Formulierung. Gegenstand des Vergabeverfahrens seien nur 2 Rahmenvereinbarungen mit 2 unterschiedlichen Bietern. Bei einem neuen Projekt müssten sich die beiden Vertragspartner einem erneuten Wettbewerb stellen, wobei das billigste Angebot im erneuten Wettbewerb den Zuschlag für den Einzelauftrag erhalte. Es sei höchst unwahrscheinlich bzw. faktisch gar nicht möglich, dass alle Einzelaufträge und Projekte an den Antragsteller vergeben werden könnten.

Zum Vorbringen des Antragstellers, der angebotene 15%-ige Rabatt beziehe sich auf die fiktiven Preise der 5 Musterprojekte und nicht auf die realen Preise der zukünftigen Projekte der beiden Rahmenvereinbarungen, sei darauf zu verweisen, dass die fünf Musterprojekte lediglich rein fiktive Projekte seien, die nicht umgesetzt werden sollten. Die fünf fiktiven Musterprojekte seien ausschließlich zur Ermittlung des Billigstbieters für den Abschluss der Rahmenvereinbarung erfunden worden, um die Angebote und die darin enthaltenen Realpreise vergleichbar zu machen. Dies ergebe sich bereits aus den erfundenen Bahnhofsnamen und der Tatsache, dass keine Ortsbesichtigung - wie dies nach Abschluss der Rahmenvereinbarung für die realen Folgeprojekte zwingend vorgesehen sei - stattgefunden habe.

Bei dem vom Antragsteller gewährten 15%-igen Rabatt handle es sich ausschließlich um einen fiktiven Rabatt, der keine Aussagekraft habe, da die Musterprojekte niemals zur Ausführung gelangen würden. Der Antragsteller hätte auch einen 80%-igen Rabatt gewähren können, zumal eine Abrufbestellung ohnehin nicht in Frage gekommen sei. Aufgrund fiktiver Rabatte werde die Billigstbieterermittlung ad absurdum geführt. Darüber hinaus brachte der Auftraggeber vor, dass der Antragsteller aus einer Vielzahl von Gründen zwingend auszuschneiden gewesen wäre und es ihm daher an der Antragslegitimation fehle. Gegenstand der Ausschreibung sei die Projektierung, Lieferung, Montage und Vorhaltung sowie die anschließende Demontage der Warneinrichtungen, die das auf der Baustelle tätige Personal vor herannahenden Zügen warnen sollen. Die notwendigen Einschaltpunkte für die Warneinrichtungen seien zu berechnen, damit in der Folge die Annäherung von Schienenfahrzeugen von den sich im Gefahrenraum von Gleisen befindlichen Personen rechtzeitig wahrgenommen werde. Dabei handle es sich um ein reglementiertes Gewerbe iSd § 94 Z 62 GewO 1994 idgF. Bei dem vom Antragsteller gewährten 15%-igen Rabatt handle es sich ausschließlich um einen fiktiven Rabatt, der keine Aussagekraft habe, da die Musterprojekte niemals zur Ausführung gelangen würden. Der Antragsteller hätte auch einen 80%-igen Rabatt gewähren können, zumal eine Abrufbestellung ohnehin nicht in Frage gekommen sei. Aufgrund fiktiver Rabatte werde die Billigstbieterermittlung ad absurdum geführt. Darüber hinaus brachte der Auftraggeber vor, dass der Antragsteller aus einer Vielzahl von Gründen zwingend auszuschneiden gewesen wäre und es ihm daher an der Antragslegitimation fehle. Gegenstand der Ausschreibung sei die Projektierung, Lieferung, Montage und Vorhaltung sowie die anschließende Demontage der Warneinrichtungen, die das auf der Baustelle tätige Personal vor herannahenden Zügen warnen sollen. Die notwendigen Einschaltpunkte für die Warneinrichtungen seien zu berechnen, damit in der Folge die Annäherung von Schienenfahrzeugen von den sich im Gefahrenraum von Gleisen befindlichen Personen rechtzeitig wahrgenommen werde. Dabei handle es sich um ein reglementiertes Gewerbe iSd Paragraph 94, Ziffer 62, GewO 1994 idgF.

Gemäß § 129 Abs 4 leg cit gehöre zum Bewachungsgewerbe auch die Tätigkeit der Sicherung und Regelung des Personen- und Fahrzeugverkehrs auf Baustellen. Der Antragsteller habe ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und eine Niederlassung in Deutschland. Erst im Fall des erfolgreichen Vertragsabschlusses beabsichtige der Antragsteller, die technische Bearbeitung von einer erst in Österreich neu zu eröffnenden Niederlassung durchzuführen. Für die Niederlassung in Deutschland liege eine Kopie einer Gewerbeanmeldung für den Gewerbetätigkeitsbereich "Lagertätigkeit" vor. Als Betriebsart werde "Handel" angeführt. Der Antragsteller verfüge damit weder über eine Gewerbeberechtigung gemäß § 94 Z 62 GewO 1994 idgF noch über einen Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheid. Ein solcher für Unternehmen aus der Schweiz erforderlicher Bescheid sei auch nicht zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe beantragt worden. Das Angebot des Antragstellers wäre daher gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVergG zwingend auszuschneiden gewesen. Gemäß Paragraph 129, Absatz 4, leg cit gehöre zum Bewachungsgewerbe auch die Tätigkeit der Sicherung und Regelung des Personen- und Fahrzeugverkehrs auf Baustellen. Der Antragsteller habe ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und eine Niederlassung in Deutschland. Erst im Fall des erfolgreichen Vertragsabschlusses beabsichtige der Antragsteller, die technische Bearbeitung von einer erst in Österreich neu zu eröffnenden Niederlassung durchzuführen. Für die Niederlassung in Deutschland liege eine Kopie einer Gewerbeanmeldung für den Gewerbetätigkeitsbereich "Lagertätigkeit" vor. Als Betriebsart werde "Handel" angeführt.

Der Antragsteller verfüge damit weder über eine Gewerbeberechtigung gemäß Paragraph 94, Ziffer 62, GewO 1994 idgF noch über einen Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheid. Ein solcher für Unternehmen aus der Schweiz erforderlicher Bescheid sei auch nicht zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe beantragt worden. Das Angebot des Antragstellers wäre daher gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zwingend auszuschneiden gewesen.

Darüber hinaus verfüge der Antragsteller auch nicht über die erforderlichen Referenzen für die technische Leistungsfähigkeit iSv Punkt 1.11.4 der Teilnahmeantragsunterlagen. Es seien darin zwar keine ausdrücklichen Mindestvorgaben für Referenzen festgelegt. An der fehlenden Eignung des Antragstellers ändere dies jedoch nichts, da es ihm an der für die Auftragsausführung erforderlichen Erfahrungen und Leistungsfähigkeit fehle. Der Antragsteller habe im Teilnahmeantrag ausschließlich vier, vom Auftraggeber beauftragte Referenzprojekte genannt, die nicht vom Antragsteller, sondern ausschließlich von der in Deutschland niedergelassenen E*** durchgeführt worden seien. Die zu vergebenden Rahmenvereinbarungen würden sehr kurze Fristen für die Abrufmodalitäten und für die Erbringung der konkreten Sicherheitsleistung vorsehen. Die Hinweise des Antragstellers im Angebotsbegleitschreiben vom 21.11.2008 und sinngemäß auch im Teilnahmeantrag vom 7.10.2008 seien so zu verstehen, dass der Antragsteller bis zur geplanten Eröffnung seiner Niederlassung in Österreich mit Hilfe eines Subunternehmers, und zwar der C*** zu erfüllen, beabsichtige, welche jedoch nicht gemäß § 257 Abs 1 Z 2 BVergG bekannt gegeben worden sei. Bis zur Eröffnung der Niederlassung in Österreich verfüge der Antragsteller nicht über die entsprechende technische Leistungsfähigkeit. Auch fehle es an einer verbindlichen Subunternehmerzusage. Nach Rückfrage beim Unternehmer C*** habe dieses Unternehmen mit beiliegendem Schreiben vom 8.4.2009 bekannt gegeben, bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder als Subunternehmer zu agieren, noch eine sonstige Kooperationsvereinbarung mit dem Unternehmen A*** zur Erbringung von Serviceleistungen im Zusammenhang mit der Ausschreibung "Miete mobiler technischer Warneinrichtungen" in Österreich abgeschlossen zu haben. Darüber hinaus verfüge der Antragsteller auch nicht über die erforderlichen Referenzen für die technische Leistungsfähigkeit iSv Punkt 1.11.4 der Teilnahmeantragsunterlagen. Es seien darin zwar keine ausdrücklichen Mindestvorgaben für Referenzen festgelegt. An der fehlenden Eignung des Antragstellers ändere dies jedoch nichts, da es ihm an der für die Auftragsausführung erforderlichen Erfahrungen und Leistungsfähigkeit fehle. Der Antragsteller habe im Teilnahmeantrag ausschließlich vier, vom Auftraggeber beauftragte Referenzprojekte genannt, die nicht vom Antragsteller, sondern ausschließlich von der in Deutschland niedergelassenen E*** durchgeführt worden seien. Die zu vergebenden Rahmenvereinbarungen würden sehr kurze Fristen für die Abrufmodalitäten und für die Erbringung der konkreten Sicherheitsleistung vorsehen. Die Hinweise des Antragstellers im Angebotsbegleitschreiben vom 21.11.2008 und sinngemäß auch im Teilnahmeantrag vom 7.10.2008 seien so zu verstehen, dass der Antragsteller bis zur geplanten Eröffnung seiner Niederlassung in Österreich mit Hilfe eines Subunternehmers, und zwar der C*** zu erfüllen, beabsichtige, welche jedoch nicht gemäß Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bekannt gegeben worden sei. Bis zur Eröffnung der Niederlassung in Österreich verfüge der Antragsteller nicht über die entsprechende technische Leistungsfähigkeit. Auch fehle es an einer verbindlichen Subunternehmerzusage. Nach Rückfrage beim Unternehmer C*** habe dieses Unternehmen mit beiliegendem Schreiben vom 8.4.2009 bekannt gegeben, bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder als Subunternehmer zu agieren, noch eine sonstige Kooperationsvereinbarung mit dem Unternehmen A*** zur Erbringung von Serviceleistungen im Zusammenhang mit der Ausschreibung "Miete mobiler technischer Warneinrichtungen" in Österreich abgeschlossen zu haben.

Sämtliche im Teilnahmeantrag vom 7.10.2008 genannten Referenzprojekte des Antragstellers seien zwischen dem Auftraggeber und der E*** abgeschlossen worden und daher das zuletzt genannte Unternehmen, Vertragspartner des Auftraggebers und Auftragnehmer gewesen. Zwar habe der Antragsteller den Auftraggeber mit Schreiben vom 15.5.2008 von der Übernahme der E*** informiert und erklärt, die Rahmenvereinbarung zu den gleichen Bedingungen, Rechten und Pflichten wie die E*** zu übernehmen. Der Auftraggeber habe aber erst am 28.11.2008 der Übernahmserklärung mit Wirkung 1.1.2009 zugestimmt. Der für die Beurteilung des Vorliegens der technischen Leistungsfähigkeit relevante Zeitpunkt, nämlich die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sei jedoch davor gelegen. Die Referenzen der E*** seien daher nicht dem Antragsteller zuzurechnen. Die Erklärungen des Antragstellers zu den genannten vier Referenzprojekten seien somit als falsch zu beurteilen. Dies gelte auch für die falsche Auskunft betreffend die Subunternehmerzusage des Unternehmens C***. In beiden Fällen treffe den Antragsteller Schuld an der falschen Erklärung, sodass sich der Antragsteller bei der Erteilung von Auskünften in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht habe. Ein Ausschlussgrund gemäß § 229 Abs 1 Z 7 BVergG liege damit vor. Sämtliche im Teilnahmeantrag vom 7.10.2008 genannten Referenzprojekte des Antragstellers seien zwischen dem Auftraggeber und

der E*** abgeschlossen worden und daher das zuletzt genannte Unternehmen, Vertragspartner des Auftraggebers und Auftragnehmer gewesen. Zwar habe der Antragsteller den Auftraggeber mit Schreiben vom 15.5.2008 von der Übernahme der E*** informiert und erklärt, die Rahmenvereinbarung zu den gleichen Bedingungen, Rechten und Pflichten wie die E*** zu übernehmen. Der Auftraggeber habe aber erst am 28.11.2008 der Übernahmserklärung mit Wirkung 1.1.2009 zugestimmt. Der für die Beurteilung des Vorliegens der technischen Leistungsfähigkeit relevante Zeitpunkt, nämlich die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sei jedoch davor gelegen. Die Referenzen der E*** seien daher nicht dem Antragsteller zuzurechnen. Die Erklärungen des Antragstellers zu den genannten vier Referenzprojekten seien somit als falsch zu beurteilen. Dies gelte auch für die falsche Auskunft betreffend die Subunternehmerzusage des Unternehmens C***. In beiden Fällen treffe den Antragsteller Schuld an der falschen Erklärung, sodass sich der Antragsteller bei der Erteilung von Auskünften in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht habe. Ein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG liege damit vor.

Außerdem würden Musterprojekte des Antragstellers den zwingenden Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen widersprechen. Es sei bei den Musterprojekten anzugeben gewesen, in welcher Entfernung zur Baustelle, welche und wie viele Einschaltkontakte bzw. Wiederholungskontakte an den Gleisen zu montieren seien. Entgegen den Vorgaben seien dem Antragsteller beim Musterprojekt 1 schwere sicherheitsrelevante Fehler unterlaufen.

Der Antragsteller habe bei Musterprojekt 1 einen Einschaltkontakt (EB1) bei Kilometer 29,904 vorgesehen, wodurch sich eine Distanz von lediglich 1050 Metern vom Baustellenbeginn bei Kilometer 30,954 errechne. Diese Distanz stehe im Widerspruch zur zwingend vorgegebenen Räumzeit von 35 Sekunden. Gemäß der einen Teil der Ausschreibungsunterlagen bildenden Richtlinie für Arbeitnehmerschutz bei der ÖBB sei bei einer Geschwindigkeit von 120 km/h und einer Gesamträumzeit von 35 Sekunden ein Abstand von 1170 Metern zwischen Einschaltkontakt und Baustellenbeginn vorgegeben. Beim Musterprojekt 1 des Antragstellers errechne sich lediglich ein Abstand von 1050 Metern, sodass von einer Verkürzung der Räumzeit und der Gefährdung des Baustellenpersonals auszugehen sei. Dies habe auch der Antragsteller im letzten Angebot vom 9.2.2009 ausdrücklich zugegeben und damit begründet, dass bereits auf verschiedenen Baustellen der ÖBB in Absprache mit den Sicherheitsverantwortlichen so gearbeitet würde. Für das Musterprojekt seien jedoch ausschließlich die Vorgaben aus den Ausschreibungsunterlagen für die Projektierung entscheidend. Beim Musterprojekt 2 sei laut Ausschreibungsvorgaben ein Baustellenbeginn bei Kilometer 3.100 vorgesehen. Der herannahende Zug habe eine Geschwindigkeit von 100 km/h. Laut Begehungsprotokoll sei eine Räumzeit von 35 Sekunden vorgesehen. Der Antragsteller habe in seinem Musterprojekt einen Einschaltkontakt (ED2) bei Kilometer 2.120 vorgesehen, damit eine Distanz von 980 Meter vom Beginn der Baustelle bei Kilometer 3.100. Diese Distanz stehe aber im Widerspruch zur zwingend vorgegebenen Räumzeit von 35 Sekunden. Auf Grund der Tabelle der Richtlinie für den Arbeitnehmerschutz, die bei einer Geschwindigkeit von 100 km/h eine Gesamträumzeit von 35 Sekunden vorsieht, ergebe sich ein Abstand von 970 Metern zwischen Einschaltkontakt und Baustelle. Der vom Antragsteller errechnete Abstand von 980 Metern entspreche daher nicht den Vorgaben des Auftraggebers.

Der Antragsteller habe im letzten Angebot vom 9.2.2009 ausdrücklich eingeräumt und sogar zugegeben, weitere 3 Einschaltkontakte im Musterprojekt 2 mit 980 Metern falsch berechnet zu haben. Die Projektierung sei auf Basis der Tabelle der Deutschen Bundesbahn erfolgt. Nach Ansicht des Auftraggebers seien nicht die Tabelle der Deutschen Bundesbahn, sondern ausschließlich die Vorgaben der Ausschreibung zur Projektierung maßgeblich. Außerdem sei vom Antragsteller der Plan zum Musterprojekt 2 "verdreht" und damit seitenverkehrt dem Angebot beigelegt worden. Schon dieser Umstand stehe im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen und führe zum Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers.

Mit e-mail-Mitteilung vom 10.11.2008 sei der Einschaltbereich (EA12) zwischen Kilometer 4.950 und 5.250 vorgegeben worden. Der Antragsteller habe jedoch den Einschaltbereich in seinem Angebot bei Kilometer 4.248 festgelegt und dies auch in seinem Angebot vom 9.2.2009 ausdrücklich bestätigt. Das Angebot des Antragstellers sei auch aus diesem Grund zwingend auszuschneiden gewesen. Gemäß den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen sei die Abrechnung der montierten und einsatzbereiten Warneinrichtungen während des Sicherheitszeitraumes zu einem Tagsatz abzurechnen. Der Zeitraum zwischen der Anlieferung und Montage der Warneinrichtungen und dem Beginn des Sicherheitszeitraumes sei im Rahmen der "Servicekosten (pauschal)" abzurechnen. Im Gegensatz zu diesen Vorgaben habe der Antragsteller in seinem Angebot vom 9.2.2009 ausgeführt, dass für den Zeitraum zwischen Anlieferung und Beginn des Sicherheitszeitraumes auch ein Tagsatz zu bezahlen sei.

Für die Abgabe des Erstangebotes am 21.11.2008 sei die Ausbildung von Monteuren, Bedienern und Projektanten vorgesehen gewesen, wobei in der Anfragebeantwortung vom 4.11.2008 vorgegeben gewesen sei, dass bei einer Schulung durch Dritte die Gleichwertigkeit mit einer Herstellerausbildung nachzuweisen sei. Das Angebot des Antragstellers vom 21.11.2008 habe keine Schulung durch Hersteller der angebotenen Warneinrichtung umfasst. Vielmehr sei die Schulung durch in Europa zugelassene Ausbildungsträger für den jeweiligen AWS-Typ - zum Beispiel dem G*** (G***), oder dergleichen angeboten worden. Eine solche Schulung sei jedoch nicht gleichwertig, da es keine "Europäische Zulassung" von Ausbildungsträgern gebe. Der H*** bilde jedoch nach deutschen Regeln aus und thematisiere nicht die österreichischen Regeln. Die Gleichwertigkeit mit der Herstellerausbildung sei damit nicht fristgerecht nachgewiesen worden, zumal im Angebot des Antragstellers auch keine konkreten Ausbildungsträger genannt worden seien. Das Angebot des Antragstellers sei daher auch gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG zwingend auszuschneiden gewesen. Wie sich auch aus der Anfragebeantwortung vom 20.11.2008 ergebe, habe jeder Bieter in seinem Angebot für jedes Musterprojekt Zuschläge für eine Stunde für die Montage an Sonn- und Feiertagen bzw. in den Nächten auszureisen gehabt. Dies habe jedoch der Antragsteller sowohl in seinem verbesserten Angebot vom 6.1.2009 als auch in seinem nach der Aufklärung abgegebenen, letzten Angebot vom 9.2.2009 unterlassen, sodass auch aus diesem Grund das Angebot des Antragstellers gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG zwingend auszuschneiden gewesen wäre.

Für die Abgabe des Erstangebotes am 21.11.2008 sei die Ausbildung von Monteuren, Bedienern und Projektanten vorgesehen gewesen, wobei in der Anfragebeantwortung vom 4.11.2008 vorgegeben gewesen sei, dass bei einer Schulung durch Dritte die Gleichwertigkeit mit einer Herstellerausbildung nachzuweisen sei. Das Angebot des Antragstellers vom 21.11.2008 habe keine Schulung durch Hersteller der angebotenen Warneinrichtung umfasst. Vielmehr sei die Schulung durch in Europa zugelassene Ausbildungsträger für den jeweiligen AWS-Typ - zum Beispiel dem G*** (G***), oder dergleichen angeboten worden. Eine solche Schulung sei jedoch nicht gleichwertig, da es keine "Europäische Zulassung" von Ausbildungsträgern gebe. Der H*** bilde jedoch nach deutschen Regeln aus und thematisiere nicht die österreichischen Regeln. Die Gleichwertigkeit mit der Herstellerausbildung sei damit nicht fristgerecht nachgewiesen worden, zumal im Angebot des Antragstellers auch keine konkreten Ausbildungsträger genannt worden seien. Das Angebot des Antragstellers sei daher auch gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zwingend auszuschneiden gewesen. Wie sich auch aus der Anfragebeantwortung vom 20.11.2008 ergebe, habe jeder Bieter in seinem Angebot für jedes Musterprojekt Zuschläge für eine Stunde für die Montage an Sonn- und Feiertagen bzw. in den Nächten auszureisen gehabt. Dies habe jedoch der Antragsteller sowohl in seinem verbesserten Angebot vom 6.1.2009 als auch in seinem nach der Aufklärung abgegebenen, letzten Angebot vom 9.2.2009 unterlassen, sodass auch aus diesem Grund das Angebot des Antragstellers gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zwingend auszuschneiden gewesen wäre.

Aus dem dem Schriftsatz des Auftraggebers beiliegenden Schreiben der C*** vom 8.4.2009 geht hervor, dass zwischen der C*** und der A*** zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder eine Subunternehmer- noch eine sonstige Kooperationsvereinbarung bestehe, die eine Erbringung von Serviceleistungen im Zusammenhang mit der Ausschreibung "Miete mobile technische Warneinrichtungen" in Österreich zum Gegenstand hätte.

Mit Schriftsatz vom 17.4.2009 brachte der 1. präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen ein. In diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 8.5.2009 brachte der 1. präsumtive Zuschlagsempfänger vor, dass der vom Antragsteller gewährte Sonderrabatt in der Angebotswertung keine Berücksichtigung finden dürfe, da es sich um einen unter einer Bedingung stehenden Rabatt handle. Der Preisnachlass gelte nur unter der Bedingung, dass alle 5 Musterprojekte an den Antragsteller vergeben werden würden. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen werde jedoch die Rahmenvereinbarung mit 2 Bietern "ohne fixer Mengenbindung" abgeschlossen. Eine ausdrückliche Mindestabnahmeverpflichtung sei nicht vorgesehen. Die Vergabe der konkreten Aufträge erfolge zudem gemäß den Ausschreibungsunterlagen erst nach einem erneuten Wettbewerb.

Das Angebot des Antragstellers sei daher als unzulässiges Alternativangebot zu werten. Aus der Formulierung zum Rabatt im Angebot des Antragstellers ergebe sich, dass der Abzug des Rabattes bewusst erst von der Zwischensumme erfolgt sei, da der Rabatt laut Angebot nur bei erfolgreicher Vergabe aller Projekte vom Antragsteller gewährt werde. Würde hingegen der Antragsteller den Rabatt für jedes einzelne Musterprojekt abziehen, so wäre der Rabatt unabhängig davon zu berücksichtigen, ob der Antragsteller alle oder nur einzelne Musterprojekte erhalte. Die Vergabe aller Musterprojekte sei jedoch völlig offen, da die Vergabe der konkreten Aufträge erst nach erneutem Wettbewerb erfolge.

Schon allein die Bezeichnung "Muster" für die einzelnen Musterprojekte zeige, dass der Auftraggeber nie geplant habe, auch nur ein einziges Musterprojekt zu beauftragen. Vielmehr diene die Auspreisung dieser Musterprojekte nur dem Zweck der Vergleichbarkeit der Angebote. Die vom Antragsteller festgelegten Bedingungen für die Rabattgewährung würden nicht eintreten, sodass auch der unter diesen Bedingungen stehende Rabatt nicht berücksichtigt werden könne.

In den Ausschreibungsunterlagen sei kein Formular für eine Gesamtsumme der einzelnen Musterprojekte enthalten. Auch dies zeige deutlich, dass das Anbieten einer Preissumme samt Sonderrabatt für alle Musterprojekte in der Ausschreibung nicht vorgesehen gewesen sei. Zudem weiche der Antragsteller bei einem bedingten Rabatt von 15 % von den Festlegungen der Ausschreibung ab, da der Mietpreis Vorhaltung/Tag für die Musterprojekte um 15 % geringer sei, als jener, der sich aus den Preisen des Leistungsverzeichnisses ergeben würde. Nach der Judikatur und Literatur sei ein so genannter "Paketabschlag" in Form eines Nachlasses für den Fall, dass mehrere Leistungsteile im Paket an einen Bieter vergeben würden, als Alternativangebot zu werten. Nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für Anlagenbau Ausgabe 01.27 sei gemäß 1.3.3 ein Alternativangebot unzulässig und damit jedenfalls auszuschneiden. Dem Antragsteller fehle es daher an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der angefochtenen Entscheidung.

Darüber hinaus kämen zum genannten Ausscheidungsgrund noch weitere Ausscheidungsgründe, die im Schriftsatz des Auftraggebers konkret dargelegt worden seien. Mit der Bagatellisierung dieser Ausscheidungsgründe verkenne der Antragsteller die Rechtslage. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei jedenfalls von einer fehlenden Antragslegitimation des Antragstellers zur Bekämpfung der angefochtenen Entscheidung auszugehen, wenn sein Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Dem Bieter könne kein Schaden, der eine Antragsvoraussetzung für den Nachprüfungsantrag darstelle, entstehen oder drohen. Die Nachprüfungsbehörde sei befugt, bei hinreichend konkreten Einwendungen einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre.

In der mündliche Verhandlung am 5.6.2009 gab der als Zeuge einvernommene D*** an, Geschäftsführer der E*** und Direktor bei der A*** zu sein. Die Warnanlagen würden unter anderem von der C*** zugekauft. Von den Herstellerunternehmen werde auch die Wartung der Warnanlagen des Antragstellers durchgeführt. Dies treffe auch auf die Warnanlagen der I*** zu. Im Fall des Abschlusses der Rahmenvereinbarung werde in Österreich eine Niederlassung begründet. Für den vorhergehenden Überbrückungszeitraum werde zur Betreuung der Störfälle eine Person in Österreich stationiert. Es sei auch möglich, dass im Störfall Personal der C*** für das Projekt des Antragstellers für die abzuschließende Rahmenvereinbarung herangezogen werde. Dies gelte auch für das Personal der anderen Herstellerfirmen der Warnanlagen des Antragstellers.

Für den Zeitraum nach der Niederlassungsgründung führte der Zeuge aus, dass zwar sämtliche Arbeiten von Österreich aus erledigt würden. Bei Störfällen könne jedoch nach wie vor auf die Herstellerfirmen zurückgegriffen werden. Die Geräte seien nämlich teilweise verplombt und könnten daher nur vom Hersteller geöffnet und repariert werden. Bei Störfällen außerhalb der verplombten Geräte könnte auf eigenes Personal zurückgegriffen werden. Das informelle Gespräch mit Frau F*** (Auftraggeber), wonach im Notfall immer auf Mitbewerber zurückgegriffen werden könne, sei in dem Sinne zu verstehen, dass eben bei Störfällen mit verplombten Geräten auf das Personal der C*** zurückgegriffen werde. Die E*** habe bei der bisherigen Abwicklung der Rahmenvereinbarung einmal die Herstellerfirma zur Behebung des Störfalles herangezogen. Im Regelfall werde das verplombte Warngerät im Störfall ausgetauscht und aus Zeitgründen an die Herstellerfirma zur Reparatur geschickt. In der Folge könne das reparierte Gerät wieder zur Erfüllung der Leistungen herangezogen werden. Zu dem den Parteien zur Einsicht überreichten Schreiben vom 8.4.2009 bestätigte der Zeuge, dass mit der C*** keine Kooperationsvereinbarung bestehe. Im Störfall komme jedenfalls ein Mitarbeiter der C***, wenn es notwendig sei. Nach Angaben des Herstellers funktioniere das Warngerät 12 Monate störungsfrei. Danach werde es zur Wartung zum Hersteller geschickt und komme in Folge wieder zum Einsatz. Bei der für die Rahmenvereinbarung vorgesehenen Reaktionszeit (12 Stunden bzw 5 Stunden) komme die Herstellerfirma - wie beispielsweise die C*** - zur Baustelle und repariere das Gerät. Die gelte auch für die Herstellerfirma I***, mit der es auch keine Kooperationsvereinbarung gebe.

Nach Meinung des Zeugen sei auf Grund des Kaufvertrages die Herstellerfirma verpflichtet, bei einem Störfall zu kommen. Allerdings könne keine rechtlich verbindliche Erklärung dafür vorgelegt werden, dass der Hersteller der Warngeräte im Störfall jedenfalls zur Reparatur auf die Baustelle in Österreich komme. Eine solche Garantie könne für

die Hersteller hinsichtlich der Frist (12 Stunden/5 Stunden) nicht gegeben werden. Aus der bisherigen Erfahrung könne auf einen Fall verwiesen werden, in dem der Hersteller der Warneinrichtung zur Baustelle gekommen sei, um das Warngerät zu reparieren. Dies gehe auf die Produkthaftungsverpflichtung zurück. Das Gerät sei vom Hersteller mitgenommen und repariert und wieder zur Baustelle zurückgebracht worden.

Der Antragsteller führte aus, dass ursprünglich ein Kaufvertrag zu den Warneinrichtungen zwischen der C*** und der J*** abgeschlossen worden sei. In diesen Vertrag sei die E*** eingetreten und in der Folge von der A*** übernommen worden. Die AGBs des Herstellers würden eine Gewährleistungspflicht für die Warngeräte vorsehen, welche auch nunmehr für die A*** gelte. Es handle sich um ein zwischen der A*** und dem jeweiligen Hersteller bestehendes Lieferantenverhältnis und um kein Subunternehmerverhältnis. Die Unterlassung der rechtzeitigen Nennung eines Subunternehmers wie der C*** oder der I*** könne daher keinen Ausscheidensgrund darstellen. Zur Ausführung des Antragstellers, dass die letzten 50 KWA und CD von 2003 bis 2009 gekauft worden seien, weist der Auftraggeber darauf hin, dass die Gewährleistungsfrist von zumindest einem Teil der 50 KWA und CD Anlagen bereits abgelaufen sei. Der das Vorbringen des Antragstellers zu den Kaufverträgen bestreitende Auftraggeber stellte das Vorbringen des Antragstellers zur Reparatur- und Wartungspflicht in Frage und forderte die Vorlage der diesbezüglichen Unterlagen durch den Antragsteller. Dieser behielt sich eine solche Vorlage vor.

Während der Antragsteller davon ausging, dass die E*** GmbH nicht mehr als juristische Person existiere, da im Mai 2008 die Löschung der E*** GmbH in Deutschland am Amtsgericht beantragt worden sei, existiere nach Aussage des Zeugen D*** die E*** als juristische Person nach wie vor. Es handle sich dabei jedoch nur noch um eine "Hülle". Es könnten jedoch noch Verträge abgeschlossen werden. Das Personal sei von der A*** übernommen worden. In dem bis zum 31.12.2008 gültigen Rahmenvertrag sei von der E***

GmbH ein 8%-iger Rabatt geboten worden. Dieser Vertrag sei von der A*** mit 1.1.2009 übernommen worden. Unter "erfolgreicher Vergabe aller Projekte" seien im Hinblick auf den Rabatt alle Musterprojekte und alle zukünftigen Projekte gemeint. Die Musterprojekte seien fiktive Projekte. Nach Frage des Antragstellers führte der Zeuge aus, dass die 15%-Rabatt im Schreiben vom 6.1.2009 und 9.2.2009 in dem Sinne zu verstehen seien, dass diese 15% von der Gesamtsumme der 5 Musterprojekte in Abzug gebracht würden.

Zum Hinweis des Auftraggebers auf den Widerspruch im Vorbringen des Antragstellers im Schriftsatz vom 27.4.2009 unterstrich der Antragsteller, dass der Zeuge zuletzt ausgesagt habe, dass sich der 15%-ige Rabatt auf die Gesamtsumme der 5 Musterprojekte beziehe. Es handle sich dabei um ein Zuschlagskriterium. Ein allfälliger Widerspruch könne dahingestellt bleiben.

Am 8.6.2009 stellte das Bundesvergabeamt an die vom Antragsteller genannten Herstellerunternehmen der Warngeräte, C*** und I*** GmbH, die Anfrage, ob im Rahmen der Gewährleistung, der Garantie, der Produkthaftung oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Bekanntgabe eines Defektes des verkauften Warngerätes durch den Antragsteller die genannten Herstellerunternehmen bei einer Reaktionszeit von 12 bzw 5 Stunden zum Einsatzort des defekten Gerätes kämen, um dieses zu reparieren.

Die in der Schweiz niedergelassene C*** verwies dazu im Antwortschreiben vom 8.6.2009 auf ihre jährliche Überprüfung der Minibel 95 Geräte der Klasse A in ihrem schweizer Werk in Reiden auf Rechnung der Kunden. Eine Instandsetzung der Minibel 95 Geräte auf der Baustelle erfolge immer durch Ersatz der schadhaften Geräte und Instandsetzung im Werk in Reiden, an die die üblichen Tests - wie bei der Instandhaltung - angeschlossen werden. Aus den AGB 2006 ergebe sich die Verpflichtung der C***, alle Minibel Produkte, welche infolge schlechten Materials, fehlerhafter Konstruktion oder mangelhafter Ausführung während der Gewährleistungsfrist schadhaft oder unbrauchbar würden, so rasch als möglich nach eigener Wahl nachzubessern oder zu ersetzen. Die C*** trage die in ihrem Werk anfallenden Kosten der Nachbesserung. Die auf der Baustelle auftretenden Defekte könnten durch Gerätetausch oder Reparatur der Verkabelung oder Tausch der Glühbirnen auch durch die C*** behoben werden. Dazu bedürfe es eines schriftlichen Auftrages. Solche über die Produkthaftung hinausgehenden Arbeiten seien kostenpflichtig und würden als zusätzliche Dienstleistung nach Aufwand verrechnet. Über die Reaktionszeit eines solchen Einsatzes könne keine Aussage getroffen werden. Es bestehe keine vertragliche Verpflichtung mit der A***.

Die von der C*** angebotene Dienstleistung M2S Services, in deren Rahmen in kürzester Reaktionszeit das Personal die höchste Verfügbarkeit der Minibel 95 Anlagen garantiere, könne für ein Projekt oder für ein Zeitfenster eingekauft werden. In diesem Fall stehe aber die C*** in Konkurrenz mit dem Antragsteller.

Dem Antwortschreiben der C*** lagen auch Bestimmungen über den Kauf und Einsatz von Minibel Produkten und Dienstleistungen bei, aus denen sich eine Gewährleistungsfrist für neue Minibel Produkte von 12 Monaten ergab. Für alle übrigen Lieferungen und Leistungen - wie beispielsweise Instandsetzung - betrage die Gewährleistungsfrist 3 Monate ab erbrachter Leistung oder ab Auslieferung des instandgesetzten Minibel Produktes. Gewährleistungsmängel seien schriftlich anzuzeigen. Verspätete Mängelrügen würden zur Verwirkung führen.

Die in Deutschland niedergelassene I*** GmbH teilte im Antwortschreiben vom 8.6.2009 mit, dass die Gewährleistung für die an die J*** gelieferten Anlagen bereits ausgelaufen sei. Aus den beigelegten Garantiebedingungen ergebe sich, dass Garantie für 24 Monate nach Lieferung gewährt werde, wobei kostenloser Ersatz für fehlerhafte Konstruktionen oder fehlerhaftes Material ab Werk XXX geliefert werde. Zu den im Werk XXX erfolgenden Reparaturen sei das Gerät frachtfrei anzuliefern. Zwar würde der Kunde im Störfall nach Möglichkeit unterstützt, eine zeitliche Beschränkung von 12 bzw 5 Stunden könne nur im Ausnahmefall nach Kundenabsprache, die es mit dem Antragsteller nicht gebe, durchgeführt werden. Aus den beiliegenden Garantiebedingungen ergab sich weiter, dass die Garantie keine Montagen vor Ort an Geräten umfasse. Diese würden einschließlich Fahrtkosten nach Aufwand berechnet. Die in Deutschland niedergelassene I*** GmbH teilte im Antwortschreiben vom 8.6.2009 mit, dass die Gewährleistung für die an die J*** gelieferten Anlagen bereits ausgelaufen sei. Aus den beigelegten Garantiebedingungen ergebe sich, dass Garantie für 24 Monate nach Lieferung gewährt werde, wobei kostenloser Ersatz für fehlerhafte Konstruktionen oder fehlerhaftes Material ab Werk römisch 30 geliefert werde. Zu den im Werk römisch 30 erfolgenden Reparaturen sei das Gerät frachtfrei anzuliefern. Zwar würde der Kunde im Störfall nach Möglichkeit unterstützt, eine zeitliche Beschränkung von 12 bzw 5 Stunden könne nur im Ausnahmefall nach Kundenabsprache, die es mit dem Antragsteller nicht gebe, durchgeführt werden. Aus den beiliegenden Garantiebedingungen ergab sich weiter, dass die Garantie keine Montagen vor Ort an Geräten umfasse. Diese würden einschließlich Fahrtkosten nach Aufwand berechnet.

Nach Übermittlung der Anfrage des Bundesvergabeamtes und der Antwortschreiben der C*** und der I*** GmbH führte der Antragsteller mit Schriftsatz vom 10.6.2009 aus, dass die Möglichkeit, neben dem fristgerechten Einschreiten von eigenen Mitarbeitern vor Ort im Notfall auch auf Personal der Herstellerunternehmen zurückzugreifen, nur als freiwillige, zusätzliche Ergänzung gedacht gewesen sei. Es handle sich um absolute Notfälle und eine ergänzende Maßnahme, nicht jedoch um einen Ersatz für ein rechtzeitiges Einschreiten der Mitarbeiter des Antragstellers im Störfall innerhalb der Reaktionszeit.

Durch die Niederlassungsgründung sei es jederzeit möglich, die Reaktionszeit auch ohne vorherige Absprache durch den Einsatz der eigenen Mitarbeiter einzuhalten. Die 5-stündige Reaktionszeit sei durch vor Ort eingesetzte Mitarbeiter gewährleistet. Auch in der Vergangenheit habe der Antragsteller Störungen fristgerecht behoben. Eine Mitteilung an die Hersteller sei nicht erforderlich, da der Antragsteller selbst durch ausreichende Vorhaltung von Ersatzgeräten die K*** wieder in Grundstellung bringen könne.

Die zu den Herstellern zählende C*** und die I*** GmbH, die "präsumtive Zuschlagsempfänger" seien, würden auf der Baustelle selbst keine Reparaturen an den verplombten Geräten durchführen, sondern die Geräte austauschen. Damit würde auch "der präsumtive Zuschlagsempfänger" in solchen Fällen die Reaktionszeit nicht einhalten. Im Sinne der Gleichbehandlung wären daher auch "der präsumtive Zuschlagsempfänger" auszuscheiden, da auch dieser auf Grund allenfalls nicht rechtzeitiger Reparatur in jedem Fall das Gerät an das Herstellerwerk zu liefern hätte. Der präsumtive Bestbieter erklärte selbst, dass er Reparaturen nur im Werk XX durchführe. Auch in diesem Fall wäre die Einhaltung der Reaktionszeit nicht möglich. Die Zuschlagsentscheidung sei daher aus diesem Grunde für nichtig zu erklären. Die zu den Herstellern zählende C*** und die I*** GmbH, die "präsumtive Zuschlagsempfänger" seien, würden auf der Baustelle selbst keine Reparaturen an den verplombten Geräten durchführen, sondern die Geräte austauschen. Damit würde auch "der präsumtive Zuschlagsempfänger" in solchen Fällen die Reaktionszeit nicht einhalten. Im Sinne der Gleichbehandlung wären daher auch "der präsumtive Zuschlagsempfänger" auszuscheiden, da auch dieser auf Grund allenfalls nicht rechtzeitiger Reparatur in jedem Fall das Gerät an das Herstellerwerk zu liefern hätte. Der präsumtive Bestbieter erklärte selbst, dass er Reparaturen nur im Werk römisch zwanzig durchführe. Auch in diesem Fall wäre die Einhaltung der Reaktionszeit nicht möglich. Die Zuschlagsentscheidung sei daher aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Aus dem beiliegenden, mit 8.6.2009 datierten Schreiben der C*** an den Antragsteller gehe hervor, dass jederzeit ein Entstördienst vor Ort angeboten werde. Dies stehe im Widerspruch zum Antwortschreiben der C*** an das Bundesvergabeamt. Die Stellungnahmen seien auch unter dem Aspekt zu betrachten, dass es sich um Mitbewerber im

gegenständlichen Vergabeverfahren handle.

In dem dem Schriftsatz des Antragstellers beiliegenden, mit 8.6.2009 datieren, an ihn gerichteten Antwortschreiben der C*** wurde ausgeführt, dass die jährlich überprüften "A"-Minimel-Geräte immer auf dem neuesten Stand seien. "B"- und "C"-Geräte würden durch den Kunden selbst in Stand gehalten. Eine Instandsetzung der "A"-Geräte werde nur im Werk durchgeführt. Defekte Geräte würden auf der Baustelle getauscht. Die Gewährleistungsfrist betrage für neue Geräte 12 Monate, für sonstige Lieferungen und Leistungen 3 Monate. Unter einer im Werk besetzten, kostenlosen Hotline werde Unterstützung für eventuelle Probleme auf der Baustelle angeboten. Auf schriftliche Bestellung werde auch ein Entstörungsservice vor Ort angeboten. Die zeitliche Realisierung und die Kosten würden von Fall zu Fall abgeklärt und nicht garantiert. Es würde auch ein M2S Service in verschiedenen europäischen Ländern angeboten. Die Kosten für die Dienstleistung würden in einem speziellen Vertrag geregelt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit und Qualifizierung des Auftragesrömisches eins. Zuständigkeit und Qualifizierung des Auftrages

Bei der ÖBB Infrastruktur Bauaktiengesellschaft handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 BVergG. Die genannte Gesellschaft ist aufgrund des im Bundesbahngesetz, BGBl 825/1992 idGF beschriebenen Tätigkeitsbereiches als ein im Sektorenbereich tätiger Auftraggeber gemäß § 169 BVergG zu werten (vgl BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; 14.4.2009, N/0030-BVA/04/2009-EV8 u.a.).Bei der ÖBB Infrastruktur Bauaktiengesellschaft handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG. Die genannte Gesellschaft ist aufgrund des im Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt 825 aus 1992, idGF beschriebenen Tätigkeitsbereiches als ein im Sektorenbereich tätiger Auftraggeber gemäß Paragraph 169, BVergG zu werten vergleiche BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; 14.4.2009, N/0030-BVA/04/2009-EV8 u.a.).

Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der Antragsteller hat ein Angebot gelegt. Der sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtende, fristgemäß eingebrachte Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG und ist insoweit zulässig. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der Antragsteller hat ein Angebot gelegt. Der sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtende, fristgemäß eingebrachte Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG und ist insoweit zulässig. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag im Sinne von § 5 leg cit iVm § 174 leg cit zu qualifizieren. Aufgrund des geschätzten Auftragswertes von € 9 Millionen ist von einem Auftrag im Oberschwellenbereich auszugehen.Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag im Sinne von Paragraph 5, leg cit in Verbindung mit Paragraph 174, leg cit zu qualifizieren. Aufgrund des geschätzten Auftragswertes von € 9 Millionen ist von einem Auftrag im Oberschwellenbereich auszugehen.

Die B*** hat mit Schriftsatz vom 17.4.2009 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 leg cit zu.Die B*** hat mit Schriftsatz vom 17.4.2009 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, leg cit zu.

II. zu Spruchpunkt I.römisches zwei. zu Spruchpunkt römisches eins.

1. 1.Ziffer eins

Antragslegitimation

1.1. Allgemeines

Zum Vorbringen des Antragstellers, dass Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens nicht das Ausscheiden des Antragstellers sei, sondern die Zuschlagsentscheidung zu prüfen sei, die unzulässiger Weise nicht zu Gunsten des Antragstellers ergangen sei, wird auf die ständige Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN) verwiesen. Danach ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG zulässig ist, zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Der Umstand,

dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat. Zum Vorbringen des Antragstellers, dass Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens nicht das Ausscheiden des Antragstellers sei, sondern die Zuschlagsentscheidung zu prüfen sei, die unzulässiger Weise nicht zu Gunsten des Antragstellers ergangen sei, wird auf die ständige Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN) verwiesen. Danach ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zulässig ist, zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat.

Von hinreichend konkreten Einwänden des Auftraggebers ist im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren auszugehen. In seinen Schriftsätzen verwies der Auftraggeber u.a. auf die Absicht des Antragstellers, bis zur Niederlassungseröffnung in Österreich mit Hilfe des Subunternehmers C***, der jedoch nicht gemäß § 257 Abs 1 Z 2 BVergG bekannt gegeben worden sei, die Leistung zu erbringen. Dazu legte der Auftraggeber auch ein mit 8.4.2009 datiertes Schreiben der C*** mit dem Inhalt vor, weder zum gegenwärtigen Zeitpunkt als Subunternehmer zu agieren, noch eine sonstige Kooperationsvereinbarung mit dem Antragsteller für Serviceleistungen im Zusammenhang mit der gegenständlichen Ausschreibung geschlossen zu haben. Dieses wurde den Parteien in der mündlichen Verhandlung am 5.6.2009 vorgelegt. Von hinreichend konkreten Einwänden des Auftraggebers ist im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren auszugehen. In seinen Schriftsätzen verwies der Auftraggeber u.a. auf die Absicht des Antragstellers, bis zur Niederlassungseröffnung in Österreich mit Hilfe des Subunternehmers C***, der jedoch nicht gemäß Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bekannt gegeben worden sei, die Leistung zu erbringen. Dazu legte der Auftraggeber auch ein mit 8.4.2009 datiertes Schreiben der C*** mit dem Inhalt vor, weder zum gegenwärtigen Zeitpunkt als Subunternehmer zu agieren, noch eine sonstige Kooperationsvereinbarung mit dem Antragsteller für Serviceleistungen im Zusammenhang mit der gegenständlichen Ausschreibung geschlossen zu haben. Dieses wurde den Parteien in der mündlichen Verhandlung am 5.6.2009 vorgelegt.

1.2. Heranziehen eines Subunternehmers durch den Antragsteller

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist für das Angebot eines Bieters als Interpretationsmaßstab der objektive Erklärungswert heranzuziehen (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/030; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 u.a.). Dieser Interpretationsmaßstab führt gegenständlich zum Ergebnis, dass der Antragsteller sowohl im Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag als auch im Begleitschreiben zum Angebot die Absicht erklärt, dass er im Fall eines Abschlusses der Rahmenvereinbarung eine Niederlassung in Österreich gründen werde. Dies bestätigte auch der in der mündlichen Verhandlung am 5.6.2009 einvernommene Zeuge D***. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist für das Angebot eines Bieters als Interpretationsmaßstab der objektive Erklärungswert heranzuziehen vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/030; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 u.a.). Dieser Interpretationsmaßstab führt gegenständlich zum Ergebnis, dass der Antragsteller sowohl im Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag als auch im Begleitschreiben zum Angebot die Absicht erklärt, dass er im Fall eines Abschlusses der Rahmenvereinbarung eine Niederlassung in Österreich gründen werde. Dies bestätigte auch der in der mündlichen Verhandlung am 5.6.2009 einvernommene Zeuge D***.

Weiters ergibt sich aus dem Begleitschreiben zum Angebot, dass der Antragsteller sich für den Zeitraum zwischen Abschluss der Rahmenvereinbarung und Eröffnung der Niederlassung in Österreich zwecks Gewährung der Reaktionsfrist auf Personal aus Deutschland und aus der Schweiz und auf die Zusammenarbeit mit der C*** stützen werde. Dass der Antragsteller für den genannten Überbrückungszeitraum auch auf die Ressourcen der ebenfalls im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot legenden C*** zurückzugreifen beabsichtigt, deckt sich auch mit der Aussage des in der mündlichen Verhandlung am 5.6.2009 einvernommenen D***, dem beim Antragsteller die Funktion des Direktors zukommt. Dieser räumte in Bezug auf den genannten Zeitraum ein, dass im Störfall Personal der C*** für das Projekt des Antragstellers für die abzuschließende Rahmenvereinbarung herangezogen werde. Dies gelte ebenso für das Personal anderer Herstellerfirmen der Warnanlagen des Antragstellers. Als Herstellerfirma wurde auch die I*** GmbH genannt.

Nach den vom Antragsteller unbestritten gebliebenen Angaben des Zeugen in der mündlichen Verhandlung soll das

vom Antragsteller beabsichtigte Heranziehen von Herstellerfirmen der Warnanlagen im Störfall im Rahmen der gegenständlichen Rahmenvereinbarung aber nicht nur auf den genannten Überbrückungszeitraum beschränkt bleiben, sondern auf den Zeitraum nach der Niederlassungsgründung in Österreich ausgedehnt werden, da Warngeräte teilweise verplombt seien und nur vom Hersteller geöffnet und repariert werden könnten.

Darüber hinaus spiegelt sich in dem, im Schriftsatz des Antragstellers vom 27.4.2009 angeführten, informellen Gespräch mit dem Auftraggeber (F***), in dem festgehalten wurde, dass in der Praxis auch im Notfall Mitbewerber zur Unterstützung bereit stehen würden, wider, dass der Antragsteller für die Rahmenvereinbarung auf die Ressourcen der ebenfalls ein Angebot legende C*** zurückgreifen wird. Dieses Gespräch wurde auch von dem in der mündlichen Verhandlung vernommene Zeuge D*** bestätigt. Dieser führte in diesem Zusammenhang erklärend aus, dass auf das Personal der C*** im Störfall mit verplombten Geräten zurückgegriffen werde.

Der Zeuge gab in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar an, dass das Warngerät der C*** nach einem 12-monatigen Einsatz zur Wartung zum Hersteller geschickt werde, was sich auch mit den Ausführungen der C*** zu den Minimel-95-Geräten der Klasse "A" im Antwortschreiben vom 8.6.2009 deckt. Nach den vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung unbestritten gebliebenen Aussagen des Zeugen komme das genannte Herstellerunternehmen im Störfall auch innerhalb der in der Rahmenvereinbarung vorgesehenen Reaktionszeit auf die Baustelle, um das Warngerät zu reparieren. Dies gelte auch für die Herstellerfirma "I***". Im Regelfall werde das verplombte Warngerät im Störfall ausgetauscht und aus Zeitgründen an die Herstellerfirma zur Reparatur geschickt und danach wieder eingesetzt.

Wie sich aus den angeführten Ermittlungsergebnissen ergibt, verfügt der Antragsteller zur Einhaltung der vorgeschriebenen Reaktionsfristen im Störfall nicht über das hinreichende Personal. Vielmehr beabsichtigt der Antragsteller bei der vorgegebenen Reaktionszeit in den Ausschreibungsunterlagen, im Störfall jedenfalls auf die Personalressourcen des Unternehmens Schweizer Electronic GmbH bzw des Herstellerunternehmens I*** GmbH für die gegenständliche Rahmenvereinbarung zurückzugreifen.

Ob es sich dabei um einen Notfall handelt, bei dem Personal der Herstellerunternehmen als freiwillige, zusätzliche Ergänzung zu Verfügung gestellt wird - wie der Antragsteller im Schreiben vom 10.6.2009 vorbringt - ,kann dahingestellt bleiben. Das Personal der Herstellerfirma kommt im Störfall im Rahmen der gegenständlichen Rahmenvereinbarung im Hinblick auf die Reaktionszeit nämlich wohl nur auf Grund eines Auftrages des Antragstellers zur Baustelle, um den Störfall zu beheben. Dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich das vom Antragsteller beauftragte Herstellerunternehmen im Rahmen der Fehlersuche vor Ort auf der Baustelle darauf beschränkt, das defekte, verplombte Geräte auszutauschen, es ersetzt oder sonst eine Handlung zur Behebung des Störfalles setzt.

Der ursprünglichen Argumentation des Antragstellers, dass das Herstellerunternehmen beim Störfall auf Grund der sich aus seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ableitbaren Gewährleistung zur Baustelle komme - wie von ihm in der mündlichen Verhandlung unter Vorbehalt der Vorlage von Unterlagen vorgebracht wurde - ,kann nicht gefolgt werden. Aus dem Inhalt des auch vom Antragsteller nicht bestrittenen Antwortschreibens des Herstellerunternehmens C*** geht vielmehr hervor, dass der Umfang der für Warngeräte gewährten Gewährleistung nicht decke, dass das Herstellerunternehmen auf die Baustelle kommt, um einen Fehler an einem von ihr hergestellten, defekten Warngerät vor Ort zu beheben. Dies gilt auch für den Fall der Garantie oder der Produkthaftung, die der Zeuge in der mündlichen Verhandlung am 5.6.3009 anführte. Ebenso stellte das Herstellerunternehmen I*** GmbH im von Antragsteller unbestritten gebliebenen Antwortschreiben vom 8.6.2009 klar, dass zum einen die Gewährleistung für die von ihm hergestellten Geräte bereits abgelaufen ist. Aus den beigelegten Garantiebestimmungen ergibt sich zum anderen, dass die Garantie keine Montagen vor Ort an Geräten umfasst. Solche Tätigkeiten werden in Rechnung gestellt. Aus dem Antwortschreiben der I*** GmbH ergibt sich weiter, dass Störfallbehebungen innerhalb von 12 bzw 5 Stunden nur nach Kundenabsprache, die es mit dem Antragsteller nicht gibt, im Ausnahmefall durchgeführt werden.

Vom Antragsteller selbst wurde mit Schriftsatz vom 10.6.2009 lediglich ein mit 8.6.2009 datiertes Schreiben der C*** vorgelegt. Daraus ergibt sich jedenfalls nicht, dass die - wie vom Antragsteller ursprünglich in der mündlichen Verhandlung am 5.6.2009 behauptete - aus den AGB ableitbare Gewährleistung eine Störfallbehebung durch das Herstellerunternehmen auf der Baustelle abdeckt. Soweit sich der Antragsteller darauf beruft, dass es sich bei der C*** um einen ebenfalls im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotslegenden Bieter handelt, so ist ihm entgegenzuhalten, dass er einem Nachweis des Gewährleistungsumfanges - wie von ihm ursprünglich in der

mündlichen Verhandlung am 5.6.2009 dargestellt - nicht nachgekommen ist und von ihm auch das Antwortschreiben der C*** zu diesem Thema nicht bestritten wurde. Die gilt auch für das Antwortschreiben des Herstellerunternehmens I*** GmbH.

Auch der vom Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 10.6.2009 vorgebrachte "gewisse Widerspruch" zwischen dem Antwortschreiben der C*** an den Antragsteller und dem an das Bundesvergabeamt gerichteten Antwortschreiben - da anders als im Antwortschreiben an das Bundesvergabeamt im an ihn gerichteten Antwortschreiben der C*** auf die Möglichkeit der schriftlichen Bestellung eines Entstördienstes vor Ort ausdrücklich hingewiesen worden sei - ist ohne Belang. Die mit 8.6.2009 datierte Anfrage des Bundesvergabeamtes an die C*** war nicht darauf ausgerichtet, ob ein solcher Entstördienst vor Ort von diesem Unternehmen angeboten werde.

Ebenso wenig kann der Schlussfolgerung des Antragstellers im Schriftsatz vom 10.6.2009 gefolgt werden, wonach selbst angebotslegende und für den Zuschlag in Aussicht genommene Herstellerunternehmen keinerlei Reparaturen an ihren verplombten Geräten auf der Baustelle vornehmen würden, sondern solche Geräte im Störfall gegen Ersatzgeräte austauschen würden, damit auch die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Reaktionszeit nicht eingehalten würde und daher iSd Gleichbehandlungsgrundsatzes der "präsumtive Bestbieter" ebenfalls auszuschneiden wäre. Der Antragsteller lässt dabei außer Betracht, dass er sich im Unterschied zur C*** oder zur B*** im Rahmen der gegenständlich abzuschließenden, bestimmte Reaktionszeiten vorsehenden Rahmenvereinbarung, wie oben ausgeführt, im Störfall auch auf das Personal eines von ihm nicht rechtzeitig bekannt gegebenen Subunternehmers - der C*** bzw der I*** GmbH

- für die Behebung eines Defektes am Warngerät stützen werde. Dabei ist auch nicht ausgeschlossen, dass das defekte Gerät durch den - wenn auch nur für Einzelfälle - herangezogenen, nicht rechtzeitig bekannt gegebenen Subunternehmer auf der Baustelle gegen ein funktionierendes Gerät innerhalb der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Reaktionszeit ausgetauscht wird und in der Folge das defekte Gerät im Herstellwerk repariert wird oder der beauftragte Subunternehmer auf andere Art an der Störfallbehebung vor Ort mitwirkt.

1.3. Schlussfolgerung

Wie sich aus obigen Ausführungen ergibt, stützt sich der Antragsteller jedenfalls für den Überbrückungszeitraum zwischen Abschluss der Rahmenvereinbarung und Neugründung der Niederlassung in Österreich sowie - nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen des Zeugen D*** in der mündlichen Verhandlung - auch in dem darauffolgenden Zeitraum auf Personalressourcen eines Subunternehmers wie der C*** zur Störfallbehebung in Bezug auf die Rahmenvereinbarung. Allenfalls wird auch das Herstellerunternehmen I*** GmbH dazu herangezogen. Die genannten Herstellerunternehmen wurden jedenfalls bis zur Aufforderung zur Angebotsabgabe (30.10.2008) vom Antragsteller nicht als Subunternehmer bekannt gegeben. Dies hat der Antragsteller auch nicht bestritten.

Daran vermag das Vorbringen des Antragstellers, bei der derzeit laufenden Rahmenvereinbarung mit dem Auftraggeber immer die 24-stündige Reaktionszeit eingehalten und ordnungsgemäß geleistet zu haben, nichts zu ändern. Bei der von ihm genannten Reaktionszeit von 24 Stunden handelt es sich im Übrigen um eine im Vergleich zur Reaktionszeit im gegenständlichen Vergabeverfahren (12 Stunden bzw 5 Stunden) wesentlich längere Reaktionszeit.

Aus § 230 Z 3 iVm Z 6 BVergG ergibt sich, dass die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei einer Rahmenvereinbarung im Hinblick auf die gewählte Verfahrensart "Verhandlungsverfahren" zum Abschluss der Rahmenvereinbarung in der gegenständlichen Fallkonstellation grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen müssen. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgte im gegenständlichen Vergabeverfahren am 30.10.2008. Aus Paragraph 230, Ziffer 3, in Verbindung mit Ziffer 6, BVergG ergibt sich, dass die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei einer Rahmenvereinbarung im Hinblick auf die gewählte Verfahrensart "Verhandlungsverfahren" zum Abschluss der Rahmenvereinbarung in der gegenständlichen Fallkonstellation grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen müssen. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgte im gegenständlichen Vergabeverfahren am 30.10.2008.

Bei einer fehlenden Nennung eines Subunternehmers handelt es sich auch um keinen behebbaren Mangel, da der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung des konkreten Subunternehmers im Hinblick auf die konkrete Leistung bis zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu überprüfen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt muss der Subunternehmer, auf den im Rahmen der Leistungserbringung zurückgegriffen werden soll, namentlich feststehen. Das "Nachschieben" eines Subunternehmers nach dem genannten Zeitpunkt ist als unzulässig zu beurteilen (vgl.

VwGH 29.5.2009, 2002/04/0023). Bei einer fehlenden Nennung eines Subunternehmers handelt es sich auch um keinen behebbaren Mangel, da der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung des konkreten Subunternehmers im Hinblick auf die konkrete Leistung bis zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu überprüfen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt muss der Subunternehmer, auf den im Rahmen der Leistungserbringung zurückgegriffen werden soll, namentlich feststehen. Das "Nachschieben" eines Subunternehmers nach dem genannten Zeitpunkt ist als unzulässig zu beurteilen (vergleiche VwGH 29.5.2009, 2002/04/0023).

Das Angebot des Antragstellers wäre daher aufgrund mangelnder technischer Leistungsfähigkeit gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVerfG auszuschneiden gewesen. Gemäß § 187 Abs 1 letzter Satz BVerfG hat die Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Das Angebot des Antragstellers wäre daher aufgrund mangelnder technischer Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVerfG auszuschneiden gewesen. Gemäß Paragraph 187, Absatz eins, letzter Satz BVerfG hat die Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, von Ausscheidenstatbeständen gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVerfG nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter ebenso wie im klassischen Bereich (§ 19 BVerfG) auch im Sektorenbereich iSd § 187 Abs 1 BVerfG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschneidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 26.3.2007, N/0102- BVA/04/2006-83; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03- 22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.). Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, von Ausscheidenstatbeständen gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVerfG nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter ebenso wie im klassischen Bereich (Paragraph 19, BVerfG) auch im Sektorenbereich iSd Paragraph 187, Absatz eins, BVerfG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschneidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 26.3.2007, N/0102- BVA/04/2006-83; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03- 22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.).

Das Thema "Nennung eines Subunternehmers" war Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 5.6.2009. Dem Antragsteller wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, RsC-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 320 Abs 1 BVerfG zu verneinen (vgl. VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 1.2.2008, N/0121- BVA/07/2007-41; 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38 uva). Das Thema "Nennung eines Subunternehmers" war Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 5.6.2009. Dem Antragsteller wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, RsC-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVerfG zu verneinen (vergleiche VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 1.2.2008, N/0121- BVA/07/2007-41; 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38 uva).

2. Der 15%-ige Sonderrabatt des Antragstellers

Selbst wenn dem Antragsteller die Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 BVergG zuzuerkennen wäre, wäre für den Antragsteller - wie nachfolgend dargestellt - damit nichts gewonnen. Selbst wenn dem Antragsteller die Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zuzuerkennen wäre, wäre für den Antragsteller - wie nachfolgend dargestellt - damit nichts gewonnen.

In den Begleitschreiben zu den verbesserten Angeboten des Antragstellers von 6.1.2009 bzw. 9.2.2009 wurde nach Angabe der Gesamtnetto- bzw. der Gesamtbruttopreise der einzelnen Musterprojekte bei erfolgreicher Vergabe aller Projekte an den Antragsteller ein 15%-iger Sonderrabatt gewährt. Dieser Sonderrabatt wurde von den errechneten Gesamtnetto- bzw. Gesamtbruttopreisen der 5 Musterprojekte in Abzug gebracht und anschließend der Gesamtpreis festgelegt.

Unter Zugrundelegung des für das Angebot eines Bieters heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/030; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 u.a.) ergibt sich aus der Formulierung zur Gewährung eines Sonderrabattes von 15%, dass dieser eingeräumt wurde, wenn alle Projekte an den Antragsteller vergeben würden. Da in der Folge ein 15%-iger Rabatt vom Gesamtnettopreis bzw. Gesamtbruttopreis aller Musterprojekte in Abzug gebracht wurde, ist davon auszugehen, dass sich der Antragsteller mit der Formulierung "bei der erfolgreichen Vergabe aller Projekte" auf die vorher angeführten 5 Musterprojekte bezogen hat. Unter Zugrundelegung des für das Angebot eines Bieters heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/030; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 u.a.) ergibt sich aus der Formulierung zur Gewährung eines Sonderrabattes von 15%, dass dieser eingeräumt wurde, wenn alle Projekte an den Antragsteller vergeben würden. Da in der Folge ein 15%-iger Rabatt vom Gesamtnettopreis bzw. Gesamtbruttopreis aller Musterprojekte in Abzug gebracht wurde, ist davon auszugehen, dass sich der Antragsteller mit der Formulierung "bei der erfolgreichen Vergabe aller Projekte" auf die vorher angeführten 5 Musterprojekte bezogen hat.

Diese angeführten 5 Musterprojekte waren nach der zugrunde liegenden Ausschreibung jedoch nicht Gegenstand der Vergabe. Vielmehr ergibt sich unter Heranziehen des für die Interpretation der Ausschreibung maßgeblichen Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a) aus den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen, dass eine Rahmenvereinbarung ohne Mengenbindung mit 2 Bietern abgeschlossen werden soll, wobei nach Abschluss der Rahmenvereinbarung mit den zwei Zuschlagsempfängern die konkreten projektbezogenen einzelnen Vergaben im Wettbewerb erfolgen sollen. Diese angeführten 5 Musterprojekte waren nach der zugrunde liegenden Ausschreibung jedoch nicht Gegenstand der Vergabe. Vielmehr ergibt sich unter Heranziehen des für die Interpretation der Ausschreibung maßgeblichen Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a) aus den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen, dass eine Rahmenvereinbarung ohne Mengenbindung mit 2 Bietern abgeschlossen werden soll, wobei nach Abschluss der Rahmenvereinbarung mit den zwei Zuschlagsempfängern die konkreten projektbezogenen einzelnen Vergaben im Wettbewerb erfolgen sollen.

Die Gesamtkosten der 5 Musterprojekte wurden im gegenständlichen Vergabeverfahren lediglich als "Zuschlagskriterium" herangezogen. Es handelt sich bei den 5 Musterprojekten um fiktive Projektsituationen, denen ein gleichfalls fiktives Begehungsprotokoll beigelegt wurde. Auch der Zeuge E*** qualifizierte in der mündlichen Verhandlung am 5.6.2009 die Musterprojekte als fiktive Projekte. Ebenso spricht die Bezeichnung "Musterprojekt" dafür, dass es sich bei den 5 Musterprojekten um fiktiven Projektsituationen handelt, die nicht vergeben werden sollten.

Dies hätte auch einem durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 19.11.2008, 2007/04/20018, 2007/04/0019; 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] klar sein müssen.

Im Anschluss an die gegenständliche Ausschreibung zur Miete der mobilen Warneinrichtungen sind die nach dem

Abschluss der Rahmenvereinbarung geltenden Bestimmungen für die Vergabe der einzelnen, konkreten Aufträge angeschlossen. Aus diesen ergibt sich, dass an jene Unternehmer, mit denen die Rahmenvereinbarung in der Folge abgeschlossen worden ist, eine Einladung zur Anbotslegung per e-mail von der bedarfstragenden Region für die einzelnen konkreten Projekte erfolgen wird.

Nach Abschluss der Rahmenvereinbarung ist im Unterschied zum gegenständlichen Vergabeverfahren für die Angebotslegung beim konkreten Auftrag der bedarfstragenden Region die Baustellenbegehung zwingende Voraussetzung für die Abgabe des Angebotes. Die Anwesenheit des Bieters ist im Begehungsprotokoll zu bestätigen. Mit seiner Unterschrift werden gleichzeitig die darin vermerkten Projektierungsdaten zur Kenntnis genommen und werden verbindliche Grundlage für die Projektierung. Die Angebote für die konkreten Aufträge sind in der Folge analog wie die Musterprojekte auszuführen.

Dies hat der Antragsteller offensichtlich verkannt, der in seinen Schriftsätzen vom 6.4.2009 und 27.4.2009 auch die Meinung vertrat, dass ohnehin nur eine Vergabe aller Musterprojekte erfolge. Da der Antragsteller die Gewährung des Sonderrabattes an die erfolgreiche Vergabe aller Projekte an ihn - nämlich der 5 Musterprojekte - geknüpft hat, eine Vergabe der 5 Musterprojekte jedoch im Rahmen der für die Vergabe der Rahmenvereinbarungen zu ermittelnden zwei Bieter mit den niedrigsten Gesamtpreisen für alle Musterprojekte als "Zuschlagskriterium" nicht vorgesehen ist, hat der Auftraggeber zu Recht den vom Antragsteller angebotenen 15%-igen Rabatt bei der Ermittlung des Gesamtpreises der Musterprojekte nicht berücksichtigt. Aufgrund der angebotenen Gesamtpreise im verbesserten, letzten Angebot vom 9.2.2009 ohne Berücksichtigung des 15%-igen Rabattes, dessen Gewährung an die Bedingung der erfolgreichen Vergabe aller Musterprojekte an ihn geknüpft ist, ist der Antragsteller aufgrund des vorgegebenen "Zuschlagskriteriums" (Gesamtpreis der 5 Musterprojekte) weder an die 1. noch an die 2. Stelle zu reihen. Der Antragsteller konnte daher nicht in seinen Rechten verletzt werden.

Dies würde auch für den Fall gelten, dass die Formulierung "bei erfolgreicher Vergabe aller Projekte an die A****" in Zusammenhang mit dem vom Antragsteller gewährten 15%-igen Rabatt in seinem Angebot dahingehend interpretiert würde, dass darunter auch bzw nur die potentiellen Vergaben der konkreten einzelnen Projekte nach Abschluss der Rahmenvereinbarung zu verstehen wäre. Zu diesen werden in der Folge die beiden Zuschlagsempfänger der gegenständlichen Rahmenvereinbarung von der bedarfstragenden Region zur Angebotslegung eingeladen. Auch bei diesen Interpretationen könnte der vom Antragsteller angebotene, von einer Bedingung abhängig gemachte 15%-ige Rabatt vom Auftraggeber nicht berücksichtigt werden.

Bei den nach Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung erfolgenden, einzelnen potentiellen Aufträgen der bedarfstragenden Region ist nämlich nach den bestandfest gewordenen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen keine Gesamtvergabe an einen Bieter vorgesehen, sondern werden jene zwei Zuschlagsempfänger, mit denen die gegenständliche Rahmenvereinbarung abgeschlossen wurde, zu jedem einzelnen Projekt zur Angebotslegung im Wettbewerb eingeladen. Dem jeweils günstigsten Angebot soll in der Folge der Zuschlag erteilt werden. Die Bedingung für die Gewährung des 15%-igen Rabattes, die bei den zuletzt dargestellten Interpretationslinien auch bzw nur an eine erfolgreiche Vergabe aller zukünftigen Projekte an den Antragsteller geknüpft sind, würden damit eine zukünftige Gesamtvergabe aller einzelnen Projekte bedeuten. Eine solche würde jedoch nicht mit den oben dargestellten Ausschreibungsbestimmungen in Einklang stehen, die nach Abschluss der Rahmenvereinbarung für die beiden Zuschlagsempfänger einen Wettbewerb für jedes einzelne Projekt vorsehen (vgl in diesem Zusammenhang VwGH 12.9.2007, 2005/04/0236). Der 15%-ige Rabatt ist auch bei solchen vertretenen Interpretationslinien als unzulässig zu beurteilen und vom Auftraggeber daher zu Recht nicht zu berücksichtigen. Bei den nach Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung erfolgenden, einzelnen potentiellen Aufträgen der bedarfstragenden Region ist nämlich nach den bestandfest gewordenen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen keine Gesamtvergabe an einen Bieter vorgesehen, sondern werden jene zwei Zuschlagsempfänger, mit denen die gegenständliche Rahmenvereinbarung abgeschlossen wurde, zu jedem einzelnen Projekt zur Angebotslegung im Wettbewerb eingeladen. Dem jeweils günstigsten Angebot soll in der Folge der Zuschlag erteilt werden. Die Bedingung für die Gewährung des 15%-igen Rabattes, die bei den zuletzt dargestellten Interpretationslinien auch bzw nur an eine erfolgreiche Vergabe aller zukünftigen Projekte an den Antragsteller geknüpft sind, würden damit eine zukünftige Gesamtvergabe aller einzelnen Projekte bedeuten. Eine solche würde jedoch nicht mit den oben dargestellten Ausschreibungsbestimmungen in Einklang stehen, die nach Abschluss der Rahmenvereinbarung für die beiden

Zuschlagsempfänger einen Wettbewerb für jedes einzelne Projekt vorsehen vergleiche in diesem Zusammenhang VwGH 12.9.2007, 2005/04/0236). Der 15%-ige Rabatt ist auch bei solchen vertretenen Interpretationslinien als unzulässig zu beurteilen und vom Auftraggeber daher zu Recht nicht zu berücksichtigen.

Daran ändert auch die vom Antragsteller im Schriftsatz vertretene Meinung nichts, dass der Auftraggeber dem vom Antragsteller gewährten Rabatt konkludent zugestimmt hätte. Auf Grund des Unterlassens des Auftraggebers, den Antragsteller bis zur Zuschlagsentscheidung auf die Unzulässigkeit des von ihm gewährten Rabattes hinzuweisen, kann ein unzulässiger Rabatt nicht zu einem zulässigen Rabatt mutieren. Dies würde auf eine Verletzung des auch im gegenständlichen Vergabeverfahren geltenden, in § 187 Abs 1 BVergG verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz aller Bieter hinauslaufen. Daran ändert auch die vom Antragsteller im Schriftsatz vertretene Meinung nichts, dass der Auftraggeber dem vom Antragsteller gewährten Rabatt konkludent zugestimmt hätte. Auf Grund des Unterlassens des Auftraggebers, den Antragsteller bis zur Zuschlagsentscheidung auf die Unzulässigkeit des von ihm gewährten Rabattes hinzuweisen, kann ein unzulässiger Rabatt nicht zu einem zulässigen Rabatt mutieren. Dies würde auf eine Verletzung des auch im gegenständlichen Vergabeverfahren geltenden, in Paragraph 187, Absatz eins, BVergG verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz aller Bieter hinauslaufen.

II. Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 319 BVergGrömisches zwei. Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 319, BVergG

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde und somit kein Obsiegen des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag abzuweisen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde und somit kein Obsiegen des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag abzuweisen.

Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 14.4.2009, N/0030-BVA/04/2009-EV8, stattgegeben, dem Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt I nicht stattgegeben. Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 14.4.2009, N/0030-BVA/04/2009-EV8, stattgegeben, dem Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt römisch eins nicht stattgegeben.

Zuletzt aktualisiert am

16.09.2009

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