

TE Verg Bescheid 2008/8/25 N/0059- BVA/09/2008-78,, N/0100- BVA/09/2008-18;

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.08.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §169 Abs1

BVergG 2006 §192 Abs5

BVergG 2006 §230 Z3

BVergG 2006 §269 Abs1 Z2

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §269 Abs3

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs1 Z1

BVergG 2006 §345 Abs13 Z1

BVergG 2006 §345 Abs13 Z2

B-VG Art14b Abs2 Z1 litc

AVG §6 Abs1

AVG §6 Abs2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

1. AVG § 6 heute
2. AVG § 6 gültig ab 01.02.1991

1. AVG § 6 heute
2. AVG § 6 gültig ab 01.02.1991

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 87/2007 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlberg tunnel/Tunnelfunkanlage Arlberg tunnel" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Rechtsanwälte Y***, vom 9. Juni 2008 und vom 14. Juli 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 87 aus 2007, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlberg tunnel/Tunnelfunkanlage Arlberg tunnel" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Rechtsanwälte Y***, vom 9. Juni 2008 und vom 14. Juli 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag (vom 14. Juli 2008), "das Bundesvergabeamt möge die Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin vom 8.7.2008 für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 269 Abs 1 Z 2 und 5, 269 Abs 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 269, Absatz eins, Ziffer 2 und 5, 269 Absatz 3, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag (vom 9. Juni 2008), "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 26.5.2008 für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

III.römisch drei.

Der eventualiter gestellte Antrag (vom 9.6.2008 sowie vom 14.7.2008) das gesamte Vergabeverfahren für nichtig erklären, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16, 312 Abs 2 Z 2 und 322 Abs 1 Z 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, 312, Absatz 2, Ziffer 2 und 322 Absatz eins, Ziffer eins, BVergG

IV.römisch vier.

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch Rechtsanwälte Y*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsätzen vom 9. Juni 2008 (protokolliert zu N/0059-BVA/09/2008) und vom 14. Juli 2008 (protokolliert zu N/0100 BVA/09/2008) die im Spruch wiedergegebenen Anträge.

Mit Schriftsatz vom 9. Juni 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG sei. Es handle sich um einen Sektorenauftraggeber. Die Ausschreibung sei nach dem Bestbieterprinzip erfolgt. Zuschlagskriterien seien die technische Bewertung (50%) und der Preis (50%).

Die Antragstellerin habe ein Angebot mit einem Nettopreis von Euro 2.369.319,92 gelegt. Mit E-Mail vom 26. Mai 2008 sei der Antragsstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der B*** mit einem Gesamtpreis von netto Euro 2.041.583,47 zu erteilen. Gleichzeitig sei das Ende der Stillhaltefrist mit 9. Juni 2008, 24.00 Uhr, bekannt gegeben worden.

Nach Ansicht der Antragstellerin handle es sich gegenständlich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Der Auftraggeber gehe aber offensichtlich vom Vorliegen eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich aus. Andererseits führe der Auftraggeber aber in der Zuschlagsentscheidung vom 26. Mai 2008 eine 14-tägige Stillhaltefrist an. Dies lasse wiederum den Schluss zu, dass der Auftraggeber den gegenständlichen Auftrag doch im Oberschwellenbereich ansiedle. Das Vergabeverfahren sei in der Folge mit einem gravierenden Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze behaftet, insbesondere gegen das Transparenzgebot, behaftet.

Bei der Abgrenzung zwischen einem Bau- und Lieferauftrag komme es immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Gegenständlich sei vom Vorliegen eines Lieferauftrages im Sinne des § 5 BVergG auszugehen. Dies einerseits, da die im Leistungsverzeichnis (LV) genannten Hauptleistungen nicht fix mit dem Untergrund bzw. dem Tunnel verbaut würden bzw. diese ohne Schädigung der Substanz wieder entfernt werden könnten, und andererseits, da eine Tunnelfunkanlage für die Funktionalität des Tunnels nicht zwingend erforderlich sei. Bei der Abgrenzung zwischen einem Bau- und Lieferauftrag komme es immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Gegenständlich sei vom Vorliegen eines Lieferauftrages im Sinne des Paragraph 5, BVergG auszugehen. Dies einerseits, da die im Leistungsverzeichnis (LV) genannten Hauptleistungen nicht fix mit dem Untergrund bzw. dem Tunnel verbaut würden bzw. diese ohne Schädigung der Substanz wieder entfernt werden könnten, und andererseits, da eine Tunnelfunkanlage für die Funktionalität des Tunnels nicht zwingend erforderlich sei.

Nach Ansicht der Antragstellerin entspreche die Zuschlagsentscheidung nicht den Erfordernissen des § 272 BVergG. Der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, insbesondere die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes darzustellen. Die Zuschlagsentscheidung sei abgesehen davon aber auch inhaltlich nicht rechters. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers als Bestangebot hervorgehen könne. Insbesondere im maßgeblichen Kriterium "Qualität der Leistung" habe die Antragstellerin die höchstwertigsten Anlagen und Teile angeboten. Daher sei die Punktevergabe bei der technischen Bewertung nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin bestreite, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Produkte besserer Qualität angeboten habe. Dennoch habe der präsumtive Zuschlagsempfänger bessere Punktezahlen hinsichtlich der Qualität erhalten. Nach Ansicht der Antragstellerin entspreche die Zuschlagsentscheidung nicht den Erfordernissen des Paragraph 272, BVergG. Der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, insbesondere die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes darzustellen. Die Zuschlagsentscheidung sei abgesehen davon aber auch inhaltlich nicht rechters. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers als Bestangebot hervorgehen könne. Insbesondere im maßgeblichen Kriterium "Qualität der Leistung" habe die Antragstellerin die höchstwertigsten Anlagen und Teile angeboten. Daher sei die Punktevergabe bei der technischen Bewertung nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin bestreite, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Produkte besserer Qualität angeboten habe. Dennoch habe der präsumtive Zuschlagsempfänger bessere Punktezahlen hinsichtlich der Qualität erhalten.

Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf eine ordnungsgemäße Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt.

Mit Schriftsatz vom 11. Juni 2008 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, Elisabethstraße 9, 1010 Wien. Vergebende Stelle sei die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Abteilung T-Kom Services, Wilhelmstraße 64, 1120 Wien. Das Bauvorhaben "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel" sei in Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert sämtlicher Lose belaufe sich auf Euro XXX ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel / Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" belaufe sich auf Euro 2,8 Mio. ohne USt. Es handle sich somit um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Mit Schriftsatz vom 11. Juni 2008 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, Elisabethstraße 9, 1010 Wien. Vergebende Stelle sei die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Abteilung T-Kom Services, Wilhelmstraße 64, 1120 Wien. Das Bauvorhaben "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel" sei in Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert sämtlicher Lose belaufe sich auf Euro römisch 30 ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel / Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" belaufe sich auf Euro 2,8 Mio. ohne USt. Es handle sich somit um ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Das Vergabeverfahren sei in Österreich unter der Nummer L-381446- 7b13 veröffentlicht worden. Der Aufruf zum Wettbewerb (Bekanntmachung-Sektoren) sei im Amtsblatt der EG unter 2007/S 22- 2-271027 am 17. November 2007 veröffentlicht worden.

Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorhergehendem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG vergeben werden. Es komme das Bestbieterprinzip zur Anwendung. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorhergehendem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG vergeben werden. Es komme das Bestbieterprinzip zur Anwendung.

Die Angebotsöffnung der Erstangebote habe am 26. März 2008 stattgefunden. Es hätten nur zwei Bieter Angebote gelegt. Das Letztangebot der B*** habe sich auf Euro 2.159.552,-- Mio. belaufen. Die Angebotssumme des Letztangebotes der Antragstellerin belaufe sich auf Euro 2.369.320,-- Mio.

Die Zuschlagsentscheidung sei sämtlichen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mittels E-mails am 26. Mai 2008 bekannt gegeben worden. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden, auch sei weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Mit Schriftsatz vom 16. Juni 2008 nahm der Auftraggeber ergänzend Stellung. Die Antragstellerin habe den Auftraggeber aufgefordert, die Gründe für die Ablehnung des Angebots der Antragstellerin sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zugeben. Der Auftraggeber habe der Antragstellerin darauf hin am 2. Juni 2008 eine Bewertungsmatrix, bestehend aus der technischen, der finanziellen und der Gesamtbewertung, übermittelt.

Dass es sich um einen Bauauftrag handle, ergebe sich bereits aus der Bekanntmachung vom 17. November 2007. Dem Auftraggeber sei in den Ausschreibungsunterlagen insofern ein Fehler unterlaufen, als auf den Oberschwellenbereich verwiesen werden hätte müssen. Dennoch gelte diese Bestimmung, da es sich um eine Festlegung des Auftraggebers handle, welche mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest geworden sei. Nichtsdestotrotz habe der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung eine 14-tägige Stillhaltefrist vorsehen, sodass sich die Antragstellerin keinesfalls als beschwert erachten könne.

Dass es sich eindeutig um einen Bauauftrag handle, ergebe sich aus sämtlichen Ausschreibungsunterlagen, aus der Bekanntmachung sowie insbesondere aus der Leistungsbeschreibung und dem Leistungsverzeichnis. Die Erneuerung der Tunnelfunkanlage bestehe in erster Linie in der Installation (Nachrüstung) und sei daher keinesfalls als Lieferauftrag zu qualifizieren. Der Anteil der Bauleistungen überwiege jedenfalls den Liefer- und auch den Dienstleistungsanteil. Es sei jedenfalls eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, wobei insbesondere die Funktionalität als Abgrenzungskriterium heranzuziehen sei.

Mit Schriftsatz vom 23. Juni 2008 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen sowie eine

Stellungnahme. Darin zog er die Antragslegitimation der Antragstellerin in Zweifel. Nach ihren eigenen Angaben hätte die Antragstellerin nämlich Produkte und Dienstleistungen der Firmen C*** und D*** angeboten. Diese beiden Firmen seien somit nicht bloß Lieferanten, sondern - weil auch deren Dienstleistungen angeboten worden seien - Subunternehmer. In der Folge hätte die Antragstellerin auch hinsichtlich ihrer Subunternehmer die Eignung für deren jeweiligen Leistungsteil nachzuweisen gehabt.

Auch aus einem weiteren Grund stehe die Antragslegitimation der Antragstellerin in Frage: Gemäß den Mindestanforderungen der Ausschreibung sei sowohl für das System A als auch für das System B ein geeigneter Kabeltyp (strahlendes Kabel) in der Dimension von mindestens 1 1/2 Zoll anzubieten gewesen. Falls die Antragstellerin Kabel einer geringeren Dimension angeboten haben sollte, wäre das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen.

Die Ausschreibung sei bestandfest geworden. Schon in der Bekanntmachung sei der Auftrag als Bauauftrag bezeichnet worden. Ebenso auf der ÖBB-Internet-Plattform @ AVA. Hätte sich die Antragstellerin aufgrund der Ausschreibung des Auftrags als Bauauftrag beschwert erachtet, hätte sie die Ausschreibung fristgerecht anfechten müssen. Dies habe sie jedoch unterlassen.

Dasselbe gelte für die Frage, ob es sich um einen Auftrag im Ober- oder im Unterschwellenbereich handle. Auch aus dem Vergabeverfahren selbst sei klar zu erkennen gewesen, dass der Auftrag im Oberschwellenbereich angesiedelt sei. So habe der Auftraggeber den Auftrag im Amtsblatt der EG veröffentlicht. Weiters habe der Auftraggeber dabei auch alle Angaben in die Bekanntmachung aufgenommen, welche im Oberschwellenbereich nötig seien. Im Übrigen habe der Auftraggeber das Vergabeverfahren auch entsprechend einem Verfahren im Oberschwellenbereich durchgeführt und in der Folge auch die Stillhaltefrist mit 14 Tagen festgelegt.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass deren Angebot im Kriterium "Qualität der Leistung" besser bewertet werden hätte müssen als das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers, sei lediglich eine unsubstantiierte Behauptung. Ein Beweis für diese Behauptungen werde nicht angeboten.

Mit Schriftsatz vom 25. Juni 2008 brachte die Antragstellerin ergänzend Folgendes vor:

Die Antragstellerin nehme zur Kenntnis, dass das gegenständliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich angesiedelt sei. Die Antragstellerin gehe jedoch vom Vorliegen eines Lieferauftrages aus. Begründet werde dies ergänzend wie folgt:

Der gegenständliche Auftrag enthalte sowohl Leistungen, die als Lieferungen einschließlich Montage - und sohin für sich genommen - als Lieferauftrag anzusehen sei, als auch typische Installationsarbeiten im Zusammenhang mit der Erneuerung der Tunnelfunkanlage. Diese könnten für sich genommen als Bauauftrag angesehen werden. Gegenständlich handle es sich jedoch um die Erneuerung und Modernisierung einer bereits bestehenden Tunnelfunkanlage, sodass allein unter diesem Gesichtspunkt die Qualifizierung der Installationsarbeiten als Bauleistung zu verneinen sei. Da gegenständlich nur die Installation von Geräten und Geräteteilen, welche von Lieferanten angeschafft würden, erfolge, handle es jedenfalls nicht um Bauleistungen. Da ferner die Gesamtleistung in einen Lieferanteil und einen Montageanteil getrennt werden könne, liege eine homogene Gesamtleistung nicht vor (vgl. VfGH 21.6.2004, B531/02). Da im vorliegenden Fall der Lieferanteil überwiege, sei jedenfalls von einem Lieferauftrag auszugehen. Nach der Rechtsprechung der EuGH (19.4.1994, Rs C-331/ 92) falle ein gemischter Vertrag, der sich sowohl auf die Durchführung von Arbeiten als auch auf die Überlassung von Vermögensgegenständen beziehe, nicht in den Anwendungsbereich der Baukoordinierungsrichtlinie, wenn die Durchführung der Bauarbeiten gegenüber der Überlassung von Vermögensgegenständen von untergeordneter Bedeutung sei. Im vorliegenden Fall stehe fest, dass die Montagearbeiten im Hinblick auf deren wertmäßigen Anteil am Gesamtauftrag gegenüber dem Wert der Lieferleistungen zurücktreten würden. Der gegenständliche Auftrag enthalte sowohl Leistungen, die als Lieferungen einschließlich Montage - und sohin für sich genommen - als Lieferauftrag anzusehen sei, als auch typische Installationsarbeiten im Zusammenhang mit der Erneuerung der Tunnelfunkanlage. Diese könnten für sich genommen als Bauauftrag angesehen werden. Gegenständlich handle es sich jedoch um die Erneuerung und Modernisierung einer bereits bestehenden Tunnelfunkanlage, sodass allein unter diesem Gesichtspunkt die Qualifizierung der Installationsarbeiten als Bauleistung zu verneinen sei. Da gegenständlich nur die Installation von Geräten und Geräteteilen, welche von Lieferanten angeschafft würden, erfolge, handle es jedenfalls nicht um Bauleistungen. Da ferner die Gesamtleistung in einen Lieferanteil und einen Montageanteil getrennt werden könne, liege eine homogene

Gesamtleistung nicht vor vergleiche VfGH 21.6.2004, B531/02). Da im vorliegenden Fall der Lieferanteil überwiege, sei jedenfalls von einem Lieferauftrag auszugehen. Nach der Rechtsprechung der EuGH (19.4.1994, Rs C-331/ 92) falle ein gemischter Vertrag, der sich sowohl auf die Durchführung von Arbeiten als auch auf die Überlassung von Vermögensgegenständen beziehe, nicht in den Anwendungsbereich der Baukoordinierungsrichtlinie, wenn die Durchführung der Bauarbeiten gegenüber der Überlassung von Vermögensgegenständen von untergeordneter Bedeutung sei. Im vorliegenden Fall stehe fest, dass die Montagearbeiten im Hinblick auf deren wertmäßigen Anteil am Gesamtauftrag gegenüber dem Wert der Lieferleistungen zurücktreten würden.

Zur Zuschlagsentscheidung:

Weder aus der Zuschlagsentscheidung noch aus der übermittelten Matrix sei zu entnehmen, aus welchen Gründen der Auftraggeber im Kriterium Qualität das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers höher bewertet habe als jenes der Antragstellerin.

Rechtswidrige Bewertung des Zuschlagskriteriums "technische Bewertung":

Augenfällig sei, dass der Auftraggeber nachträglich 11 Untergruppen festgelegt habe, bei denen das Angebot der Antragstellerin teilweise ohne nachvollziehbaren Grund massiv abgewertet worden sei. Auch in der Verhandlungsrunde seien der Antragstellerin diese Untergruppen bzw. Subkriterien nicht bekannt gegeben worden. Allein der Umstand, dass nach der Angebotsöffnung 11 Subkriterien festgelegt worden seien, bewirke die Rechtswidrigkeit der Angebotsbewertung.

In einer weiteren Stellungnahme vom 27. Juni 2008 brachte die Antragstellerin vor, dass weder die Fa. C*** noch die Fa. D*** Subunternehmer seien. Bei beiden Firmen handle es sich lediglich um Lieferanten, welche die angefragten Hard- und Softwarekomponenten liefern würden.

Zum Vorbringen, dass die Antragstellerin durch das Anbieten von 1 1/4 Zoll Kabeln gegen die Mindestanforderungen der Ausschreibung verstoßen hätte, sei festzuhalten, dass ein Verhandlungsverfahren die Möglichkeit biete, von diversen Festlegungen und Vorgaben des Auftraggebers abzugehen. Außerdem habe die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass das 1 1/2 Zoll Kabel in der Position 15.1.1. des Angebotes (gegen Aufpreis) enthalten sei. Die Antragstellerin habe also auch das 1 1/2 Zoll Kabel angeboten.

Mit Schriftsatz 3. Juli 2008 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger ergänzend vor, dass, falls die Fa. C*** und die Fa. D*** bloße Lieferanten seien, wie dies die Antragstellerin nunmehr vorbringe, die Antragstellerin nicht einmal die erforderliche Befugnis für die Ausführung des Auftrags aufweisen würde, da sie nicht über die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes "Kommunikationselektronik" (§ 94 Z 39 GewO) verfüge. Dieses Gewerbe - und nicht bloß das Gewerbe der Elektrotechnik (§ 94 Z 16 iVm § 106 GewO) - umfasse die Lieferung, Errichtung, Wartung, Überprüfung und Reparatur von Funkanlagen und insbesondere auch die Anbindung an bereits bestehende Anlagen. Da die Antragstellerin nicht über diese Gewerbeberechtigung verfüge, benötige sie zwingend - um die erforderliche Befugnis nachweisen zu können - Subunternehmer, die den Mangel der Eignung der Antragstellerin substituieren könnten. Subunternehmer hätten aber bereits mit dem Angebot benannt werden müssen. Seien die Firmen C*** und D*** jedoch keine ubunternehmer, dann stelle sich die Frage, auf wessen Befugnis die Antragstellerin verweisen könne. Selbst wenn die Antragstellerin die Firmen C*** und D*** namhaft gemacht haben sollte, wäre das nicht ausreichend, da sie deren Befugnis hätte nachweisen müssen. Mit Schriftsatz 3. Juli 2008 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger ergänzend vor, dass, falls die Fa. C*** und die Fa. D*** bloße Lieferanten seien, wie dies die Antragstellerin nunmehr vorbringe, die Antragstellerin nicht einmal die erforderliche Befugnis für die Ausführung des Auftrags aufweisen würde, da sie nicht über die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes "Kommunikationselektronik" (Paragraph 94, Ziffer 39, GewO) verfüge. Dieses Gewerbe - und nicht bloß das Gewerbe der Elektrotechnik (Paragraph 94, Ziffer 16, in Verbindung mit Paragraph 106, GewO) - umfasse die Lieferung, Errichtung, Wartung, Überprüfung und Reparatur von Funkanlagen und insbesondere auch die Anbindung an bereits bestehende Anlagen. Da die Antragstellerin nicht über diese Gewerbeberechtigung verfüge, benötige sie zwingend - um die erforderliche Befugnis nachweisen zu können - Subunternehmer, die den Mangel der Eignung der Antragstellerin substituieren könnten. Subunternehmer hätten aber bereits mit dem Angebot benannt werden müssen. Seien die Firmen C*** und D*** jedoch keine ubunternehmer, dann stelle sich die Frage, auf wessen Befugnis die Antragstellerin verweisen könne. Selbst wenn die Antragstellerin die Firmen C*** und D*** namhaft gemacht haben sollte, wäre das nicht ausreichend, da sie deren Befugnis hätte nachweisen müssen.

Mangels ausreichender Befugnis könne die Antragstellerin die Lieferung, Errichtung, Wartung, Überprüfung und Reparatur der Anlagen ebenso wenig selbst ausführen, wie insbesondere die Anbindung an bereits bestehende Anlagen. Die Antragstellerin könne nicht einmal im Rahmen der Gewährleistung für ihre Leistungen eintreten, da sie die Wartung, Überprüfung oder Reparatur nicht selbst ausführen dürfe. Es sei zu vermuten, dass die Antragstellerin mangelhafte Komponenten an ihre Lieferanten zur Reparatur zurückschicken würde. In diesem Fall wären die Reparaturleistungen von C*** oder D*** wiederum als Leistungen zu qualifizieren und damit die beiden Unternehmer als Subunternehmer und nicht bloß als Lieferanten anzusehen.

Die Antragstellerin sei auch mangels ausreichender technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden. Die Antragstellerin sei - soweit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger bekannt - auf dem Markt bislang nicht als Fachunternehmen für Funkanlagen oder gar Tunnelfunkanlagen aufgetreten. Bei der technischen Leistungsfähigkeit handle es sich um ein Eignungskriterium, welches - auch ohne dass dies in der Ausschreibung ausdrücklich festgehalten werde - gegeben sein müsse und dessen Mangel zur Ausschließung vom Vergabeverfahren zu führen habe (vgl. VwGH 31.5.2000, 2000/04/0014). Bei der Antragstellerin dürfte die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sein. Es sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin nicht über das erforderliche qualifizierte Personal verfüge. Für die Auftragsausführung seien auch besondere Geräte erforderlich, die die Antragstellerin vermutlich nicht vorweisen könne. Für die Tests und die Inbetriebnahme aber auch für allfällige Reparaturen, seien GSM-R-Spezialgeräte, wie etwa ein GSM-R-Mobilfunktester, erforderlich. Die Antragstellerin gestehe weiters zu, ein ausschreibungswidriges Strahlerkabel angeboten zu haben. Auch im Verhandlungsverfahren müssten sich die Bieter - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - nämlich an die Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung halten. Ein Kabeltyp mit nur 1 1/4 Zoll, widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen. Die Antragstellerin sei auch mangels ausreichender technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden. Die Antragstellerin sei - soweit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger bekannt - auf dem Markt bislang nicht als Fachunternehmen für Funkanlagen oder gar Tunnelfunkanlagen aufgetreten. Bei der technischen Leistungsfähigkeit handle es sich um ein Eignungskriterium, welches - auch ohne dass dies in der Ausschreibung ausdrücklich festgehalten werde - gegeben sein müsse und dessen Mangel zur Ausschließung vom Vergabeverfahren zu führen habe (vergleiche VwGH 31.5.2000, 2000/04/0014). Bei der Antragstellerin dürfte die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sein. Es sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin nicht über das erforderliche qualifizierte Personal verfüge. Für die Auftragsausführung seien auch besondere Geräte erforderlich, die die Antragstellerin vermutlich nicht vorweisen könne. Für die Tests und die Inbetriebnahme aber auch für allfällige Reparaturen, seien GSM-R-Spezialgeräte, wie etwa ein GSM-R-Mobilfunktester, erforderlich. Die Antragstellerin gestehe weiters zu, ein ausschreibungswidriges Strahlerkabel angeboten zu haben. Auch im Verhandlungsverfahren müssten sich die Bieter - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - nämlich an die Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung halten. Ein Kabeltyp mit nur 1 1/4 Zoll, widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen.

Mit Schriftsatz vom 7. Juli 2008 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass ihr die Antragslegitimation keineswegs fehle. Sie sei ausreichend leistungsfähig den Auftrag zu erbringen. Abgesehen davon sei festzuhalten, dass die Eignung bereits in der ersten Verfahrensstufe geprüft werden müsse und dies auch geschehen sei. Im gegenteiligen Fall wäre das Angebot der Antragstellerin wohl ausgeschieden worden. Die Antragstellerin verfüge jedenfalls über sämtliche notwendige Gewerbeberechtigungen. Ferner verfüge sie auch über das notwendige qualifizierte Personal.

Mit dem Aufklärungsschreiben begehre der Auftraggeber unzulässigerweise weitere Informationen über die Eignung der Antragstellerin (Referenzen, Mitarbeiter, etc.). Die Eignung hätte aber bereits zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen müssen bzw. im Rahmen der Teilnahmeanträge geprüft werden müssen. Trotzdem habe die Antragstellerin fristgerecht die geforderten Aufklärungen geliefert.

Mit Schriftsatz vom 7. Juli 2008 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass die Antragstellerin weder in ihrem Teilnahmeantrag noch in ihrem Angebot Subunternehmer namhaft gemacht habe, geschweige denn entsprechende Eignungsnachweise oder Nachweise betreffend etwaiger Verfügungsbefugnisse vorgelegt habe. Die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin sei vom Auftraggeber bis dato nicht geprüft worden. Dies deshalb, da der Zuschlag rechtmäßig an den präsumtiven Zuschlagsempfänger als Bestbieter zu erteilen sei. Dies ändere aber nichts daran, dass der Auftraggeber verpflichtet sei, auch im Verfahrensstadium nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung die Angebotsprüfung zu vervollständigen und das Angebot gegebenenfalls auszuschneiden (VwGH 28.3.2007,

2005/04/0200). Der Auftraggeber habe daraufhin am 27. Juni 2008 ein Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin mit detaillierten Fragen zur beabsichtigten Durchführung des Auftrages gerichtet. Parallel dazu habe der Auftraggeber die von der Antragstellerin im Teilnahmeantrag genannten Referenzprojekte nachgeprüft.

Die Antragstellerin habe das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers mit Schreiben vom 4. Juli 2008 fristgerecht, jedoch unvollständig, teilweise nicht nachvollziehbar und teilweise in sich widersprüchlich, beantwortet. Das Angebot der Antragstellerin sei zwingend gemäß § 269 BVergG auszuscheiden. Die Antragstellerin habe das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers mit Schreiben vom 4. Juli 2008 fristgerecht, jedoch unvollständig, teilweise nicht nachvollziehbar und teilweise in sich widersprüchlich, beantwortet. Das Angebot der Antragstellerin sei zwingend gemäß Paragraph 269, BVergG auszuscheiden.

Es würden folgende Ausscheidungsgründe vorliegen:

1. 1.Ziffer eins

Ausscheidung wegen unterlassener (nachvollziehbarer) Aufklärung (§ 269 Abs 3 BVergG); Ausscheidung wegen unterlassener (nachvollziehbarer) Aufklärung (Paragraph 269, Absatz 3, BVergG):

Es liege der Ausscheidungsgrund der unterlassenen Aufklärung bzw. der Unterlassung einer nachvollziehbar begründeten Aufklärung vor:

1. a)Litera a

Keine Aufklärung bezüglich technisches Fachpersonal:

Im Aufklärungsersuchen vom 27. Juni 2008 habe der Auftraggeber um Angaben ersucht, welche Mitarbeiter die Antragsstellerin bei der Erbringung der verschiedenen Teilleistungen einzusetzen beabsichtige (Namen, Ausbildung, Berufserfahrung, Sozialversicherung etc). Die Antragstellerin habe in ihrem Antwortschreiben vom 4. Juli 2008 lediglich eine einzige Person, nämlich Herrn Ing. E***, genannt. Im Übrigen habe die Antragstellerin lediglich eine Liste aller Mitarbeiter mit Namen und Sozialversicherungsnummern vorgelegt. Die Antragstellerin habe aber nicht, wie gefordert, darüber aufgeklärt, konkret welche Personen sie für konkret welche Teilleistung einzusetzen gedenke. Sie habe weder Angaben zur Ausbildung und Berufserfahrung gemacht, noch entsprechende Nachweise beigelegt. Sie habe nicht begründet, warum die Mitarbeiter für die entsprechende Leistung qualifiziert sein sollten.

1. b)Litera b

Keine Aufklärung bezüglich technischer Ausstattung:

Der Auftraggeber habe um Aufklärung ersucht, über welche technische Ausstattung (insb. GSM-R Spezialgeräte wie GSM-R Tester, Reparaturwerkstatt für Mobilfunkkomponenten etc) die Antragstellerin verfüge und einzusetzen beabsichtige. Hiezu habe die Antragstellerin in ihrem Antwortschreiben lediglich eine Liste "Geräte und Werkzeuge NL West - Messgeräte" beigelegt. Angaben über eine darüber hinausgehende technische Ausstattung - wie insbesondere die Reparaturwerkstatt für Mobilfunkkomponenten - habe die Antragstellerin nicht erstattet.

1. c)Litera c

Keine Aufklärung bezüglich des Anteils von Fremdfirmen:

Die Frage, wie hoch der Anteil der Fremdfirmen am Gesamtauftragsvolumen sei und welche Fremdfirma welchen Anteil daran habe bzw um welche konkreten Leistungen es sich hierbei handle, habe die Antragstellerin nicht beantwortet.

1. d)Litera d

Keine Aufklärung bezüglich technischer Beschreibung des Angebotes:

Der Auftraggeber habe im Aufklärungsersuchen um die - bereits in der Aufforderung zur Angebotsabgabe geforderte - technische Beschreibung der angebotenen Leistungen, insbesondere um ein schriftliches Redundanzkonzept und ein Abnahmemessprotokoll, ersucht. Die Antragsstellerin habe lediglich eine DIN A4 Seite "Systembeschreibung Analogfunk" vorgelegt. Hinsichtlich des Abnahmemessprotokolls beschränke sich die Antragstellerin auf drei Sätze.

1. e)Litera e

Keine Aufklärung bezüglich Fragen zu den Referenzaufträgen:

Die Antragstellerin habe die Frage zu den einzelnen Referenzprojekten (technische Beschreibung, Subunternehmereinsatz etc) nicht beantwortet. Zu der geforderten Bescheinigung der ASFINAG habe die Antragstellerin lediglich festgehalten, dass diese wegen urlaubsbedingter Abwesenheit des zuständigen Mitarbeiters der ASFINAG nachgereicht werde.

1. f) Litera f

Unvollständige und nicht nachvollziehbare Kalkulationsformblätter:

Der Auftraggeber habe zu jenen Positionen des Leistungsverzeichnisses, in denen eine "Tätigkeit" und nicht nur die Lieferung von Material "stecke" und daher auch möglicherweise ein Leistungsanteil von Subunternehmern "stecken" könnte, um die Übermittlung der entsprechenden Kalkulationsformblätter K 7 ersucht. Darüber hinaus sei die Vorlage eines K 3 Kalkulationsformblattes gefordert worden. Die vorgelegten K-Blätter seien in sich widersprüchlich und nicht aussagekräftig und daher nicht nachvollziehbar.

1. 2. Ziffer 2

Ausscheidung wegen fehlender Eignung:

Das Angebot der Antragstellerin sei aber auch wegen fehlender Eignung - und zwar konkret sowohl wegen fehlender Befugnis als auch wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit - auszuschließen. Die Antragstellerin benötige für die Erbringung des Auftrages sowohl die Befugnis als auch die technische Leistungsfähigkeit von Subunternehmern. Die Antragstellerin habe aber weder in ihrem Teilnahmeantrag noch in ihrem Angebot Subunternehmer namhaft gemacht, geschweige denn Eignungsnachweise oder Nachweise einer Verfügungsbefugnis vorgelegt.

1. a) Litera a

Die Antragstellerin beabsichtige die ausgeschriebene Leistung unter Einsatz von Subunternehmern, nämlich C*** und D***, durchzuführen. Dies zeige sich auch am Ablauf des Verfahrens. So sei die Antragstellerin zum Verhandlungstermin am 16. April 2008 mit zwei Mitarbeitern der Firma C*** und mit drei Mitarbeitern der Firma D*** erschienen. Bei der Ortsbesichtigung sei ebenfalls ein Mitarbeiter der Firma C*** anwesend gewesen. Der Subunternehmereinsatz ergebe sich auch schlüssig aus dem Angebot der Antragstellerin. Dieses bestehe im Wesentlichen lediglich aus einem zweiseitigen Begleitschreiben (Beilage zum Angebot), dem Leistungsverzeichnis und einer Reihe von Einreichdatenblättern. Darüber hinaus ergebe sich der beabsichtigte Einsatz von Subunternehmern auch klar aus dem Aufklärungsschreiben vom 4. Juli 2008. So heiße es in Beantwortung einer Frage des Auftraggebers, dass die Detailplanung in Zusammenarbeit mit den Lieferanten der Fachkomponenten erfolgen werde. Als Projektleiter werde lediglich der Herr Ing. E*** genannt. Dass die Firmen C*** und D*** neben den Planungsarbeiten auch Installationsarbeiten durchführen würden, ergebe sich daraus, dass die Antragstellerin im Aufklärungsschreiben vorgebracht habe, dass die Lieferung von Software-Komponenten auch mit Installationsarbeiten und Detailplanungen verbunden sei, welche vom Lieferanten durchzuführen seien. Weiters heiße es zur Herstellung und Verschaltung analoger Tunnelfunkkomponenten, Konfigurieren der Komponenten für den digitalen Funkdienst, und Verschalten, Verkabeln und Prüfen der Komponenten, dass die analogen Tunnelfunkkomponenten und Koppelfelder durch die Firma C*** gefertigt, werksgeprüft und geliefert würden. Die digitalen Funkkomponenten würden durch die Firma D*** gefertigt, werksgeprüft und geliefert. Weiters heiße es, dass der Einbau in die Funkschränke und die Verdrahtung dort erfolge. Weiters heiße es explizit: "Einrichtung, Ausstattung und Schulung erfolgt in enger Zusammenarbeit mit der Firma C***". Damit sei klar erkennbar, dass auch die Firma C*** Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Einrichtung, Ausstattung und der Schulung durchführe. Auch das Einpegeln des LWL-Links müsse von D*** durchgeführt werden.

Betreffend "Schulung" ergebe sich aus dem Aufklärungsschreiben, dass diese von Systemexperten der Lieferanten und einem Mitarbeiter der Antragstellerin durchgeführt werde. Auch im Aufklärungsschreiben der Firma D*** heiße es, dass der Antragstellerin vier Mitarbeiter für eine ordnungsgemäße Schulung bei der ÖBB zur Verfügung stünden.

Hinsichtlich der Reparaturen heiße es im Aufklärungsschreiben:

"Die Reparatur erfolgt - so es sich nicht sofort vor Ort durch unser Personal durchführen lässt - beim jeweiligen Lieferanten."

Auch damit sei klar ausgedrückt, dass der Level 1 Support nicht durch die Antragstellerin, sondern von Subunternehmer durchgeführt werde. Das Bundesvergabeamt habe bereits ausgesprochen, dass Reparaturarbeiten durch Lieferanten als Subunternehmerleistung zu qualifiziert seien.

Kalkulationsformblatt K 7:

Dass die ausgeschriebene Leistung im Wesentlichen von den Firmen C*** und D*** durchgeführt werden solle, zeige sich auch an den Kalkulationsformblättern K- 7. Dabei sei zu beachten, dass die Tätigkeit der beiden Subunternehmer als zugekaufte Fremdleistung in der Spalte "Sonstiges" und nicht in der Spalte "Lohn" ausgewiesen sei.

1. b)Litera b

Nichterfüllung des Eignungskriteriums Befugnis:

Für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung sei die Befugnis gemäß § 94 Z 39 GewO

("Kommunikationselektronik") erforderlich. Dies sei dem Auftraggeber von der Landesinnung Wien für Elektro- und Alarmanlagentechnik sowie Kommunikationselektronik auf Anfrage hin schriftlich bestätigt worden.

Derartige Funkanlagen bzw. alle damit in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten würden in den

Vorbehaltsbereich der Kommunikationselektroniker gehören. Eine andere Befugnis - etwa Elektrotechnik - sei zur Erbringung der geforderten Leistungen nicht ausreichend. Gemäß den vorgelegten Gewerbeverzeichnissen verfüge die Antragstellerin lediglich über die Befugnisse "Elektrotechnik", "Baumeister" sowie "Technisches Büro - Ingenieurbüro (Beratende Ingenieure)"; nicht jedoch über jene zur Ausübung des Handwerks

"Kommunikationselektronik". Da die Antragstellerin - wie sie selbst bekräftigt habe - keine Subunternehmer namhaft gemacht habe, welche die fehlende Befugnis substituieren könnten, mangle es ihr an der erforderlichen Eignung. Für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung sei die Befugnis gemäß Paragraph 94, Ziffer 39, GewO ("Kommunikationselektronik") erforderlich. Dies sei dem Auftraggeber von der Landesinnung Wien für Elektro- und Alarmanlagentechnik sowie Kommunikationselektronik auf Anfrage hin schriftlich bestätigt worden.

Derartige Funkanlagen bzw. alle damit in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten würden in den

Vorbehaltsbereich der Kommunikationselektroniker gehören. Eine andere Befugnis - etwa Elektrotechnik - sei zur Erbringung der geforderten Leistungen nicht ausreichend. Gemäß den vorgelegten Gewerbeverzeichnissen verfüge die Antragstellerin lediglich über die Befugnisse "Elektrotechnik", "Baumeister" sowie "Technisches Büro - Ingenieurbüro (Beratende Ingenieure)"; nicht jedoch über jene zur Ausübung des Handwerks

"Kommunikationselektronik". Da die Antragstellerin - wie sie selbst bekräftigt habe - keine Subunternehmer namhaft gemacht habe, welche die fehlende Befugnis substituieren könnten, mangle es ihr an der erforderlichen Eignung.

1. c)Litera c

Nichterfüllung des Eignungskriteriums "Referenzaufträge":

Die Antragstellerin habe in ihrem Teilnahmeantrag drei Referenzprojekte angegeben:

"XXX", "XXX" und "XXX". Zu allen drei Referenzaufträgen habe sie angegeben, diese Leistungen als

Gesamtunternehmer erbracht zu haben (Eigenanteil 100%). Nach telefonischer Auskunft bei der ASFINAG seien jedoch bei zwei Referenzprojekten die Lieferung des Tunnelfunkequipments, der Aufbau der

Tunnelfunkkomponente, die Inbetriebnahme und auch die Schulung durch die Firma C*** durchgeführt worden.

Daraus folge, dass die Antragstellerin unrichtige Angaben erstattet habe.

1. d)Litera d

Nichterfüllung des Eignungskriteriums "technische Ausstattung":

Die Bieter müssten über die nötige technische Ausstattung, wie insbesondere Messgeräte für die digitalen Funkdienste bzw. Messfahrten (Messempfänger), verfügen. Im Aufklärungsschreiben habe die Antragstellerin

offengelegt, dass sie über keinen eigenen GSM-R-Messplatz verfüge. Die Antragstellerin würde - falls sie keine

derartigen Geräte kaufen würde - auf die Geräte der Firma C*** zurückgreifen. Die Antragstellerin verfüge somit nicht über die für die Ausführung des Auftrages nötige technische Ausstattung. Ein Rückgriff auf die Geräte der Firma C***, die nicht als Subunternehmer namhaft gemacht worden sei, scheide aber mangels

Verfügungsbefugnis aus.

1. e)Litera e

Ausscheidung wegen falscher Erklärung (§ 269 Abs 1 Z 1 BVergG)/Ausscheidung wegen falscher Erklärung

(Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG):

Nach § 229 Abs 1 Z 7 BVergG könnten Sektorenauftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn sich diese bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt hätten. Wie bereits dargelegt, entsprächen die Angaben der Antragstellerin zu den Referenzaufträgen nicht der Wahrheit. Wesentliche Teile seien von der Firma C*** durchgeführt worden. Entgegen den Aufforderungen des Auftraggebers habe die Antragstellerin keine Auskünfte in Bezug auf die Referenzaufträge erteilt. Nach Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG könnten Sektorenauftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn sich diese bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt hätten. Wie bereits dargelegt, entsprächen die Angaben der Antragstellerin zu den Referenzaufträgen nicht der Wahrheit. Wesentliche Teile seien von der Firma C*** durchgeführt worden. Entgegen den Aufforderungen des Auftraggebers habe die Antragstellerin keine Auskünfte in Bezug auf die Referenzaufträge erteilt.

1. f) Litera f

Ausscheidung wegen Ausschreibungswidrigkeit:

Das Angebot der Antragstellerin sei schlussendlich auch wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbedingungen auszuschneiden. In den Ausschreibungsunterlagen sei das Angebot eines 1 1/2" Kabels gefordert gewesen. Die Antragstellerin habe ausweislich ihres Angebotsbegleitschreibens ein 1 1/4" Kabel angeboten. Das Angebot sei daher - ohne weitere Prüfung der Behebbarkeit dieses Mangels - vom Vergabeverfahren auszuschneiden.

Auch sei das Angebot der Antragstellerin unvollständig. In Pkt. 2.1.1 der Ausschreibungsunterlage sei verlangt, dass der Bieter dem Angebot ein entsprechendes Redundanzkonzept beizulegen habe. Ebenso sei ein Abnahmemessprotokoll gefordert gewesen. Die Antragstellerin habe weder eine detaillierte technische Beschreibung noch ein Redundanzkonzept bzw ein Abnahmemessprotokoll beigelegt oder entsprechend der Aufforderung vom 10.4.2008 zur Verhandlungsrunde am 16.4.2008 beigebracht. Das Angebot der Antragstellerin sei daher als unvollständig und wegen Nichtbehebung dieses Mangels auszuschneiden.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 2008 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass sich der Auftrag in einen Liefer- und in einen Installationsanteil unterteilen lasse. Bei der Installation von Geräten und Geräteteilen, welche im Zuge der Erneuerung angeschafft würden, handle es sich nicht um Bauleistungen. Da der Montageanteil und der Lieferanteil keine homogene Gesamtleistung darstellen würden und da der Lieferanteil überwiege, liege ein Lieferauftrag vor. Zu verweisen sei auch auf die Ausschreibung, wo als Auftragsgegenstand die Lieferung und die Montage eines Tunnelfunksystems genannt seien. Der Montageanteil sei jedenfalls nicht höher als mit 20% anzusetzen. Die Tunnelfunkanlage könne auch wieder ausgebaut und anderweitig verwendet werden.

Die Firmen C*** und D*** seien Hersteller der Hardwarekomponenten. Diese Komponenten würden in der Folge an die Antragstellerin geliefert, welche die Endfertigung vornehme. Die Hardwarekomponenten würden in einen "Funkschrank" eingebaut. Die Endabnahme erfolge durch das Personal des Herstellers zusammen mit dem eigenen Personal der Antragstellerin. Die Einbringung und Endmontage im Tunnel erfolge durch eigenes Personal der Antragstellerin. Nach Ansicht der Antragstellerin handle es sich bei den Firmen C*** und D*** daher um bloße Lieferanten. Falls es sich bei diesen Firmen entgegen der Ansicht der Antragstellerin doch um Subunternehmer handeln sollte, so habe die Antragstellerin diese jedenfalls im Angebot benannt.

Mitarbeiter der Firmen C*** und D*** würden va im Bereich "Schulung der ÖBB-Mitarbeiter" eingesetzt. Richtig sei, dass die Antragstellerin schadhafte oder fehlerhafte Komponenten zur Reparatur an den jeweiligen Hersteller schicken müsse. Die Inbetriebnahme, das Einpegeln, die Parametrierung und das Einmessen würden von der Antragstellerin in Abstimmung mit den Lieferanten durchgeführt.

Richtig sei, dass sowohl bei der Verhandlungsrunde am 16.4. 2008 als auch bei der Ortsbesichtigung Personal von C*** und D*** anwesend gewesen sei.

RA Dr. G*** brachte vor, dass die Antragstellerin jedenfalls über die erforderliche Befugnis verfüge. Aus dem

Tätigkeitsbereich des "Elektrotechnikers" gehe klar hervor, dass dieser die Befugnis für Planung, Berechnung, Bau, Errichtung, Prüfung, Inbetriebnahme, Wartung und Instandsetzung für Kommunikationsanlagen habe. Die Interpretation des Landesinnungsmeisters für Kommunikationselektronik sei unrichtig. Weiters sei darauf hinzuweisen, dass die Befugnis des "Elektrotechnikers" gegenüber dem Kommunikationselektroniker weiter sei und jedenfalls auch die Befugnis für "Kommunikationselektronik" mit umfasse.

Über Befragen, ob die von der Antragstellerin angegebenen Referenzprojekte von dieser als Gesamtunternehmer im Umfang von 100 % durchgeführt worden seien, erklärte RA Dr. G***, dass die genannten Referenzaufträge von der Antragstellerin ausgeführt worden seien. Die Referenzen seien auch bis zum Nachprüfungsverfahren nicht bemängelt worden. Der Auftraggeber sei für sein gegenteiliges Vorbringen jeden Beweis schuldig geblieben. Die entsprechenden Bescheinigungen der ASFINAG wären urlaubsbedingt nicht zu erhalten gewesen. Die Antragstellerin hätte diese jedoch nachreichen können.

Zum Themenkreis "einzusetzendes Personal" brachte die Antragstellerin vor, dass es ihr in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich gewesen wäre, das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers konkreter zu beantworten. Die Antragstellerin verfüge jedenfalls über eigenes, ausreichend qualifiziertes Personal. Es sei nicht notwendig, für die Auftrags Erfüllung auf Fremdpersonal zurückzugreifen. Überdies sei die Eignung der Antragstellerin samt Nachweisen in der Internet-Plattform @ava des ÖBB-Konzerns nachgewiesen worden.

Aus der vorgelegten Geräteliste ergebe sich, dass die Antragstellerin sehr wohl über die GSM-R-Spezialgeräte verfüge. Herr F*** erklärte, dass die Antragstellerin derzeit weder über einen GSM-R-Tester noch über GSM-R-Spezialgeräte verfüge. Weiters verfüge die Antragstellerin auch nicht über GSM-Tester. Diese Geräte würden entweder angekauft oder von der Fa. C*** angemietet werden. Eine schriftliche Verfügungsbefugnis könne die Antragstellerin jedoch nicht vorlegen. Die Geräteausstattung sei im Rahmen der Verhandlungsrunde am 16.4.2008 vom Auftraggeber nicht thematisiert worden.

Auf Befragen, ob die Antragstellerin ihrem Angebot ein Redundanzkonzept und ein Abnahmemessprotokoll oder überhaupt eine nachvollziehbare technische Beurteilung beigelegt habe, verwies diese auf den Vergabeakt und auf die Ausführungen im Aufklärungsschreiben vom 4.7.2008.

Auf Befragen, ob es richtig sei, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot 1 1/4" Kabel angeboten habe und in Pos. 15.1.1 auch 1 1/2" Kabel, wurde dies von der Antragstellerin bestätigt. Richtig sei, dass im Zuge der Verhandlungsrunde vom 16.4.2008 die Kabeldimension Gegenstand des Verhandlungsgespräches gewesen sei. Im Zuge der Verhandlungsrunde habe der Auftraggeber aufgrund des Angebotes der Antragstellerin hinsichtlich der Kabeldimension die Antragstellern lediglich aufgefordert, für das 1 1/4" Kabel die Pegelberechnungen nachzuliefern. Diese Pegelberechnungen seien auch nachgeliefert worden. Die Antragstellerin habe ein Angebot "mit einer technischen Abänderung" gelegt.

Der Auftraggeber brachte in der mündlichen Verhandlung am 9. Juli 2008 ergänzend vor, dass es sich seiner Ansicht nach eindeutig um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handle. Beim gegenständlichen Verfahren handle es sich um ein Los eines Gesamtbauvorhabens. In der Ausschreibung habe der Auftraggeber jedoch irrtümlich festgehalten, dass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handle.

RA Dr. H*** brachte vor, dass es sich um einen Bauauftrag handle, da eine Tunnelfunkanlage für die Funktionalität eines Eisenbahntunnels erforderlich sei. Aufgrund einer Fülle behördlicher und gesetzlicher Vorschriften dürfe ein Eisenbahntunnel ohne Tunnelfunkanlage nicht betrieben werden. Die Tunnelfunkanlage werde speziell für den Arlberg-Eisenbahntunnel geplant und mit den baulichen Einrichtungen des Tunnels fest verbunden. Die konkret ausgeschriebene Tunnelfunkanlage sei nur für den Arlberg-Eisenbahntunnel verwendbar. Es handle sich auch nicht um eine bloße Erneuerung der bestehenden Anlage, sondern es würde eine Fülle weiterer Funktionalitäten eingebaut (TETRA-Funk, Tunnelrettungskanal etc.). Hauptgegenstand des Verfahrens sei die Planung, Herstellung, Installation und Inbetriebnahme einer speziell für den Arlbergtunnel "designten" und technisch hoch komplexen Kommunikationsanlage. Ein ganz wesentliches Element des Auftrages sei die Projektierung.

Nach Ansicht des Auftraggebers handle es sich bei den Firmen C*** und D*** zweifelsfrei um Subunternehmer. Aus den K 7-Blättern ergebe sich, dass ein sehr hoher Fremdleistungsanteil - und damit Subunternehmerleistungen - in der Spalte "Sonstiges" enthalten seien. Im Teilnahmeantrag seien von der Antragstellerin jedoch keine Subunternehmer namhaft gemacht worden. Zwar seien in der Ausschreibung selbst keine Vorschriften hinsichtlich des

Subunternehmereinsatzes vorgesehen. Diesbezüglich sei jedoch auf die AGB des Auftraggebers, welche eine Namhaftmachung von Subunternehmern vorsehen würden (Punkt 1.1.5 und 2.10.2.), zu verweisen. Diese AGB seien im Ausschreibungsleistungsverzeichnis für anwendbar erklärt worden.

Nach Ansicht des Auftraggebers müsste ein Auftragnehmer jedenfalls über die Befugnis gemäß § 94 Z 39 GewO ("Kommunikationselektronik") verfügen, um den Auftrag erfüllen zu können. Ausschreibungsgegenstand sei die Planung, Errichtung, Inbetriebnahme etc. einer Kommunikationsanlage mit hoch komplexen Funktionalitäten, wie insbesondere Empfangsgeräte für TETRA-Funk etc. Eine Gewerbeberechtigung als "Elektrotechniker" reiche jedenfalls nicht aus. Ein Auftraggeber sei nach den Bestimmungen des BVergG nicht gehalten, konkrete Befugnisvorgaben in die Ausschreibung aufzunehmen. Ein sachverständiger Bieter müsse selbst wissen, welche Befugnisse ein konkreter Auftrag erfordere. Nach Ansicht des Auftraggebers müsste ein Auftragnehmer jedenfalls über die Befugnis gemäß Paragraph 94, Ziffer 39, GewO ("Kommunikationselektronik") verfügen, um den Auftrag erfüllen zu können. Ausschreibungsgegenstand sei die Planung, Errichtung, Inbetriebnahme etc. einer Kommunikationsanlage mit hoch komplexen Funktionalitäten, wie insbesondere Empfangsgeräte für TETRA-Funk etc. Eine Gewerbeberechtigung als "Elektrotechniker" reiche jedenfalls nicht aus. Ein Auftraggeber sei nach den Bestimmungen des BVergG nicht gehalten, konkrete Befugnisvorgaben in die Ausschreibung aufzunehmen. Ein sachverständiger Bieter müsse selbst wissen, welche Befugnisse ein konkreter Auftrag erfordere.

RA Dr. H*** brachte weiters vor, dass sich auf der Internet-Plattform @ava der ÖBB keine Nachweise über Mitarbeiter finden würden. Auch für den im Angebot der Antragstellerin genannte F*** habe die Antragstellerin im Zuge der Aufklärung weder Lebenslauf noch Ausbildungs- oder Berufserfahrungsnachweise vorgelegt. Diese wären jedoch vorzulegen gewesen.

Ing. I***, ein Mitarbeiter des Auftraggebers, welcher bei der Verhandlungsrunde am 16.4.2008 anwesend war, bestätigte, dass im Zuge der Verhandlungen die Kabeldimensionen nur insoweit releviert worden seien, als das geforderte Datenblatt - welches das 1 1/4" Kabel betroffen hätte - im Zuge der Verhandlungsrunde von der Antragstellerin beigebracht worden sei. RA Dr. H*** erklärte in diesem Zusammenhang, dass mit der Antragstellerin nicht darüber verhandelt worden sei, dass diese anstelle des geforderten 1 1/2" Kabels ein Kabel der Dimension 1 1/4" anbieten hätte können. Die Pos. 15.1.1 des LV sei nach Ansicht des Auftraggebers nicht dazu vorgesehen, ein allfälliges Alternativangebot "einzutragen". In dieser Position hätten vielmehr zusätzliche Lieferungen und Leistungen angeführt werden können, welche im LV nicht vorgesehen seien, jedoch für die Funktionalität des Werkes erforderlich sein könnten. Bei der Pos. 15.1.1 dürfte es sich nach Ansicht des Auftraggebers wohl um eine Alternative der Antragstellerin handeln. Das Hauptangebot der Antragstellerin sei eindeutig jenes, das die 1 1/4" Kabel betreffe.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger wiederholte in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 2008 sein Vorbringen, dass es sich um einen Bauauftrag handle.

Bereits in der von der Antragstellerin erwähnten "Abstimmung" der Arbeiten mit der Fa. C*** sei eine Dienstleistungserbringung durch diese zu erblicken. Daher handle es sich bei der Firma C*** um einen Subunternehmer.

RA Dr. J*** brachte zum Thema "Befugnis" vor, dass, sobald in der Ausschreibung die Bereiche "Hochfrequenz", "Tunnelfunk" oder "Tunnelfunkanlage" genannt seien, der "Elektrotechniker" "draußen sei" und der "Kommunikationselektroniker" "gefordert" sei. Dies sei für jeden fachkundigen Bewerber offenkundig. Solche Funkanlagen lägen nämlich im Vorbehaltsbereich des "Kommunikationselektronikers".

Laut RA Dr. J*** habe die Antragstellerin in der Position 2.1.11 "Strahlerkabel" eine unzulässige Änderung des Leistungsverzeichnisses vorgenommen, indem sie ein Kabel mit einer Dimension von 1 1/4 " angeboten habe. Damit sei das Angebot ausschreibungswidrig, zumal auch die Pos 15.1.1 nicht als "Alternative" gewertet werden könne.

Mit Schriftsatz vom 11. Juli 2008 legte die Antragstellerin ein Schreiben der Firma C***, datiert mit 10.7.2008, vor. In diesem Schreiben bestätigt die Fa. C***, dass die Antragstellerin die GSM-R Tester und GSM-R Spezialgeräte von der Firma C*** anmieten könne.

Mit Schriftsatz vom 14. Juli 2008 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung. Dieser wurde zu GZ N/0100-BVA/09/2008, protokolliert. Die Verfahren N/0059-BVA/09/2008 und N/0100-BVA/09/2008 wurden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden. Die Antragstellerin

brachte - neben der Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens - vor, dass der Auftraggeber am 8.7.2008 trotz eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens hinsichtlich der Zuschlagserteilung (Anm: gemeint wohl Zuschlagsentscheidung) ihr Angebot ausgeschieden habe. Mit Schriftsatz vom 14. Juli 2008 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung. Dieser wurde zu GZ N/0100-BVA/09/2008, protokolliert. Die Verfahren N/0059-BVA/09/2008 und N/0100-BVA/09/2008 wurden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden. Die Antragstellerin brachte - neben der Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens - vor, dass der Auftraggeber am 8.7.2008 trotz eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens hinsichtlich der Zuschlagserteilung Anmerkung, gemeint wohl Zuschlagsentscheidung) ihr Angebot ausgeschieden habe.

Im Verhandlungsverfahren sei die Eignung bereits in der ersten Verfahrensstufe zu prüfen. Da die Antragstellerin zur Angebotslegung eingeladen worden sei, sei sie wohl jedenfalls als geeignet anzusehen. Sie verfüge über sämtliche Gewerbeberechtigungen sowie über qualifiziertes Personal und eine entsprechende technische Ausstattung.

Die Vorgangsweise des Auftraggebers widerspreche jedenfalls den §§ 129 bzw 269 BVergG. Sie sei auch nicht mit der aufrechten einstweiligen Verfügung in Einklang zu bringen. Gerade das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vom 30.6.2008 stelle eine verpönte "zwischenzeitige Handlung" des Auftraggebers dar. Trotzdem habe die Antragstellerin die gewünschte Aufklärung erteilt. Es sei ihr so kurzfristig jedoch nicht möglich gewesen, sämtliche Referenzaufträge zu belegen bzw einen schriftlichen Beleg über die technische Ausstattung bekannt zu geben. Die Firmen C*** und D*** seien - im Gegensatz zum Vorbringen des Auftraggebers - keine Subunternehmer. Die Vorgangsweise des Auftraggebers widerspreche jedenfalls den Paragraphen 129, bzw 269 BVergG. Sie sei auch nicht mit der aufrechten einstweiligen Verfügung in Einklang zu bringen. Gerade das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vom 30.6.2008 stelle eine verpönte "zwischenzeitige Handlung" des Auftraggebers dar. Trotzdem habe die Antragstellerin die gewünschte Aufklärung erteilt. Es sei ihr so kurzfristig jedoch nicht möglich gewesen, sämtliche Referenzaufträge zu belegen bzw einen schriftlichen Beleg über die technische Ausstattung bekannt zu geben. Die Firmen C*** und D*** seien - im Gegensatz zum Vorbringen des Auftraggebers - keine Subunternehmer.

Mit dem Mietangebot der Fa. C*** vom 11.7.2008 habe die Antragstellerin zwischenzeitig auch nachgewiesen, über die erforderliche technische Ausstattung zu verfügen. Auch aus diesem Grunde sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig. Auch der genannte Ausscheidensgrund "Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen" liege nicht vor. Das 1 1/4 Zoll Kabel stelle eine Besserstellung gegenüber dem in der Ausschreibung geforderten 1 1/2 Zoll Kabel dar. Da auch ein entsprechendes Redundanzkonzept vorgelegt worden sei, liege keine Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes vor.

Mit Schriftsatz vom 15. Juli 2008 nahm der Auftraggeber zum vorgelegten Mietangebot der Fa. C*** Stellung und brachte vor, dass maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung beim Verhandlungsverfahren der Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe sei. Das Datum der Einbringung der Urkundenvorlage liege nach Ablauf der Angebotsfrist. Das Mietangebot der Fa. C*** sei daher nicht geeignet, die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe nachzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 17. Juli 2008 nahm der präsumtive Zuschlagsempfänger zum Mietangebot der Fa. C*** Stellung. Er brachte im Wesentlichen vor, dass das Mietangebot der Fa. C*** vom 10.7.2008 der Antragstellerin nicht die technische Leistungsfähigkeit und somit auch nicht die Antragslegitimation vermitteln könne. Die Eignung, insbesondere auch die technische Leistungsfähigkeit, müssten im Verhandlungsverfahren spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Den Nachweis, über die Gerätschaften der C*** verbindlich verfügen zu können, hätte die Antragstellerin bereits mit dem Angebot abgeben müssen. Spätestens im Rahmen der Beantwortung der diesbezüglichen Fragestellungen des Auftraggebers hätte die Antragstellerin Gelegenheit gehabt, den Nachweis zu führen, dass sie schon im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über eine verbindliche Zusage verfügt habe, über die Geräte der C*** im Auftragsfall verfügen zu können. Den Nachweis, dass die technische Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgelegen sei, habe die Antragstellerin mit diesem Mietangebot nicht erbracht. Dass die Antragstellerin nun doch noch ein derartiges Mietanbot vorlege, sei wohl unmittelbare Folge der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 9.7.2008, die einen Tag vor Ausstellung des Mietanbotes der Fa. C*** stattgefunden habe. Es verwundere daher auch nicht, dass im Mietanbot die Formulierung "wie bereits mündlich vereinbart" enthalten sei. Davon abgesehen, dass dies nicht ein konkretes Datum (nämlich vor dem Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe) bedeute, werde das Bundesvergabeamt im Rahmen der Beweiswürdigung zu beurteilen haben, dass dieses Anbot erst vom Tag nach der mündlichen Verhandlung

datiere.

Mit Schriftsatz vom 21. Juli 2008 erklärte der Auftraggeber sein bisheriges Vorbringen im Nachprüfungsverfahren zu GZ N/0059- BVA/09/2008 auch zum Vorbringen im Verfahren zu GZ N/0100- BVA/09/2008.

Mit Schriftsatz vom 22. Juli 2008 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung im Verfahren zu GZ N/0100-BVA/09/2008. Er brachte vor, dass die Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei. Ferner werde das gesamte Vorbringen im Verfahren zu GZ N/0059- BVA/09/2008 auch zum Vorbringen im gegenständlichen Verfahren erhoben.

Mit Schriftsatz vom 23.07.2008 stellte der Auftraggeber einen Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 30.7.2008, GZ N/0059- BVA/09/2008-EV69, wurde der Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung abgewiesen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 11. August 2008 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass sie die Tunnelfunkstation in Form von "Schränken" vormontiere, in die vorgesehenen Aufstellungsnischen und technischen Räume im Tunnel einbringe und dort mit den Stromkabeln, den LWL-Kabeln und den Hochfrequenzkabeln verbinde. Das Strahlerkabel werde nicht von der Antragstellerin verlegt und sei die Verlegung des Strahlerkabels nicht Gegenstand dieser Ausschreibung. Eine Installation von elektrischen Leitungen werde von der Antragstellerin nicht vorgenommen. Der Leistungsteil, den die Antragstellerin erbringe, sei "ohne Verletzung der Substanz" wieder ausbaubar. Die Tunnelfunkstation könne - mit einigen kleineren technischen Adaptierungen - auch in anderen gleichartigen Tunneln wieder verwendet werden. Nach Einschätzung der Antragstellerin betrage der Teil des Auftragswertes der Lieferungen (Komponenten, Kabel, Schränke, optische Komponenten, etc.) ca. 90% des Auftragswertes. Der Lieferanteil sei auf jeden Fall der überwiegende Teil. Hauptgegenstand des Auftrages seien jedenfalls nicht die Montage und Installation. Die Bauleistungen seien gegenüber den Lieferleistungen jedenfalls von untergeordneter Natur.

Die Firmen C*** und D*** würden folgende Leistungen erbringen:

- -Strichaufzählung
das Konzept sei in Zusammenarbeit mit C*** und D*** erstellt worden. Dies um mit den Lieferanten die Dimensionierung und die Auswahl der einzusetzenden Bauteile zu besprechen.
- -Strichaufzählung
Die Einschulung werde jeweils von einem Mitarbeiter der Antragstellerin sowie von Mitarbeitern der Lieferanten durchgeführt.
- -Strichaufzählung
Allfällige Reparaturarbeiten würden jeweils im Werk der Lieferanten erfolgen.
- -Strichaufzählung
Im Tunnel würden weder C*** noch D*** Installationsarbeiten durchführen.
- -Strichaufzählung
Das Anschalten, Einmessen, Inbetriebnehmen und Einbinden in bestehende Anlagen werde von der Antragstellerin durchgeführt. Es sei jedoch so, dass auch Experten der Lieferanten anwesend seien, falls es zu Problemen komme oder falls die Kapazitäten der Antragstellerin nicht ausreichen würden.

Über Befragen, weshalb die Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben vom 4.7.2008 nicht konkret jene Personen genannt habe, die sie für konkrete Teilleistungen einzusetzen beabsichtige und auch hinsichtlich der Qualifikation, Berufserfahrung etc. keine genaueren Angaben erstattet habe, erklärte Hr. Ing. E***, dass es weder zum damaligen Zeitpunkt noch zum jetzigen Zeitpunkt möglich sei, konkrete Mitarbeiter zu nennen, welche die konkreten Leistungsteile durchführen würden. Falls die Antragstellerin nicht zur selben Zeit andere Aufträge durchführen würde, stünde ihr jedenfalls genügend qualifiziertes eigenes Personal zur Verfügung. RAA Mag. K*** ergänzte, dass in den Teilnahmebedingungen Mitarbeiterlisten und Nachweise hinsichtlich der Qualifikation der Mitarbeiter nicht gefordert gewesen seien.

Die Antragstellerin verfüge nach wie vor nicht über einen GSMR-Tester, einen GSM- Tester und somit über keine GSMR-Spezialgeräte. Auch über einen GSMR- Messplatz verfüge die Antragstellerin nicht. Ebenso wenig verfüge sie

über eine Reparaturwerkstatt für Mobilfunkkomponenten. Das Mietangebot der Fa. C*** habe es bereits vor dem 10.7.2008, in mündlicher Form, gegeben. Eine mündliche Vereinbarung mit der Fa. C*** über die Anmietung der Geräte habe bereits zum Zeitpunkt des Teilnahmeantrages bestanden.

Dem Angebot sei kein Konzept hinsichtlich des Ausfalls einzelner Komponenten (z.B. Kabelbruch) beigelegt gewesen. Es sei dem Angebot jedoch ein "Verkabelungsschema" beigelegt gewesen, aus dem ersichtlich sei, dass bei Ausfall eines Kabelabschnittes die Versorgung trotzdem sicher gestellt sei. Eine verbale Beschreibung der Redundanz sei dem Angebot jedoch nicht beigelegt gewesen. Es habe kein als "Redundanzkonzept" betitelt Papier gegeben. Ein solches sei vom Auftraggeber auch nicht nachgefordert worden.

Das in Pkt. 2.1.11 des LV vorgeschriebene Abnahmemessprotokoll betreffe nach Ansicht der Antragstellerin die Vorgabe für die Abnahmemessung des durch die Kabelbaufirma verlegten Strahlerkabels. Die Vorgabe sei von der Antragstellerin am 16.4.2008 im Zuge des Verhandlungsgespräches definiert worden. Die Antragstellerin habe drei verschiedene Messungen verlangt, nämlich die "Längsdämpfung über die verwendeten Frequenzbereiche, Reflexionsmessung mit der höchsten verwendeten Frequenz und die passive Intermodulationsmessung". Mehr sei laut Ausschreibung nicht gefordert gewesen.

In der mündlichen Verhandlung vom 11. August 2008 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass es sich seiner Ansicht nach um einen Bauauftrag handle. Die gegenständlichen Tätigkeiten seien Bauleistungen iSd § 4 BVergG iVm Anhang I (Elektroinstallationen, Kommunikationssysteme). Der Auftrag sei somit ex lege als Bauauftrag anzusehen. In der mündlichen Verhandlung vom 11. August 2008 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass es sich seiner Ansicht nach um einen Bauauftrag handle. Die gegenständlichen Tätigkeiten seien Bauleistungen iSd Paragraph 4, BVergG in Verbindung mit Anhang römisch eins (Elektroinstallationen, Kommunikationssysteme). Der Auftrag sei somit ex lege als Bauauftrag anzusehen.

Ing. I*** brachte vor, dass die Antragstellerin auf der @AVA - Internetplattform der ÖBB nicht die Namen, Ausbildung, Berufserfahrung und Qualifikation der Mitarbeiter "abgelegt habe".

Erst anlässlich des Nachprüfungsverfahrens seien seitens des Auftraggebers die Fragen allfälliger Subunternehmer sowie der Befugnis geprüft worden. Bis zu diesem Zeitpunkt habe kein Anlass bestanden, am Vorliegen dieser Voraussetzungen zu zweifeln.

Das geforderte Redundanzkonzept sei dem Angebot nicht beigelegt gewesen. Nach Ansicht des Auftraggebers sei jedenfalls ein verbal ausgeführtes Konzept zu erwarten gewesen, da es sich jedenfalls um einen zentralen Punkt des Auftragsgegenstandes handle. Die Vorlage einer Planzeichnung (Schaltschema) genüge jedenfalls nicht. Die im Zuge der Aufklärung vorgelegte "Systembeschreibung Analogfunk" betreffe lediglich teilweise - nämlich die letzten fünf Absätze - das "Redundanzkonzept". Am 10.4.2008 habe der Auftraggeber die Vorlagen eines Redundanzkonzeptes bis zur Verhandlungsrunde am 16.4.2008 gefordert. Dies sei jedoch nicht geschehen.

Die Antwort der Antragstellerin in der Verhandlungsrunde vom 16.4.2008 hinsichtlich des Abnahmemessprotokolls habe nicht den Vorgaben der Ausschreibung und der Aufforderung des Auftraggebers vom 10.4.2008 entsprochen. Dies insbesondere deshalb nicht, da ein schriftliches Muster eines solchen Protokolls gefordert gewesen sei. Auch dem Aufklärungsschreiben der Antragstellerin seien hiezu nur 3 Stichworte zu entnehmen gewesen. Dies entspreche jedenfalls nicht den genauen Anforderungen an ein Messprotokoll, wie dies die Ausschreibung vorsehe.

Aufgrund der Vorbringen des Auftraggebers, der Antragstellerin sowie des präsumtiven Zuschlagsempfängers, der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlungen vom 9.7.2008 und 11.8.2008 wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang wurde in Österreich unter der Nr. L-381446-7b13 veröffentlicht. Der Aufruf zum Wettbewerb (Bekanntmachung-Sektoren) wurde unter 2007/S 222-2710127 am 17.11.2007 im ABl der EG veröffentlicht. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang wurde in Österreich unter der Nr. L-381446-7b13 veröffentlicht. Der Aufruf zum Wettbewerb (Bekanntmachung-Sektoren) wurde unter 2007/S 222-2710127 am 17.11.2007 im Amtsblatt der EG veröffentlicht.

Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG vergeben werden. Auftraggeber ist die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft. Die Bezeichnung des verfahrensgegenständlichen Auftrages lautet in der Bekanntmachung: "Sicherheitstechnische Nachrüstung

Arlbergtunnel/Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel". Dieses Los ist Teil des Gesamtvorhabens "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel". Der geschätzte Auftragswert aller Lose beläuft sich auf Euro XXX ohne USt (Angaben des Auftraggebers; Vergabeakt). Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt Euro 2,8 Mio ohne USt (Angaben des Auftraggebers; Vergabeakt). Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG vergeben werden. Auftraggeber ist die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft. Die Bezeichnung des verfahrensgegenständlichen Auftrages lautet in der Bekanntmachung: "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel/Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel". Dieses Los ist Teil des Gesamtvorhabens "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel". Der geschätzte Auftragswert aller Lose beläuft sich auf Euro römisch 30 ohne USt (Angaben des Auftraggebers; Vergabeakt). Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt Euro 2,8 Mio ohne USt (Angaben des Auftraggebers; Vergabeakt).

Laut Ausschreibung (Ausschreibungs-LV Pos Nr. 00A2120) erfolgt die Vergabe nach den Sektorenbestimmungen des BVergG für den Unterschwellenbereich. Laut Bekanntmachung handelt es sich um eine Bauleistung, laut Ausschreibungs-LV um ein Bauvorhaben.

Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Zuschlagskriterien sind die "Technische Bewertung" (gewichtet mit 50%), sowie der Preis (ebenfalls gewichtet mit 50%).

Gegenstand der Ausschreibung ist laut Ausschreibungs-LV, Pos. 00A1110, die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines Tunnelfunksystems für den Arlbergtunnel. Leistungsumfang sind sämtliche Hardwarekomponenten, Montagen und Leistungen, um die geforderten Funktionalitäten erfüllen zu können und die Schulung der ÖBB Infrastruktur Betrieb AG-Mitarbeiter.

Pos Nr 00C2110 des Ausschreibungs-LV, "AGB - Anlagenbau 01.2007", lautet:

Es gelten ausschließlich die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für den Anlagenbau (AGB AB), Ausgabe 01.2007". Die AGB stehen im Internet auf www.oebb.at unter "B2B Online" zur Verfügung.

Punkt 1.1.5 der AGB - Anlagenbau 01.2007 lautet:

Der Bieter hat in seinem Angebot nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, und die dafür in Frage kommenden Subunternehmer bekannt zu geben.

Punkt 2.10. "Subunternehmerleistungen" der AGB lautet:

2.10.1: Die Weitergabe des gesamten Auftrags ist unzulässig; ausgenommen sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

2.10.2: Die Weitergabe von wesentlichen Teilen der Leistung ist überdies nur mit schriftlicher, mittels Fax oder elektronisch erteilter Zustimmung des Auftraggebers und nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis und technische Leistungsfähigkeit besitzt. Die Zustimmung des Auftraggebers entbindet den Auftragnehmer nicht von seiner Haftung.

Gemäß Punkt 2.1.1 "Vorgaben, Konzept" und 2.1.4 "Störfall" des Kapitels 2 des Ausschreibungs-LV ist dem Angebot ein Redundanzkonzept beizulegen.

Punkt 2.1.11 ("Strahlendes Kabel") letzter Absatz lautet:

Die Übergabe der gesamten Kabelanlage von der Kabelbaufirma zum Auftragnehmer erfolgt mittels eines Abnahmeprotokolls. [...]. Die genauen Anforderungen an das Messprotokoll sind vom Auftragnehmer zu definieren und dem Angebot beizulegen. Gemäß Punkt 2.1.11 ("Strahlendes Kabel") ist für jedes System ein geeigneter Kabeltyp in der Dimension von mindestens 1 1/2 Zoll und 50 Ohm Wellenwiderstand vorzuschlagen.

Punkt 2.1.25 ("Einschulung in deutscher Sprache") lautet auszugsweise:

Nach der Inbetriebnahme sind für jedes System eine mindestens zweitägige Einschulung an der Anlage vor Ort, sowie ein mindestens eintägiger theoretischer Kurs durchzuführen. Schulungsinhalte:

Aufbau, Funktion, Betrieb, Konfiguration, Fehlerbehebung und Sicherheitsaspekte der einzelnen Komponenten und des Gesamtsystems. [...].

Die Bewerbung der Antragstellerin bestand aus einer Referenzliste, einem Gewerberegisterauszug, einem Firmenbuchauszug, einer Haftpflichtversicherungspolizze, einer Bestätigung der NÖGKK, einer

Unbedenklichkeitsbescheinigung, einem Schreiben der Antragstellerin zur Zertifizierung, einer Erklärung zur allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit sowie aus einem Schriftstück, in dem darauf hingewiesen wird, dass alle allgemeinen Unterlagen über Befugnis, Zuverlässigkeit, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bereits in My Account/Dokumente hinterlegt sind.

Die Antragstellerin hat u.a. folgende Referenzen für Tunnelfunkanlagen angegeben:

- -Strichaufzählung
XXXrömisch 30
- -Strichaufzählung
XXXrömisch 30
- -Strichaufzählung
XXXrömisch 30

Zu allen 3 Referenzen gab die Antragstellerin an, den Auftrag als Gesamtunternehmer zu 100% selbst erbracht zu haben.

Die Antragstellerin verfügt nachweislich über folgende Gewerbeberechtigungen:

- 1.) Ziffer eins
Elektrotechnik gemäß § 94 Z 16 GewO 1994
Elektrotechnik gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO 1994
- 2.) Ziffer 2
Technisches Büro - Ingenieurbüro (Beratende Ingenieure) gemäß § 94 Z 69 GewO 1994, Fachgebiet Elektrotechnik
Technisches Büro - Ingenieurbüro (Beratende Ingenieure) gemäß Paragraph 94, Ziffer 69, GewO 1994, Fachgebiet Elektrotechnik
- 3.) Ziffer 3
Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO 1994
Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994

Die Antragstellerin wurde zur Abgabe eines Teilnahmeantrages aufgefordert. Der Teilnahmeantrag bestand aus der (neuerlichen) Vorlage der Referenzliste, dem Schreiben der Antragstellerin zur Zertifizierung sowie aus dem Schriftstück, in dem darauf hingewiesen wird, dass alle allgemeinen Unterlagen über Befugnis, Zuverlässigkeit, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bereits in My Account/Dokumente hinterlegt sind.

Subunternehmer wurden seitens der Antragstellerin im Teilnahmeantrag nicht genannt.

Eine Eignungsprüfung wurde im Zuge der Prüfung der Teilnahmeanträge nicht durchgeführt. So wurden seitens des Auftraggebers keine Aufklärungen hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit bzw der Befugnis der Antragstellerin verlangt. Lediglich die auf der Internetplattform der ÖBB abgelegten Dokumente der Antragstellerin wurden einer Prüfung unterzogen (Angaben Ing. I***).

In der Folge wurde die Antragstellerin zur Legung eines Angebotes eingeladen. Insgesamt legten zwei Unternehmer ein Angebot. Das Erstangebot der Antragstellerin vom 25.3.2008 bestand aus einem ausgepreisten Kurz-LV, einer "Beilage zum Angebot", einem "Einreichplan", aus diversen Schaltplänen, einer Pegelbilanz, einem "Raumplan Tunnelnischen" sowie Einreichdatenblättern diverser "Lieferanten" sowie aus einer CD.

Die Öffnung der Erstangebote fand am 26.3.2008 statt (vgl Angebotsöffnungsprotokoll). Subunternehmer hat die Antragstellerin im Erstangebot nicht benannt. Die Öffnung der Erstangebote fand am 26.3.2008 statt (vergleiche Angebotsöffnungsprotokoll). Subunternehmer hat die Antragstellerin im Erstangebot nicht benannt.

Seitens der Antragstellerin wurden u.a. Produkte der Firmen C*** sowie D*** angeboten (siehe Datenblätter zum Erstangebot; Vergabeakt; Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 9.7.2008).

Am 16.4.2008 fand eine Verhandlungsrunde statt. Die Öffnung der Letztangebote fand am 28.4.2008 statt. Auch im Letztangebot hat die Antragstellerin keine Subunternehmer benannt.

Aus der Vergabebegründung vom 28.4.2008 ergibt sich hinsichtlich der Bewertung Folgendes:

[...] Die Ergebnisse bzw Nachträge der Verhandlungsrunde, welche am 16.4.2008 mit den beiden Anbietern durchgeführt wurde, sind in die Bewertung mit aufgenommen worden. Die Fa. B*** erzielte sowohl in der technischen Bewertung wie auch beim Preis die bessere Bewertung gegenüber dem Mitbewerber. Aufgrund der

Auswertungsergebnisse wird seitens der ausschreibenden Stelle die Fa. B*** für die Vergabe vorgeschlagen.

Die Zuschlagsentscheidung, lautend auf das Angebot der B***, wurde den Bietern mittels E-Mails am 26.5.2008 bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 9.6.2008 brachte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens unterzog der Auftraggeber den Teilnahmeantrag bzw die Angebote der Antragstellerin einer "genaueren" Prüfung (vgl Aussage RA Dr. H*** und Ing. I*** in der ersten mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 51). Im Zuge dieser Prüfung wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.6.2008 ("Aufklärungsschreiben") aufgefordert, bis 4.7.2008 Fragen betreffend einzusetzende Mitarbeiter, Geräteausstattung, Anteil der Fremdfirmen am Gesamtauftragsvolumen, technische Beschreibung der angebotenen Leistungen und weiters Fragen zu den Referenzprojekten sowie zu Preisangaben (K 3-Blatt, K 7-Blätter) zu beantworten. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens unterzog der Auftraggeber den Teilnahmeantrag bzw die Angebote der Antragstellerin einer "genaueren" Prüfung vergleiche Aussage RA Dr. H*** und Ing. I*** in der ersten mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 51). Im Zuge dieser Prüfung wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.6.2008 ("Aufklärungsschreiben") aufgefordert, bis 4.7.2008 Fragen betreffend einzusetzende Mitarbeiter, Geräteausstattung, Anteil der Fremdfirmen am Gesamtauftragsvolumen, technische Beschreibung der angebotenen Leistungen und weiters Fragen zu den Referenzprojekten sowie zu Preisangaben (K 3-Blatt, K 7-Blätter) zu beantworten.

Das Aufklärungsschreiben der Antragstellerin vom 4.7.2008 hat folgenden Inhalt:

Planungs- und Projektierungsleistungen:

Die Detailplanung erfolgt in Zusammenarbeit mit unserer Projektleitung durch die Lieferanten der Funkkomponenten. Für die analogen Funkdienste ist dies die Firma C***, für die digitalen Funkdienste die Firma D***.

Projektleitung A***:

Herr Ing. E***. Zur Person und Ausbildung siehe beigefügten Lebenslauf. Bitte um Verständnis, dass zum jetzigen Zeitpunkt noch keine weiteren Personen fixiert werden können. Eine Mitarbeiterliste mit SV-Nachweis liegt bei.

Techniker C***:

Bitte um Verständnis, dass zum jetzigen Zeitpunkt noch keine Personen fixiert werden können. Über die generelle Leistungsfähigkeit wird auf die beigefügte Präsentation verwiesen. Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass die Firma C*** nicht Subunternehmer, sondern ausschließlich unser Lieferant ist. Dass die Lieferung von Software-Komponenten auch mit Installationsarbeiten und Detailplanung verbunden ist, welche vom Lieferanten durchzuführen sind, liegt in der Natur der Sache und schadet nicht.

Techniker D***:

Bitte um Verständnis, dass zum jetzigen Zeitpunkt noch keine Personen fixiert werden können. Über die generelle Leistungsfähigkeit wird auf den beigefügten Firmenüberblick verwiesen. Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass die Firma D*** nicht Subunternehmer, sondern ausschließlich unser Lieferant ist. Dass die Lieferung von Software-Komponenten auch mit Installationsarbeiten und Detailplanung verbunden ist, welche vom Lieferanten durchzuführen sind, liegt in der Natur der Sache und schadet nicht.

Messgeräteausstattung:

Siehe beigefügte Messgeräteleiste. Die Evaluierung für die Anschaffung eines eigenen GSM-R-Messplatzes ist derzeit noch nicht abgeschlossen. Für den Fall, dass bis Ende Jänner 2009 noch keine Entscheidung gefallen ist, stehen uns GSM-R Messplätze sowohl von der Firma C***, als auch von der Firma D*** zur Verfügung. Die Messtechnik wird unsererseits durch Herrn F*** wahrgenommen. Auf die reichliche Erfahrung der Firmen C*** und D*** kann jederzeit zurückgegriffen werden.

Herstellung und Verschaltung analoger Tunnelfunkkomponenten, Konfigurieren der Komponenten für digitalen Funkdienst, Verschalten, Verkabeln und Prüfen der Komponenten:

Die analogen Tunnelfunkkomponenten und die Koppelfelder werden durch die Firma C*** gefertigt, werksgeprüft und zu unserer Niederlassung West geliefert. Die digitalen Funkkomponenten werden durch die Firma D*** gefertigt,

werksgeprüft und zu unserer Niederlassung West geliefert. Dort erfolgt der Einbau in die Funkschränke und die Verdrahtung. Dazu stehen in der derzeit in Errichtung befindlichen neuen Niederlassung West in XXX ausreichend Montageplätze zur Verfügung, da auch an eine Endmontage für den deutschen Raum für die durch die Firma C*** übernommene Firma L*** gedacht ist. Die Einrichtung, Ausstattung und Schulung erfolgt in enger Zusammenarbeit mit der Firma C***. Die analogen Tunnelfunkkomponenten und die Koppelfelder werden durch die Firma C*** gefertigt, werksgeprüft und zu unserer Niederlassung West geliefert. Die digitalen Funkkomponenten werden durch die Firma D*** gefertigt, werksgeprüft und zu unserer Niederlassung West geliefert. Dort erfolgt der Einbau in die Funkschränke und die Verdrahtung. Dazu stehen in der derzeit in Errichtung befindlichen neuen Niederlassung West in römisch 30 ausreichend Montageplätze zur Verfügung, da auch an eine Endmontage für den deutschen Raum für die durch die Firma C*** übernommene Firma L*** gedacht ist. Die Einrichtung, Ausstattung und Schulung erfolgt in enger Zusammenarbeit mit der Firma C***.

Herstellung von Komponenten durch die Firma A***:

Von der Firma A*** werden keine Einzelkomponenten hergestellt. Es werden ausschließlich Komponenten namhafter Hersteller eingesetzt.

Schränke: XXX. Stromversorgungskomponenten: XXX. NF-Equipment:Schränke: römisch 30 .
Stromversorgungskomponenten: römisch 30 . NF-Equipment:

XXX, XXX. Für weitere Details muss auf die im Auftragsfall erfolgende Detailplanung verwiesen werden römisch 30 ,
römisch 30 . Für weitere Details muss auf die im Auftragsfall erfolgende Detailplanung verwiesen werden.

Anschalten, Einmessen, Inbetriebnahme, Einbindung in bestehende Anlagen der ÖBB:

Nach der Schrankmontage in XXX werden die einzelnen assemblierten Baugruppen durch die Lieferfirmen C*** und D*** einer Abnahme einerseits zur Garantieübernahme der Lieferanten und andererseits zur Leistungsabnahme durch die A*** unterzogen. Danach erfolgt die Verbringung und der Anschluss der Schränke und Komponenten auf die Baustelle in Abstimmung mit der örtlichen Bauleitung. Die Aufschaltung der Bestandsanlagen erfolgt in Abstimmung mit der örtlichen Bauleitung und dem seitens des Auftraggebers zu benennenden zuständigen Funktechniker. Erfahrungsgemäß ist ein Detailterminplan bei Projekten dieser Größenordnung im Vorhinein schwer exakt festzulegen. Durch die Abwicklung von unserer Niederlassung in XXX aus ist jedoch eine größtmögliche Flexibilität gegeben. Alle Messungen und Abnahmen werden dem zuständigen Funktechniker der ÖBB oder einer anderen namhaft gemachten Person mindestens 14 Tage vorher bekanntgegeben und abgestimmt, um eine Teilnahme an den Messungen - sofern gewünscht - zu ermöglichen. Nach der Schrankmontage in römisch 30 werden die einzelnen assemblierten Baugruppen durch die Lieferfirmen C*** und D*** einer Abnahme einerseits zur Garantieübernahme der Lieferanten und andererseits zur Leistungsabnahme durch die A*** unterzogen. Danach erfolgt die Verbringung und der Anschluss der Schränke und Komponenten auf die Baustelle in Abstimmung mit der örtlichen Bauleitung. Die Aufschaltung der Bestandsanlagen erfolgt in Abstimmung mit der örtlichen Bauleitung und dem seitens des Auftraggebers zu benennenden zuständigen Funktechniker. Erfahrungsgemäß ist ein Detailterminplan bei Projekten dieser Größenordnung im Vorhinein schwer exakt festzulegen. Durch die Abwicklung von unserer Niederlassung in römisch 30 aus ist jedoch eine größtmögliche Flexibilität gegeben. Alle Messungen und Abnahmen werden dem zuständigen Funktechniker der ÖBB oder einer anderen namhaft gemachten Person mindestens 14 Tage vorher bekanntgegeben und abgestimmt, um eine Teilnahme an den Messungen - sofern gewünscht - zu ermöglichen.

Schulung:

Es ist geplant, die Schulung in einem theoretischen und einem praktischen Teil durchzuführen. Für den theoretischen Teil steht unser Schulungsraum in der Niederlassung XXX zur Verfügung. Sollte die Schulung in ÖBB-Räumlichkeiten gewünscht werden, stellt dies ebenfalls kein Problem dar. Im theoretischen Teil ist eine allgemeine funktechnische Einführung und eine Einweisung anhand der Dokumentation in die Anlage mit Erläuterung des Gesamtaufbaues der Anlage, sowie Funktion, Bedienung und Service sämtlicher Hard- und Softwarekomponenten geplant. Der praktische Teil sollte auf der Anlage und am Bedienplatz der Fernwartungssoftware durchgeführt werden, um die Anlage bedienen und warten zu können. Die Schulung wird von Systemexperten der Lieferanten und einem unserer Mitarbeiter durchgeführt. Der genaue Schulungsumfang wird mit dem Auftraggeber vorher abgesprochen. Es ist geplant, die Schulung in einem theoretischen und einem praktischen Teil durchzuführen. Für den theoretischen Teil

steht unser Schulungsraum in der Niederlassung römisch 30 zur Verfügung. Sollte die Schulung in ÖBB-Räumlichkeiten gewünscht werden, stellt dies ebenfalls kein Problem dar. Im theoretischen Teil ist eine allgemeine funktechnische Einführung und eine Einweisung anhand der Dokumentation in die Anlage mit Erläuterung des Gesamtaufbaues der Anlage, sowie Funktion, Bedienung und Service sämtlicher Hard- und Softwarekomponenten geplant. Der praktische Teil sollte auf der Anlage und am Bedienplatz der Fernwartungssoftware durchgeführt werden, um die Anlage bedienen und warten zu können. Die Schulung wird von Systemexperten der Lieferanten und einem unserer Mitarbeiter durchgeführt. Der genaue Schulungsumfang wird mit dem Auftraggeber vorher abgesprochen.

Reparaturen:

Die Reparatur erfolgt - so es sich nicht sofort vor Ort durch unser Personal durchführen lässt - beim jeweiligen Lieferanten.

Mitarbeiterliste:

A***: Mitarbeiterliste beigelegt

D***: Siehe beigelegte Firmenvorstellung

C***: Siehe beigelegte Präsentation

Ausstattungsverzeichnis:

A***: Messgeräteliste beigelegt

D***: Siehe beigelegte Firmenvorstellung

C***: Siehe beigelegte Präsentation

Redundanzkonzept:

Siehe beigelegte Systembeschreibung analog.

Abnahmemessprotokoll:

Wie in der ToDo-Liste vom 16.4.2008, Seite 5, angegeben:

- -Strichaufzählung
Längsdämpfung über die verwendeten Frequenzbereiche
- -Strichaufzählung
Reflexionsmessung mit der höchsten verwendeten Frequenz
- -Strichaufzählung
Passive Intermodulationsmessung (Messgerät wird bei Bedarf beigelegt)

Tunnelfunkprojekte ASFINAG:

Bescheinigung wird - wegen urlaubsbedingter Abwesenheit des zuständigen Mitarbeiters der ASFINAG, Herrn DI N*** - nachgereicht.

Preisliche Angaben:

K3- und K7-Blätter sind beigelegt.

Dem Aufklärungsschreiben beigelegt waren weiters eine Liste "Geräte und Werkzeuge NL West Meßgeräte", eine "Systembeschreibung Analogfunk", die K7- Blätter, das Formblatt K3, eine Liste der Dienstnehmer der Antragstellerin mit Namen und Sozvers.Nr sowie ein kurzer Lebenslauf des geschäftsführenden Gesellschafters und Projektleiters, Ing. E***. Weiters übermittelte die Antragstellerin Informationen über die Fa. C*** und D*** bzw Informationen von der Fa. D*** zum gegenständlichen Auftrag.

In der Liste "Geräte und Werkzeuge NL West Meßgeräte" scheinen GSM- und GSM-R-Spezialgeräte nicht auf. Die Antragstellerin verfügt über keinen GSM-R-Tester bzw keinen GSM-Tester. Ebenso verfügt die Antragstellerin über keinen GSM-R-Testplatz und auch nicht über eine Reparaturwerkstatt für Mobilfunkkomponenten (vgl Angaben Ing. E*** in der mündlichen Verhandlung vom 11.8.2008, VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seite 6).In der Liste "Geräte und Werkzeuge NL West Meßgeräte" scheinen GSM- und GSM-R-Spezialgeräte nicht auf. Die Antragstellerin verfügt über

keinen GSM-R-Tester bzw keinen GSM-Tester. Ebenso verfügt die Antragstellerin über keinen GSM-R-Testplatz und auch nicht über eine Reparaturwerkstatt für Mobilfunkkomponenten vergleiche Angaben Ing. E*** in der mündlichen Verhandlung vom 11.8.2008, VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seite 6).

Die Schulung der ÖBB-Mitarbeiter erfolgt durch Systemexperten der Firmen C*** bzw D*** sowie einem Mitarbeiter der Antragstellerin. Falls sich Mängel nicht vor Ort beheben lassen, erfolgt die Reparatur bei den Firmen C*** bzw D***.

Die von der Antragstellerin im Zuge der Aufklärung vorgelegte "Systembeschreibung Analogfunk" betrifft in ihren letzten 5 Absätzen Fragen der Redundanz (Aussage RA Dr. H*** in der mündlichen Verhandlung vom 11.8.2008, VH-Schrift Seite 7).

Mit Telefax und E-Mail vom 8.7.2008 gab der Auftraggeber der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes bekannt. Das Schreiben hat folgenden Inhalt:

Sehr geehrte Damen und Herren!

Aufgrund einer im Zuge des Nachprüfungsverfahrens N/0059- BVA/09/2008 erforderlich gewordenen näheren Prüfung Ihres Angebotes sehen wir uns leider gezwungen, hiermit Ihr Angebot vom Vergabeverfahren auszuschneiden.

Die Gründe für das Ausscheiden Ihres Angebotes liegen in der unterlassenen (nachvollziehbaren) Aufklärung gemäß Ihrem Schreiben vom 4.7.2008 (§ 269 Abs 3 BVergG), der fehlenden Eignung Ihres Unternehmens beziehungsweise der unterlassenen Namhaftmachung von Subunternehmern (§ 269 Abs 1 Z 2 BVergG), der Erstattung falscher Erklärungen bzw. der Unterlassung von Erklärungen zur technischen Leistungsfähigkeit (§ 269 Abs 1 Z 1 BVergG) sowie der Ausschreibungswidrigkeit Ihres Angebotes (§ 269 Abs 1 Z 5 BVergG). Die nähere Begründung für diese Ausscheidung entnehmen Sie bitte der gestern beim Bundesvergabeamt sowie Ihrer Rechtsvertretung in Kopie übermittelten schriftlichen Stellungnahme vom 7.7.2008. Am 9.7.2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt (Vorbringen siehe vorne). Die Gründe für das Ausscheiden Ihres Angebotes liegen in der unterlassenen (nachvollziehbaren) Aufklärung gemäß Ihrem Schreiben vom 4.7.2008 (Paragraph 269, Absatz 3, BVergG), der fehlenden Eignung Ihres Unternehmens beziehungsweise der unterlassenen Namhaftmachung von Subunternehmern (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG), der Erstattung falscher Erklärungen bzw. der Unterlassung von Erklärungen zur technischen Leistungsfähigkeit (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG) sowie der Ausschreibungswidrigkeit Ihres Angebotes (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG). Die nähere Begründung für diese Ausscheidung entnehmen Sie bitte der gestern beim Bundesvergabeamt sowie Ihrer Rechtsvertretung in Kopie übermittelten schriftlichen Stellungnahme vom 7.7.2008. Am 9.7.2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt (Vorbringen siehe vorne).

Mit Schriftsatz vom 11.7.2008 legte die Antragstellerin dem Bundesvergabeamt ein mit 10.7.2008 datiertes Angebot der Fa. C*** betreffend die Miete eines GSM-R-Testers und anderer Spezialgeräte vor. Das Schreiben hat folgenden Inhalt:

Unser Angebot Miete vom Messgeräten:

Die Firma C*** bestätigt hiermit, wie bereits mündlich vereinbart, dass sie der Firma A*** die notwendigen Messgeräte für den Test des Arlberg Bahntunnels zur Miete zur Verfügung zu stellt:

Für die NF Einpegelung benötigt man:

[...]

Für den HF-Abgleich benötigt man:

[...]

Soll bei GSM oder GSM-R die Fehlerrate gemessen werden benötigt

man:

[...]

[...].

Mit Schriftsatz vom 14. Juli 2008, protokolliert zu GZ N/0100- BVA/09/2008, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung. Am 11. August 2008 fand eine weitere mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt (Vorbringen siehe vorne).

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt.

Rechtliche Würdigung:

Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006 (BVerG 2006), wurde mit BGBl I Nr. 86/2007 (BVerG), kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, (BVerG 2006), wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVerG), kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86 /2007 bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007 bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006 zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen.

Das Nachprüfungsverfahren jedoch ist vom Bundesvergabeamt nach den Bestimmungen des BVerG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVerG) durchzuführen (e contrario § 345 Abs 13 Z 2 2. Satz BVerG, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind). Das Nachprüfungsverfahren jedoch ist vom Bundesvergabeamt nach den Bestimmungen des BVerG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVerG) durchzuführen (e contrario Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, 2. Satz BVerG, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind).

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Auftragsart, Schwellenwert, Antragslegitimation und Zulässigkeit des Antrages:

1. a) Litera a

Auftraggeber:

Die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVerG.

Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten.

Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§§ 1 und 2 Bundesbahngesetz). Die ÖBB-Infrastruktur Betrieb

Aktiengesellschaft ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraphen eins und 2 Bundesbahngesetz).

Gemäß § 169 Abs 1 BVergG 2006 sind Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahn). Gemäß Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 sind Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahn).

Die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft ist als Betreiber von Netzen auf der Schiene ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen und somit gegenständlich als Sektorenauftraggeber gemäß § 165 iVm § 169 BVergG 2006 zu qualifizieren. Die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft ist als Betreiber von Netzen auf der Schiene ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen und somit gegenständlich als Sektorenauftraggeber gemäß Paragraph 165, in Verbindung mit Paragraph 169, BVergG 2006 zu qualifizieren.

1. b) Litera b

Qualifizierung des Auftrages:

Der gegenständliche Auftrag wurde als "Bauleistung" bekanntgemacht. Laut Ausschreibungs-LV handelt es sich um ein "Bauvorhaben".

Für die Beurteilung der Auftragsart ist jedoch nicht die Bezeichnung durch den Auftraggeber (Anm. Hier in der Bekanntmachung bzw. in der Ausschreibung), sondern der tatsächliche Charakter des entsprechenden Auftrags maßgebend [vgl. Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht (2005) 56; siehe hiezu auch VwGH 12.12.2007, 2007/04/0167]. Für die Beurteilung der Auftragsart ist jedoch nicht die Bezeichnung durch den Auftraggeber (Anmerkung Hier in der Bekanntmachung bzw. in der Ausschreibung), sondern der tatsächliche Charakter des entsprechenden Auftrags maßgebend [vgl. Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht (2005) 56; siehe hiezu auch VwGH 12.12.2007, 2007/04/0167].

Auftragsgegenstand ist die Lieferung und Montage eines Tunnelfunksystems. Leistungsumfang sind sämtliche Hardwarekomponenten, Montagen und Leistungen, um die geforderten Funktionalitäten erfüllen zu können sowie die Schulung der Mitarbeiter des Auftraggebers (siehe Ausschreibungs-LV).

Die Antragstellerin kauft die Komponenten von den Firmen C*** und D*** zu. Diese Komponenten werden in der Folge von der Antragstellerin in sog. "Funkschränke" eingebaut, miteinander verbunden und geprüft. Anschließend werden die Funkschränke in den Tunnel verbracht und dort in Aufstellungsnischen und technischen Räumen - welche bereits vorhanden sind - aufgestellt und dort mit den Stromkabeln, den LWL-Kabeln und den Hochfrequenzkabeln verbunden. Eine Installation von elektrischen Leitungen erfolgt seitens der Antragstellerin bei diesem Auftrag nicht. Die Verlegung des Strahlerkabels ist nicht Gegenstand dieser Ausschreibung (vgl. zu alledem die schlüssigen und unwidersprochen gebliebenen Angaben des Ing. E***, VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seite 3). Die Funkschränke werden zwar fest mit dem Untergrund verbunden (vgl. auch die Ausführungen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers), diese können jedoch ohne "Verletzung der Substanz" leicht wieder demontiert werden. Die Antragstellerin kauft die Komponenten von den Firmen C*** und D*** zu. Diese Komponenten werden in der Folge von der Antragstellerin in sog. "Funkschränke" eingebaut, miteinander verbunden und geprüft. Anschließend werden die Funkschränke in den Tunnel verbracht und dort in Aufstellungsnischen und technischen Räumen - welche bereits vorhanden sind - aufgestellt und dort mit den Stromkabeln, den LWL-Kabeln und den Hochfrequenzkabeln verbunden. Eine Installation von elektrischen Leitungen erfolgt seitens der Antragstellerin bei diesem Auftrag nicht. Die Verlegung des Strahlerkabels ist nicht Gegenstand dieser Ausschreibung (vergleiche zu alledem die schlüssigen und unwidersprochen gebliebenen Angaben des Ing. E***, VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seite 3). Die Funkschränke werden zwar fest mit dem Untergrund verbunden (vergleiche auch die Ausführungen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers), diese können jedoch ohne "Verletzung der Substanz" leicht wieder demontiert werden.

Gemäß § 4 BVergG 2006 sind Bauaufträge entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten (Z 1) oder die Ausführung eines Bauwerkes (Z 2) ist. Gemäß Paragraph 4, BVergG 2006 sind Bauaufträge entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang römisch eins genannten Tätigkeiten (Ziffer eins,) oder die Ausführung eines Bauwerkes (Ziffer 2,) ist.

Ein Bauwerk ist seiner Definition in § 2 Z 11 BVergG 2006 zufolge das Ergebnis einer Gesamtheit von Hoch- und Tiefbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll (vgl. VwGH vom 26.6.2002, 2001/04/0132). Die auftragsgegenständliche Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines Tunnelfunksystems ist jedoch keine Tief- oder Hochbauarbeit. Ein Bauwerk ist seiner Definition in Paragraph 2, Ziffer 11, BVergG 2006 zufolge das Ergebnis einer Gesamtheit von Hoch- und Tiefbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll (vergleiche VwGH vom 26.6.2002, 2001/04/0132). Die auftragsgegenständliche Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines Tunnelfunksystems ist jedoch keine Tief- oder Hochbauarbeit.

Bei der Lieferung und Montage eines Tunnelfunksystems kommt es für die Abgrenzung von Bau- und Lieferleistungen darauf an, ob diese für die Funktionsfähigkeit eines Gebäudes - oder auch nur eines Teiles davon - von Bedeutung sind. So sind etwa Einrichtungs- und Ausrüstungsgegenstände von Krankenhäusern, insbesondere bei der Erstausrüstung, wie z.B. OP-Tische, als Bauauftrag zu qualifizieren.

Das Bestehen einer Tunnelfunkanlage ist für die wesensgemäße Bestimmung der Funktion des Eisenbahntunnels zwar grundsätzlich von Bedeutung. Wie der Auftraggeber vorgebracht hat (VH-Schrift OZ 51, Seite 4) ist das Vorhandensein einer Tunnelfunkanlage für die Funktionalität des Tunnels erforderlich. Begründet wurde dies vom Auftraggeber mit einer - nicht näher konkretisierten - "Fülle von behördlichen und gesetzlichen Vorschriften". Wie aber bereits dargelegt - und soweit auch unbestritten - besteht derzeit eine (analoge) Tunnelfunkanlage. Die (bloße) Erneuerung einer bereits bestehenden Tunnelfunkanlage (Lieferung, Montage, Schulung) ist hingegen für die wesensgemäße Bestimmung der Funktion des Tunnels - oder auch eines Teiles davon - die ja schon aufgrund der derzeit vorhandenen Tunnelfunkanlage erfüllt ist, nicht von Bedeutung. Die Funktionalität des Tunnels ist bereits mit dem bestehenden analogen Tunnelfunksystem gewährleistet. Dies ist auch der Fall, wenn mit der Erneuerung eine Reihe weiterer Funktionalitäten einhergehen mögen. Eine konkrete behördliche "Auflage", dass der Tunnel nur mit einem digitalen Funksystem betrieben werden dürfte, wurde vom Auftraggeber nicht vorgelegt.

Neben der Funktionalität kommt bei der Abgrenzung von Bauleistungen und Lieferleistungen dem Aspekt der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit des Beschaffungsobjektes besondere Bedeutung zu. Gegenstände, die für die Funktion eines Gebäudes von essentieller Bedeutung sind und darüber hinaus eine feste Verbindung mit der Bausubstanz aufweisen, sind grundsätzlich als Teil des Bauauftrages zu qualifizieren (vgl. Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², (2005) [57]). Neben der Funktionalität kommt bei der Abgrenzung von Bauleistungen und Lieferleistungen dem Aspekt der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit des Beschaffungsobjektes besondere Bedeutung zu. Gegenstände, die für die Funktion eines Gebäudes von essentieller Bedeutung sind und darüber hinaus eine feste Verbindung mit der Bausubstanz aufweisen, sind grundsätzlich als Teil des Bauauftrages zu qualifizieren (vergleiche Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², (2005) [57]).

Auch das Element der festen Verbindung mit der Bausubstanz fehlt im vorliegenden Fall, da die Funkschränke leicht demontiert werden können. Eine Verlegung von Strahlerkabeln bzw. Installationsarbeiten sind - auch vom Auftraggeber unwidersprochen geblieben - nicht Gegenstand des Auftrages.

Der Bauwerksbegriff des § 2 Z 11 BVergG 2006 ist daher nicht erfüllt. Der Bauwerksbegriff des Paragraph 2, Ziffer 11, BVergG 2006 ist daher nicht erfüllt.

Zwar ist der Bauvorhabensbegriff iSd § 4 Z 1 BVergG 2006 gegenüber dem Begriff des Bauwerkes der umfassendere Begriff und umfasst neben der Erstellung eines Bauwerkes auch andere Bauleistungen (z.B. Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen). Das Gesetz fordert hier jedoch einen Zusammenhang mit den im Anhang I des BVergG 2006 genannten Tätigkeiten. Dieser Zusammenhang ist nicht gegeben. Die Montage der Funkschränke auf die beschriebene Art und Weise ist unter den in Anhang I des BVergG 2006 genannten Tätigkeiten nicht angeführt. So hat der Verwaltungsgerichtshof etwa in seinem Erkenntnis zum Tiroler Vergabegesetz vom 26.6.2002, 2001/04/0132, ausgesprochen, dass die Montage von Vorhangschienen und Vorhängen, da diese Tätigkeit im Anhang I des BVergG 2002 nicht aufgezählt ist, mangels des gesetzlich geforderten Zusammenhanges mit einer im Anhang I genannten Tätigkeit als eigener Lieferauftrag (mit Nebenleistungen) und nicht als bloßer Teilauftrag im Rahmen eines Bauauftrages zu qualifizieren ist (vgl. hierzu ausführlich BVA vom 30.11.2005, 02N-109/05-11). Zwar ist der Bauvorhabensbegriff iSd Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG 2006 gegenüber dem Begriff des Bauwerkes der umfassendere Begriff und umfasst neben der Erstellung eines Bauwerkes auch andere Bauleistungen (z.B.

Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen). Das Gesetz fordert hier jedoch einen Zusammenhang mit den im Anhang römisch eins des BVergG 2006 genannten Tätigkeiten. Dieser Zusammenhang ist nicht gegeben. Die Montage der Funkschränke auf die beschriebene Art und Weise ist unter den in Anhang römisch eins des BVergG 2006 genannten Tätigkeiten nicht angeführt. So hat der Verwaltungsgerichtshof etwa in seinem Erkenntnis zum Tiroler Vergabegesetz vom 26.6.2002, 2001/04/0132, ausgesprochen, dass die Montage von Vorhangschienen und Vorhängen, da diese Tätigkeit im Anhang römisch eins des BVergG 2002 nicht aufgezählt ist, mangels des gesetzlich geforderten Zusammenhanges mit einer im Anhang römisch eins genannten Tätigkeit als eigener Lieferauftrag (mit Nebenleistungen) und nicht als bloßer Teilauftrag im Rahmen eines Bauauftrages zu qualifizieren ist vergleiche hierzu ausführlich BVA vom 30.11.2005, 02N-109/05-11).

Nach den schlüssigen und unwidersprochen gebliebenen Angaben der Antragstellerin umfasst der gegenständliche Auftrag keine Installation elektrischer Leitungen und auch keine Installation von Kommunikationssystemen. Auch C*** und D*** führen im Tunnel keine Installationsarbeiten durch (vgl VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seiten 3 und 5). Nach den schlüssigen und unwidersprochen gebliebenen Angaben der Antragstellerin umfasst der gegenständliche Auftrag keine Installation elektrischer Leitungen und auch keine Installation von Kommunikationssystemen. Auch C*** und D*** führen im Tunnel keine Installationsarbeiten durch vergleiche VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seiten 3 und 5).

Gemäß § 5 BVergG 2006 sind Lieferaufträge entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen oder der Installation ist. Gemäß Paragraph 5, BVergG 2006 sind Lieferaufträge entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen oder der Installation ist.

Aus vorstehenden Ausführungen folgt, dass die gegenständliche Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines Tunnelfunksystems nicht als Teilauftrag im Rahmen eines Bauauftrages, sondern als Lieferauftrag einschließlich Nebenarbeiten (Montage der Funkschränke) zu qualifizieren ist. (vgl BVA 11.8.2008, N/0075- BVA/07/2008-36). Aus vorstehenden Ausführungen folgt, dass die gegenständliche Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines Tunnelfunksystems nicht als Teilauftrag im Rahmen eines Bauauftrages, sondern als Lieferauftrag einschließlich Nebenarbeiten (Montage der Funkschränke) zu qualifizieren ist. vergleiche BVA 11.8.2008, N/0075- BVA/07/2008-36).

Der Auftrag besteht aus einem "Bauanteil" (Befestigung der Funkschränke im Tunnel), einem Lieferanteil (Komponenten, optische Komponenten, Funkschränke, Kabel etc) und einem Dienstleistungsanteil (Konzepterstellung, Schulung, Dokumentation, Reparatur, weitere technische Arbeiten). Nach den glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben der Antragstellerin überwiegt der Lieferanteil den Bauanteil bei Weitem. Dies selbst im Falle, dass das Verhältnis nicht 90 zu 10 bzw 80 zu 20 betragen sollte, wie die Antragstellerin geschätzt hat. Den Hauptgegenstand des Auftrages stellen jedenfalls zweifelsfrei nicht Montage- und Installationsarbeiten, sondern Lieferleistungen dar. Die Bauleistungen (Befestigung der Funkschränke) sind gegenüber den Lieferleistungen (Komponenten, optische Komponenten, Funkschränke, Kabel etc) jedenfalls von untergeordneter Natur.

Aufgrund der Bezeichnung als "Bauftrag, Bauleistung, Bauvorhaben etc" in der Bekanntmachung oder in der Ausschreibung, erfolgt - entgegen der Ansicht des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers - jedoch keine Präklusion der Auftragsart (vgl VwGH 12.12.2007, 2007/04/0167). Dies im Übrigen ebenso wenig wie bei den Festlegungen "Oberschwelle" bzw "Unterschwelle", der Auftraggeberbezeichnung oder etwa auch der Nennung der zuständigen Nachprüfungsbehörde (vgl etwa zum "Stadion Klagenfurt" VfGH 13.10.2005, KI-2/05, KI-3/05, B 573/05, B 576/05, B 652/05). Bei diesen "Festlegungen" des Auftraggebers handelt es sich nicht um solche, die die Auftragsdurchführung und sohin den Auftraggeber oder die Bewerber/Bieter betreffen und binden, sondern um solche, die die entscheidende Behörde zu beurteilen hat. Nach § 6 AVG 1991 idgF hat die Behörde ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen. Nach § 6 Abs 2 leg.cit. kann die Zuständigkeit der Behörde durch Parteienvereinbarung weder begründet noch geändert werden. Somit ist etwa von der Behörde - unabhängig davon, wie die Auftraggeberbezeichnung in der Bekanntmachung oder Ausschreibung lautet - von Amts wegen zu prüfen, wer tatsächlich Auftraggeber des gegenständlichen Verfahrens ist. Dies trifft ebenso auch auf die "angegebene zuständige Nachprüfungsbehörde" zu. Aufgrund der Bezeichnung als "Bauftrag, Bauleistung, Bauvorhaben etc" in der Bekanntmachung oder in der Ausschreibung, erfolgt - entgegen der Ansicht des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers - jedoch keine Präklusion der Auftragsart vergleiche VwGH 12.12.2007, 2007/04/0167). Dies im Übrigen ebenso wenig wie bei den Festlegungen "Oberschwelle" bzw "Unterschwelle", der

Auftraggeberbezeichnung oder etwa auch der Nennung der zuständigen Nachprüfungsbehörde vergleiche etwa zum "Stadion Klagenfurt" VfGH 13.10.2005, KI-2/05, KI-3/05, B 573/05, B 576/05, B 652/05). Bei diesen "Festlegungen" des Auftraggebers handelt es sich nicht um solche, die die Auftragsdurchführung und sohin den Auftraggeber oder die Bewerber/Bieter betreffen und binden, sondern um solche, die die entscheidende Behörde zu beurteilen hat. Nach Paragraph 6, AVG 1991 idgF hat die Behörde ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen. Nach Paragraph 6, Absatz 2, leg.cit. kann die Zuständigkeit der Behörde durch Parteienvereinbarung weder begründet noch geändert werden. Somit ist etwa von der Behörde - unabhängig davon, wie die Auftraggeberbezeichnung in der Bekanntmachung oder Ausschreibung lautet - von Amts wegen zu prüfen, wer tatsächlich Auftraggeber des gegenständlichen Verfahrens ist. Dies trifft ebenso auch auf die "angegebene zuständige Nachprüfungsbehörde" zu.

Ebenso ist von der Behörde die Zulässigkeit des Antrages zu prüfen. Im Zuge dieser Prüfung sind von der Behörde die Art des Auftrages und die Frage, ob ein Verfahren im Oberschwellen- oder im Unterschwellenbereich vorliegt, und daraus folgend, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde, zu klären. Die Frage, ob eine Bau-, ein Liefer- oder in Dienstleistungsauftrag vorliegen bzw ob diese im Ober- oder im Unterschwellenbereich angesiedelt sind, ist auch für die Bestimmung der Höhe der zu entrichtenden Pauschalgebühren maßgeblich und sohin von der Behörde von Amts wegen zu klären (vgl VwGH 12.12.2007, 2007/04/0167). Eine Präklusion von Festlegungen, die die oben dargestellten Bereiche betrifft, ist somit undenkbar, ohne das System des AVG zu "unterminieren". Ebenso ist von der Behörde die Zulässigkeit des Antrages zu prüfen. Im Zuge dieser Prüfung sind von der Behörde die Art des Auftrages und die Frage, ob ein Verfahren im Oberschwellen- oder im Unterschwellenbereich vorliegt, und daraus folgend, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde, zu klären. Die Frage, ob eine Bau-, ein Liefer- oder in Dienstleistungsauftrag vorliegen bzw ob diese im Ober- oder im Unterschwellenbereich angesiedelt sind, ist auch für die Bestimmung der Höhe der zu entrichtenden Pauschalgebühren maßgeblich und sohin von der Behörde von Amts wegen zu klären vergleiche VwGH 12.12.2007, 2007/04/0167). Eine Präklusion von Festlegungen, die die oben dargestellten Bereiche betrifft, ist somit undenkbar, ohne das System des AVG zu "unterminieren".

1. c) Litera c

Schwellenwert:

Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlberg tunnel" beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro XXX ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlberg tunnel/Tunnelfunkanlage Arlberg tunnel" beträgt Euro 2,8 Mio ohne USt und übersteigt damit den Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG bei Weitem. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlberg tunnel" beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro römisch 30 ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlberg tunnel/Tunnelfunkanlage Arlberg tunnel" beträgt Euro 2,8 Mio ohne USt und übersteigt damit den Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bei Weitem.

Laut Ausschreibung handelt es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Der Auftraggeber hat hiezu vorgebracht, dass es sich bei dem Verweis auf den Unterschwellenbereich um einen Irrtum/ein Versehen eines Mitarbeiters des Auftraggebers gehandelt hat.

Auch diese Festlegung des Auftraggebers in der Ausschreibungsunterlage ist einer Präklusion nicht zugänglich [siehe hiezu das unter Punkt b) Gesagte]. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes handelt es sich um einen (Liefer)Auftrag im Oberschwellenbereich.

1. d) Litera d

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin hinsichtlich der Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung:

Einem Antragsteller, der sein eigenes Ausscheiden bekämpft, kommt immer Antragslegitimation zu.

1. e) Litera e

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin hinsichtlich der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung:

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des

Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Diese Bestimmung regelt die Antragslegitimation und damit eine Prozessvoraussetzung. Bei deren Fehlen ist der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 163 Rz 2). Die Antragslegitimation fehlt, wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit die Situation der Antragstellerin nicht verbessert würde (vgl BVA 13.5.2004, 11N- 33/04-23 u.a.) Insofern muss also Kausalität zwischen der behaupteten Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden bestehen. Wurde also etwa ein Bieter vom Auftraggeber ausgeschieden und die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens von der Nachprüfungsbehörde festgestellt, fehlt dem Bieter die Legitimation zur Geltendmachung behaupteter Rechtsverletzungen im fortgesetzten Vergabeverfahren (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 163 Rz 5). Diese Bestimmung regelt die Antragslegitimation und damit eine Prozessvoraussetzung. Bei deren Fehlen ist der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 163, Rz 2). Die Antragslegitimation fehlt, wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit die Situation der Antragstellerin nicht verbessert würde vergleiche BVA 13.5.2004, 11N- 33/04-23 u.a.) Insofern muss also Kausalität zwischen der behaupteten Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden bestehen. Wurde also etwa ein Bieter vom Auftraggeber ausgeschieden und die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens von der Nachprüfungsbehörde festgestellt, fehlt dem Bieter die Legitimation zur Geltendmachung behaupteter Rechtsverletzungen im fortgesetzten Vergabeverfahren vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 163, Rz 5).

1. f)Litera f

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden. Als gesondert anfechtbare Entscheidungen gelten bei diesem Verfahrenstypus nach § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 u.a. die Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidensentscheidung. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden. Als gesondert anfechtbare Entscheidungen gelten bei diesem Verfahrenstypus nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 u.a. die Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidensentscheidung.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 26.5.2008 übermittelt. Die Antragstellerin brachte am 9.6.2008 einen Nachprüfungsantrag ein. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde somit iSd o.e. Bestimmungen rechtzeitig eingebracht. Die Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 8.7.2008 bekannt gegeben. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung (protokolliert zu N/0100-BVA/09/2008-1) vom 15.7.2008 ist somit rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 26.5.2008 übermittelt. Die

Antragstellerin brachte am 9.6.2008 einen Nachprüfungsantrag ein. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde somit iSd o.e. Bestimmungen rechtzeitig eingebracht. Die Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 8.7.2008 bekannt gegeben. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung (protokolliert zu N/0100-BVA/09/2008-1) vom 15.7.2008 ist somit rechtzeitig.

Die Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung (Anm: jeweils hinsichtlich Lieferauftrag im Oberschwellenbereich) wurden entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig. Die Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung Anmerkung, jeweils hinsichtlich Lieferauftrag im Oberschwellenbereich) wurden entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Mit Schreiben vom 8.7.2008 hat der Auftraggeber der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes bekannt gegeben. Begründet wurde das Ausscheiden einerseits mit der unterlassenen (nachvollziehbaren) Aufklärung (§ 269 Abs 3 BVergG) und andererseits mit der fehlenden Eignung bzw der unterlassenen Namhaftmachung von Subunternehmern (§ 269 Abs 1 Z 2 BVergG), der Erstattung falscher Erklärungen bzw der Unterlassung von Erklärungen zur technischen Leistungsfähigkeit (§ 269 Abs 1 Z 1 BVergG) sowie mit der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes (§ 269 Abs 1 Z 5 BVergG). Mit Schreiben vom 8.7.2008 hat der Auftraggeber der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes bekannt gegeben. Begründet wurde das Ausscheiden einerseits mit der unterlassenen (nachvollziehbaren) Aufklärung (Paragraph 269, Absatz 3, BVergG) und andererseits mit der fehlenden Eignung bzw der unterlassenen Namhaftmachung von Subunternehmern (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG), der Erstattung falscher Erklärungen bzw der Unterlassung von Erklärungen zur technischen Leistungsfähigkeit (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG) sowie mit der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG).

1. 1) Ziffer eins

Ausscheidung wegen nicht (nachvollziehbarer) Aufklärung:

Nach § 269 Abs 3 BVergG 2006 kann ein Sektorenauftraggeber - grundsätzlich vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung - Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangte Aufklärung zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Aufklärung entbehrt. Nach Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 kann ein Sektorenauftraggeber - grundsätzlich vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung - Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangte Aufklärung zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Aufklärung entbehrt.

Der Auftraggeber hat zwar erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt die "Eignungs- bzw Angebotsprüfung" durchgeführt; dies ist jedoch nach der Judikatur des VfGH bis zur Zuschlagserteilung zulässig.

So ersuchte der Auftraggeber die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.6.2008 um Aufklärung, wie die Antragstellerin die Planungs- und Projektierungsleistungen des analogen und des digitalen Funkdienstes zu erbringen beabsichtige, wie das Herstellen und Verschalten der analogen Tunnelfunkkomponenten erfolge, wie das Konfigurieren der Komponenten für digitale Funkdienste erfolge, wie das Verschalten, Verkabeln und Prüfen der Komponenten erfolge, wie die Anschaltung, das Einmessen und die Inbetriebnahme und die Einbindung der bestehenden ÖBB-Anlagen durchgeführt werden solle sowie wie die Schulung und allfällige Reparaturen erfolgen sollten.

Die Antragstellerin sollte angeben, welche Mitarbeiter sie für die Erbringung der angeführten Teilleistungen einzusetzen beabsichtige. Gefordert waren die Namen der konkret einzusetzenden Mitarbeiter sowie detaillierte Angaben zu deren Ausbildung (insbesondere Ausbildungsstätte, Dauer und Zeugnisse) sowie Berufserfahrung (insbesondere Arbeitgeber, Tätigkeiten, Funktionen und Dauer). Weiters wurde eine Begründung dafür gefordert, warum diese Mitarbeiter für die Erbringung der konkreten Leistung qualifiziert sein sollten. Überdies sollte für jeden Mitarbeiter ein Nachweis der Anmeldung zur Sozialversicherung beigelegt werden. Des Weiteren war die Antragstellerin verhalten, Angaben zur technischen Ausstattung (insbesondere GSM-R Spezialgeräte) unter Angabe der Type und des Anschaffungsjahres; zur Reparaturwerkstatt für Mobilfunkkomponenten etc.) anzugeben, über die sie

verfüge und bei den oben angeführten Leistungsteilen einzusetzen beabsichtige.

Ebenso war gefordert, den Anteil der Fremdfirmen am Gesamtauftragsvolumen anzugeben und um welche konkreten Leistungen es sich dabei handle. Ersucht wurde auch um Übermittlung einer technischen Beschreibung aller angebotenen Leistungen, insbesondere um Übermittlung eines schriftlichen Redundanzkonzeptes und eines Abnahmemessprotokolls. Hinsichtlich der Referenzprojekte war unter anderem gefordert, eine Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers vorzulegen, welche von diesem ausgestellt oder beglaubigt worden sei. Ebenfalls gefordert wurde die Vorlage eines vollständig ausgefüllten K-3 Formblattes sowie vollständig ausgefüllter K-7 Formblätter.

Am 4.7.2008, sohin fristgerecht, hat die Antragstellerin ein Aufklärungsschreiben vorgelegt. Darin wurde mitgeteilt, dass die Detailplanung in Zusammenarbeit mit den Lieferanten der Funkkomponenten erfolgen werde. Es seien dies die Firmen C*** und D***. Als Projektleiter wurde Herr Ing. E*** genannt. Ein kurzer Lebenslauf des Ing. E*** war dem Schreiben beigelegt. Weiters wurde ausgeführt, dass die Antragstellerin um Verständnis ersuche, dass zum jetzigen Zeitpunkt noch keine weiteren Personen fixiert werden könnten. Des Weiteren war dem Schreiben eine Liste sämtlicher Dienstnehmer der Antragstellerin mit Vor- und Zunamen sowie Versicherungsnummer, beigelegt. Die Messtechnik werde durch Herrn F*** wahrgenommen.

Weiters wurde eine Liste der bei der Antragstellerin vorhandenen Geräte vorgelegt. Bekannt gegeben wurde auch, dass die Evaluierung für die Anschaffung eines eigenen GSM-R-Messplatzes noch nicht abgeschlossen sei. Für den Fall, dass bis Ende Jänner 2009 noch keine Entscheidung gefallen sei, stünden der Antragstellerin GSM-R-Messplätze sowohl von den Firmen C*** als auch D*** zur Verfügung.

Zum Thema Schulung wurde vorgebracht, dass diese von Systemexperten der Lieferanten und einem Mitarbeiter der Antragstellerin durchgeführt würden.

Reparaturen würden - so sich diese nicht sofort vor Ort durch das Personal der Antragstellerin durchführen lassen - bei jeweiligen Lieferanten erfolgen.

Im Hinblick auf das geforderte Redundanzkonzept wurde von der Antragstellerin eine DIN A 4 Seite, übertitelt mit "Systembeschreibung Analogfunk", vorgelegt.

Das K-3-Blatt und die K-7 Blätter waren dem Schreiben beigelegt. Die geforderten Bescheinigungen der Referenzauftraggeber zu den von der Antragstellerin genannten Referenzprojekten könnten wegen urlaubsbedingter Abwesenheit des zuständigen Mitarbeiters der ASFINAG (bloß) nachgereicht werden.

Zum Abnahmemessprotokoll verwies die Antragstellerin auf die ToDo - Liste vom 16. April 2008.

Hiezu ist folgendes anzumerken:

Die Antragstellerin hat für die Leistungsteile Planungs- und Projektierungsleistungen, Herstellen und Verschalten der analogen Tunnelfunkkomponenten, Konfigurieren der Komponenten für digitale Funkdienste, Verschalten, Verkabeln und Prüfen der Komponenten, Anschaltung, Einmessen, Inbetriebnahme und Einbindung in bestehende Anlagen sowie die Durchführung der Schulung, das von ihr einzusetzen beabsichtigte (eigene oder fremde) Personal nicht genannt. Es wurde lediglich Herr Ing. E*** (als Projektleiter) genannt. Beigefügt war lediglich ein kurzer Lebenslauf des Ing. E***. Übermittelt wurde weiters eine Liste sämtlicher Mitarbeiter der Antragstellerin unter Anführung der Sozialversicherungsnummer. Für keinen der genannten Mitarbeiter hat die Antragstellerin jedoch detaillierte Angaben zur Ausbildung (Ausbildungsstätte, Dauer, Zeugnisse) oder Berufserfahrung (insbesondere Arbeitgeber, Tätigkeiten, Funktionen, Dauer) erstattet.

Im Übrigen hat die Antragstellerin auf das Personal der Firmen C*** und D*** verwiesen, ohne aber auch hier konkrete Namen zu nennen und Angaben zur Ausbildung oder Berufserfahrung zu erstatten.

Auch ein Nachweis der Anmeldung der Sozialversicherung wurde für keinen der Mitarbeiter der Antragstellerin bekannt gegeben. Auch im Zuge der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 11. August 2008 konnte die Antragstellerin nicht konkret jenes (eigenes bzw "fremdes") Personal benennen, welche sie für konkret für die Erbringung konkreter Leistungsteile einzusetzen beabsichtigt. Naturgemäß konnte sie daher auch keine Angaben hinsichtlich der Qualifikation und Berufserfahrung dieses Personals erstatten. Es wurde seitens der Antragstellerin nicht einmal dargelegt, welcher ihrer Mitarbeiter die Schulung der ÖBB-Bediensteten vornehmen werde.

Der geschäftsführende Gesellschafter der Antragstellerin, Ing. E***, erklärte in der mündlichen Verhandlung, dass er "auch jetzt noch nicht angegeben kann, welche konkreten Mitarbeiter für welche konkreten Leistungsteile zuständig sein werden". Vielmehr gab Ing. E*** bloß allgemein an, dass falls zur Zeit der Auftragsdurchführung keine anderen Aufträge durchzuführen seien, die Antragstellerin jedenfalls über genügend qualifizierte eigene Mitarbeiter zur Durchführung des gegenständlichen Auftrages verfügen würde (vgl. Verhandlungsschrift OZ 74 bzw. 14; Seite 5). Nun

ist es zwar so, dass in den Teilnahmebedingungen Nachweise hinsichtlich der Qualifikation der einzusetzenden Mitarbeiter und Mitarbeiterlisten an sich nicht gefordert waren. Ein Auftraggeber kann jedoch (im Zuge der Angebotsprüfung) Angaben darüber verlangen, welche Mitarbeiter die Antragstellerin konkret für welche Leistungsteile einzusetzen beabsichtigt bzw. über welche Ausbildung und Berufserfahrung diese verfügen. Schließlich muss sich ein Auftraggeber Gewissheit darüber verschaffen (dürfen), ob ein Bieter über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Ressourcen verfügt. Der geschäftsführende Gesellschafter der Antragstellerin, Ing. E***, erklärte in der mündlichen Verhandlung, dass er "auch jetzt noch nicht angeben kann, welche konkreten Mitarbeiter für welche konkreten Leistungsteile zuständig sein werden". Vielmehr gab Ing. E*** bloß allgemein an, dass falls zur Zeit der Auftragsdurchführung keine anderen Aufträge durchzuführen seien, die Antragstellerin jedenfalls über genügend qualifizierte eigene Mitarbeiter zur Durchführung des gegenständlichen Auftrages verfügen würde (vergleiche Verhandlungsschrift OZ 74 bzw. 14; Seite 5). Nun ist es zwar so, dass in den Teilnahmebedingungen Nachweise hinsichtlich der Qualifikation der einzusetzenden Mitarbeiter und Mitarbeiterlisten an sich nicht gefordert waren. Ein Auftraggeber kann jedoch (im Zuge der Angebotsprüfung) Angaben darüber verlangen, welche Mitarbeiter die Antragstellerin konkret für welche Leistungsteile einzusetzen beabsichtigt bzw. über welche Ausbildung und Berufserfahrung diese verfügen. Schließlich muss sich ein Auftraggeber Gewissheit darüber verschaffen (dürfen), ob ein Bieter über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Ressourcen verfügt.

Die Fragen hinsichtlich des von ihr konkret einzusetzen beabsichtigten Personals wurden von der Antragstellerin somit weder im Schreiben vom 4. Juli 2008 noch im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 11. August 2008 nachvollziehbar aufgeklärt. Hinsichtlich des Ersuchens um Aufklärung bezüglich der technischen Ausstattung wurde seitens der Antragstellerin lediglich eine Liste "Geräte und Werkzeuge NL West-Messgeräte" vorgelegt. Das Vorhandensein von GSM-R-Spezialgeräten wie etwa eines GSM-R-Testers ist daraus nicht ersichtlich. Die Antragstellerin hat auch keine Angaben über eine allfällige, darüber hinaus gehende technische Ausstattung, wie insbesondere einer Reparaturwerkstatt für Mobilfunkkomponenten, erstattet.

Über Befragen durch den Senatsvorsitzenden räumte die Antragstellerin schlussendlich selbst ein, dass sie weder über einen GSM-R-Tester noch über GSM-R-Spezialgeräte, einen GSM-Tester oder einen GSM-R-Messplatz verfügt (vgl. die diesbezüglichen eindeutigen Angaben des Ing. E*** in der mündlichen Verhandlung vom 11. August 2008, Verhandlungsschrift OZ 74 bzw. 14; Seite 6). Daraus folgt, dass die Antragstellerin nicht über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Geräte verfügt. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus den Angaben von F*** in der Verhandlung vom 9. Juli 2008, wonach die Antragstellerin weder über einen GSM-R-Tester und GSM-R-Spezialgeräte noch über einen GSM-Tester verfüge. Nach den weiteren Ausführungen des F*** würden diese entweder zugekauft oder von der Fa. C*** angemietet (vgl. VH-Schrift OZ 51, Seite 10). Über Befragen durch den Senatsvorsitzenden räumte die Antragstellerin schlussendlich selbst ein, dass sie weder über einen GSM-R-Tester noch über GSM-R-Spezialgeräte, einen GSM-Tester oder einen GSM-R-Messplatz verfügt (vergleiche die diesbezüglichen eindeutigen Angaben des Ing. E*** in der mündlichen Verhandlung vom 11. August 2008, Verhandlungsschrift OZ 74 bzw. 14; Seite 6). Daraus folgt, dass die Antragstellerin nicht über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Geräte verfügt. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus den Angaben von F*** in der Verhandlung vom 9. Juli 2008, wonach die Antragstellerin weder über einen GSM-R-Tester und GSM-R-Spezialgeräte noch über einen GSM-Tester verfüge. Nach den weiteren Ausführungen des F*** würden diese entweder zugekauft oder von der Fa. C*** angemietet (vergleiche VH-Schrift OZ 51, Seite 10).

Im Aufklärungsschreiben vom 4. Juli 2008 hat die Antragstellerin überdies vorgebracht, dass, falls bis Ende Jänner 2009 noch keine Entscheidung für die Anschaffung eines eigenen GSM-R-Messplatzes gefallen sein sollte, ihr jedenfalls die GSM-R-Messplätze der Firmen C*** und D*** zur Verfügung stehen würden. Auch damit hat die Antragstellerin zweifelsfrei selbst zum Ausdruck gebracht, dass sie derzeit nicht über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Spezialgeräte verfügt - und damit auch im maßgeblichen Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe - darüber nicht nachweislich verfügt hat. Mit Schriftsatz vom 11. Juli 2008 hat die Antragstellerin ein Mietangebot der Firma C*** vorgelegt. Laut diesem Mietangebot, datiert mit 10. Juli 2008, würden der Antragstellerin die GSM-R-Tester und GSM-R-Spezialgeräte von der Firma C*** mietweise zur Verfügung gestellt werden. Auch dieses Dokument belegt, dass die Antragstellerin nicht selbst über die erforderlichen Geräte verfügt, sondern diese im Auftragsfall erst anmieten müsste (Weiters zum Mietangebot siehe unter Punkt 2 aa).

Nicht beantwortet wurde auch die Frage nach dem Anteil der Fremdfirmen am Gesamtauftragsvolumen.

Im Sinne des vom Auftraggeber geforderten Redundanzkonzeptes legte die Antragstellerin eine "Systembeschreibung

Analogfunk" vor. Die letzten 5 Absätze dieses Schriftstückes betreffen die Redundanz (vgl die schlüssigen Angaben des Auftraggebers; VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seite 7).Im Sinne des vom Auftraggeber geforderten Redundanzkonzeptes legte die Antragstellerin eine "Systembeschreibung Analogfunk" vor. Die letzten 5 Absätze dieses Schriftstückes betreffen die Redundanz vergleiche die schlüssigen Angaben des Auftraggebers; VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seite 7). Hinsichtlich des vom Auftraggeber geforderten Abnahmemessprotokolls beschränkte sich die Antragstellerin auf die Angaben wie in der ToDo - Liste vom 16. April 2008. Zu den geforderten Aufklärungen hinsichtlich der Referenzprojekte verwies die Antragstellerin im Schreiben vom 4. Juli 2008 lediglich darauf, dass die geforderten Bescheinigungen wegen urlaubsbedingter Abwesenheit des zuständigen Mitarbeiters der ASFINAG nicht vorgelegt, jedoch nachgereicht werden könnten. Hiezu ist festzuhalten, dass es der Antragstellerin bei entsprechendem Bemühen (trotz Urlaubszeit) wohl möglich gewesen sein müsste, die geforderten Bescheinigungen von der ASFINAG zu beschaffen. Falls es tatsächlich unmöglich gewesen sein sollte, die geforderten Bescheinigungen in der Kürze der zur Verfügungen stehenden Zeit zu erlangen - und die Antragstellerin dies tatsächlich ernsthaft versucht hätte - hätte sie den Auftraggeber wohl um entsprechende Fristerstreckung ersucht. Auch dies hat die Antragstellerin jedoch unterlassen. Auch dies spricht dafür, dass die Antragstellerin nennenswerte Anstrengungen, diese Unterlagen zu erhalten, offensichtlich erst gar nicht unternommen hat.

Überdies hat die Antragstellerin zur weiters geforderten näheren technischen Beschreibung der Referenzaufträge (Subunternehmereinsatz etc.) in ihrem Aufklärungsschreiben nicht Stellung genommen.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass die Antragstellerin keine (nachvollziehbaren) Aufklärungen iSd § 269 Abs 3 BVergG 2006 - vor allem hinsichtlich des einzusetzenden Personals, hinsichtlich der GSM-R-Spezialgeräte, hinsichtlich des Anteiles der Fremdfirmen am Gesamtauftragsvolumen sowie hinsichtlich der Referenzaufträge - erstattet hat. Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass die Antragstellerin keine (nachvollziehbaren) Aufklärungen iSd Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 - vor allem hinsichtlich des einzusetzenden Personals, hinsichtlich der GSM-R-Spezialgeräte, hinsichtlich des Anteiles der Fremdfirmen am Gesamtauftragsvolumen sowie hinsichtlich der Referenzaufträge - erstattet hat.

Das Angebot der Antragstellerin wurde sohin zu Recht gemäß § 269 Abs 3 BVergG 2006 ausgeschieden. Das Angebot der Antragstellerin wurde sohin zu Recht gemäß Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 ausgeschieden.

1. 2) Ziffer 2

Zu den weiteren Ausscheidensgründen:

1. a) Litera a

Eignung:

1. aa) Sub-Litera, a, a

Geräteausstattung:

In der Liste "Geräte und Werkzeuge NL West Meßgeräte", welche dem Aufklärungsschreiben vom 4.7.2008 angeschlossen war, scheinen GSM und GSM-R-Spezialgeräte nicht auf. Dies entspricht auch den Angaben des F*** bzw des Ing. E*** in der mündlichen Verhandlung vom 9.7.2008 bzw vom 11.8.2008 (vgl VH-Schrift OZ 51, Seite 10 bzw VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seite 6), dass die Antragstellerin nach wie vor über keinen GSM-R-Tester bzw keinen GSM-Tester und somit über die erforderlichen GSM-R-Spezialgeräte nicht verfüge. Ebenso verfügt die Antragstellerin nicht über einen GSM-R-Testplatz und auch nicht über eine Reparaturwerkstatt für Mobilfunkkomponenten (siehe auch unter Punkt 1). In der Liste "Geräte und Werkzeuge NL West Meßgeräte", welche dem Aufklärungsschreiben vom 4.7.2008 angeschlossen war, scheinen GSM und GSM-R-Spezialgeräte nicht auf. Dies entspricht auch den Angaben des F*** bzw des Ing. E*** in der mündlichen Verhandlung vom 9.7.2008 bzw vom 11.8.2008 vergleiche VH-Schrift OZ 51, Seite 10 bzw VH-Schrift OZ 74 bzw 14, Seite 6), dass die Antragstellerin nach wie vor über keinen GSM-R-Tester bzw keinen GSM-Tester und somit über die erforderlichen GSM-R-Spezialgeräte nicht verfüge. Ebenso verfügt die Antragstellerin nicht über einen GSM-R-Testplatz und auch nicht über eine Reparaturwerkstatt für Mobilfunkkomponenten (siehe auch unter Punkt 1).

Nach § 230 Z 3 BVergG 2006 müssen die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Demnach hätte die Antragstellerin bereits zu diesem Zeitpunkt über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Geräte verfügen müssen bzw einen Nachweis hinsichtlich einer Verfügungsberechtigung über solches Gerät vorlegen müssen. Nach Paragraph 230, Ziffer 3, BVergG 2006 müssen die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Demnach hätte

die Antragstellerin bereits zu diesem Zeitpunkt über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Geräte verfügen müssen bzw einen Nachweis hinsichtlich einer Verfügungsberechtigung über solches Gerät vorlegen müssen.

Dass die Antragstellerin zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht über die erforderlichen Geräte verfügt hat (Anm: und auch zum jetzigen Zeitpunkt nicht darüber verfügt), wurde bereits schlüssig dargelegt. Auch eine schriftliche und damit überprüfbare Vereinbarung hinsichtlich einer Verfügungsberechtigung über solche Geräte hat die Antragstellerin zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht erbracht (vgl etwa Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 57 Rz 38). Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass es der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe verabsäumt hat, die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zu prüfen.

Dass die Antragstellerin zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht über die erforderlichen Geräte verfügt hat Anmerkung, und auch zum jetzigen Zeitpunkt nicht darüber verfügt), wurde bereits schlüssig dargelegt. Auch eine schriftliche und damit überprüfbare Vereinbarung hinsichtlich einer Verfügungsberechtigung über solche Geräte hat die Antragstellerin zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht erbracht vergleiche etwa Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 57, Rz 38). Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass es der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe verabsäumt hat, die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zu prüfen.

Auch das von der Antragstellerin am 11.7.2008 - sohin nach der zweiten mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt - vorgelegte Mietangebot der Fa. C***, welches mit 10.7.2008 datiert ist, vermag der Antragstellerin nicht die notwendige Leistungsfähigkeit zu vermitteln. So fällt auf, dass das Mietangebot erst zu einem Zeitpunkt nach der ersten mündlichen Verhandlung - in welcher das Thema "Geräteausstattung bzw schriftlicher Nachweis einer Verfügungsberechtigung releviert wurde (vgl VH-Schrift OZ 51, Seite 10) - vorgelegt wurde. Es drängt sich somit der Verdacht auf, dass die Fa. C*** von der Antragstellerin erst im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 9.7.2008 ersucht wurde, ein schriftliches Mietangebot zu stellen. Ein solches schriftliches Mietangebot war vor dem 10.7.2008 - und somit zum maßgeblichen Zeitpunkt iSd § 230 Abs 3 BVergG - offensichtlich noch nicht vorhanden.

Auch das von der Antragstellerin am 11.7.2008 - sohin nach der zweiten mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt - vorgelegte Mietangebot der Fa. C***, welches mit 10.7.2008 datiert ist, vermag der Antragstellerin nicht die notwendige Leistungsfähigkeit zu vermitteln. So fällt auf, dass das Mietangebot erst zu einem Zeitpunkt nach der ersten mündlichen Verhandlung - in welcher das Thema "Geräteausstattung bzw schriftlicher Nachweis einer Verfügungsberechtigung releviert wurde vergleiche VH-Schrift OZ 51, Seite 10) - vorgelegt wurde. Es drängt sich somit der Verdacht auf, dass die Fa. C*** von der Antragstellerin erst im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 9.7.2008 ersucht wurde, ein schriftliches Mietangebot zu stellen. Ein solches schriftliches Mietangebot war vor dem 10.7.2008 - und somit zum maßgeblichen Zeitpunkt iSd Paragraph 230, Absatz 3, BVergG - offensichtlich noch nicht vorhanden.

Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass es - wie im Mietangebot vom 10.7.2008 angegeben - bereits eine mündliche Vereinbarung hierüber gegeben haben sollte, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen. Weder wird in dem Schreiben dargelegt, zu welchem Zeitpunkt die (angebliche) mündliche Vereinbarung geschlossen worden sei soll (Anm: Zum Zeitpunkt der Aufforderung der Angebotsabgabe oder erst später?), noch entspricht eine mündliche Vereinbarung (Anm: mangels Nachprüfbarkeit) der geforderten Nachweislichkeit der Verfügungsberechtigung.

Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass es - wie im Mietangebot vom 10.7.2008 angegeben - bereits eine mündliche Vereinbarung hierüber gegeben haben sollte, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen. Weder wird in dem Schreiben dargelegt, zu welchem Zeitpunkt die (angebliche) mündliche Vereinbarung geschlossen worden sei soll Anmerkung, Zum Zeitpunkt der Aufforderung der Angebotsabgabe oder erst später?), noch entspricht eine mündliche Vereinbarung Anmerkung, mangels Nachprüfbarkeit) der geforderten Nachweislichkeit der Verfügungsberechtigung.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe weder selbst über die erforderlichen Geräte verfügt hat noch nachweislich die erforderliche Verfügungsberechtigung darüber bestanden hat. Ihr Angebot wurde daher zu Recht auch gemäß § 269 Abs 1 Z 2 iVm § 230 Z 3 BVergG 2006 ausgeschieden.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe weder selbst über die erforderlichen Geräte verfügt hat noch nachweislich die erforderliche Verfügungsberechtigung darüber bestanden hat. Ihr Angebot wurde daher zu Recht auch gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 230, Ziffer 3, BVergG 2006 ausgeschieden.

1. bb)Sub-Litera, b, b

Subunternehmereigenschaft der Firmen C*** und D***:

Mitarbeiter der Firmen C*** und D*** werden nach Angaben der Antragstellerin (siehe VH-Schrift OZ 51 und OZ 74

bzw. 14) in folgenden Bereichen eingesetzt bzw waren diese anwesend:

- -Strichaufzählung
Schulung der Mitarbeiter des Auftraggebers (in Zusammenarbeit mit einem Mitarbeiter der Antragstellerin)
- -Strichaufzählung
Reparatur schadhafter oder fehlender Komponenten
- -Strichaufzählung
Konzepterstellung (in Zusammenarbeit mit der Antragstellerin)
- -Strichaufzählung
Anwesenheit und Abstimmung beim Anschalten, Einmessen, Inbetriebnehmen, Parametrieren, Einpegeln und Einbinden in die bestehenden Anlagen

Die Antragstellerin gesteht sohin selbst zu, dass sie oben angeführten Leistungsteile zur Gänze (Reparatur) bzw zum Teil (Schulung, Konzepterstellung etc) nicht selbst erbringt bzw erbringen kann. Teile der ausgeschriebenen Leistung werden somit nicht von der Antragstellerin selbst erbracht. Die Reparatur durch andere Unternehmer als den Bieter selbst, ist als Subunternehmertätigkeit zu qualifizieren (vgl BVA 25.3.2008, N/0020-BVA/13/2008-42). Dies muss ebenso für die Durchführung anderer Leistungsteile (Schulung, Konzepterstellung etc) durch andere Unternehmer als den Bieter gelten. Die Firmen C*** und D*** sind somit nicht bloße Lieferanten, wie dies die Antragstellerin vermeint, sondern als Subunternehmer anzusehen. Die Antragstellerin gesteht sohin selbst zu, dass sie oben angeführten Leistungsteile zur Gänze (Reparatur) bzw zum Teil (Schulung, Konzepterstellung etc) nicht selbst erbringt bzw erbringen kann. Teile der ausgeschriebenen Leistung werden somit nicht von der Antragstellerin selbst erbracht. Die Reparatur durch andere Unternehmer als den Bieter selbst, ist als Subunternehmertätigkeit zu qualifizieren vergleiche BVA 25.3.2008, N/0020-BVA/13/2008-42). Dies muss ebenso für die Durchführung anderer Leistungsteile (Schulung, Konzepterstellung etc) durch andere Unternehmer als den Bieter gelten. Die Firmen C*** und D*** sind somit nicht bloße Lieferanten, wie dies die Antragstellerin vermeint, sondern als Subunternehmer anzusehen.

Laut der bestandsfest gewordenen Ausschreibung, Pos Nr 00C2110 des Ausschreibungs-LV, "AGB - Anlagenbau 01.2007" gelten ausschließlich die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für den Anlagenbau (AGB AB), Ausgabe 01.2007".

Punkt 1.1.5 der AGB - Anlagenbau 01.2007 lautet:

Der Bieter hat in seinem Angebot nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, und die dafür in Frage kommenden Subunternehmer bekannt zu geben.

Punkt 2.10. "Subunternehmerleistungen" der AGB lautet:

2.10.1: Die Weitergabe des gesamten Auftrags ist unzulässig; ausgenommen sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

2.10.2: Die Weitergabe von wesentlichen Teilen der Leistung ist überdies nur mit schriftlicher, mittels Fax oder elektronisch erteilter Zustimmung des Auftraggebers und nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis und technische Leistungsfähigkeit besitzt. Die Zustimmung des Auftraggebers entbindet den Auftragnehmer nicht von seiner Haftung.

Aus den genannten Bestimmungen ergibt sich, dass ein Bieter, der beabsichtigt, wesentliche Teile des Auftrages nicht selbst zu erbringen, dies und die in Aussicht genommenen Subunternehmer, in seinem Angebot bekannt zu geben. Bei der Konzepterstellung, der Wartung und der Schulung der Mitarbeiter handelt es sich unzweifelhaft um wesentliche Teile der ausgeschriebenen Leistung. Dies wurde von der Antragstellerin auch nicht in Zweifel gezogen. Die Antragstellerin hat jedoch keine Subunternehmer genannt, geschweige denn deren Eignung nachgewiesen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist im Beilagen von Datenblättern keine "Nennung von Subunternehmern" zu erblicken.

Das Angebot der Antragstellerin widerspricht sohin der Ausschreibung und wurde auch diesem Grunde gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 zu Recht ausgeschieden. Das Angebot der Antragstellerin widerspricht sohin der Ausschreibung und wurde auch diesem Grunde gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 zu Recht ausgeschieden.

Schlussfolgerung:

Das Angebot der Antragstellerin wurde zu Recht bereits gemäß § 269 Abs 3 BVergG [Mangelnde nachvollziehbare Aufklärung (vgl Pkt 1)], und gemäß § 269 Abs 1 Z 2 und 5 BVergG 2006 [mangelnde technische Leistungsfähigkeit bzw

fehlende Namhaftmachung von Subunternehmern (vgl Pkte 2 aa und 2 bb)) ausgeschieden. Auf die weiteren, vom Auftraggeber bzw vom präsumtiven Bestbieter vorgebrachten Ausscheidensgründe (Befugnis, Referenzen, Ausschreibungswidrigkeit, Redundanzkonzept und Abnahmemessprotokoll) war daher nicht mehr einzugehen. Zu Spruchpunkt II. Das Angebot der Antragstellerin wurde zu Recht bereits gemäß Paragraph 269, Absatz 3, BVergG [Mangelnde nachvollziehbare Aufklärung vergleiche Pkt 1)], und gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2 und 5 BVergG 2006 [mangelnde technische Leistungsfähigkeit bzw fehlende Namhaftmachung von Subunternehmern vergleiche Pkte 2 aa und 2 bb)) ausgeschieden. Auf die weiteren, vom Auftraggeber bzw vom präsumtiven Bestbieter vorgebrachten Ausscheidensgründe (Befugnis, Referenzen, Ausschreibungswidrigkeit, Redundanzkonzept und Abnahmemessprotokoll) war daher nicht mehr einzugehen. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Wie sich aus den obigen Ausführungen und Spruchpunkt I ergibt, wurde das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden. Die Antragstellerin kommt daher für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Es kann ihr sohin kein Schaden entstehen. Mangelt es einem Angebot aber bereits an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd § 320 Abs 1 BVergG 2006 zu verneinen (vgl VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039 u.a.; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37, BVA 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29, N/0095-BVA/04/2007-18 u. a.). Wie sich aus den obigen Ausführungen und Spruchpunkt römisch eins ergibt, wurde das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden. Die Antragstellerin kommt daher für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Es kann ihr sohin kein Schaden entstehen. Mangelt es einem Angebot aber bereits an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 zu verneinen vergleiche VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039 u.a.; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37, BVA 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29, N/0095-BVA/04/2007-18 u. a.).

Die Themen Ausschreibungswidrigkeit, Befugnis, Subunternehmer, Personal, Geräteausstattung, Schulung, Reparatur, Redundanzkonzept, Abnahmemessprotokoll und Referenzen sowie das Aufklärungsschreiben vom 4.7.2008 waren auch Gegenstand der mündlichen Verhandlungen vom 9.7.2008 und 11.8.2008. Der Antragstellerin wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit zur Stichhaltigkeit der vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgründe Stellung zu nehmen [vgl EuGH 19.6.2003, Rs C- 249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030]

Zu Spruchpunkt III. Zu Spruchpunkt römisch drei.

Das Bundesvergabeamt ist gemäß § 312 Abs 2 BVergG bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Das Bundesvergabeamt ist gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 322 Abs 1 Z 1 BVergG hat ein Antrag gemäß § 320 Abs 1 leg. cit. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten. Gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG hat ein Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG sind gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages), die Nicht-Zulassung zur

Teilnahme, die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung. Bei dem von der Antragstellerin bekämpften "gesamten Vergabeverfahren" handelt es sich nicht um eine gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidung, die einem Nichtigerklärungsantrag zugänglich wäre. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG sind gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages), die Nicht-Zulassung zur Teilnahme, die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung. Bei dem von der Antragstellerin bekämpften "gesamten Vergabeverfahren" handelt es sich nicht um eine gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidung, die einem Nichtigerklärungsantrag zugänglich wäre.

Aus § 312 Abs 2 Z 2 BVergG iVm § 322 Abs 1 Z 1 leg.cit. ergibt sich, dass lediglich einzelne (gesondert anfechtbare) Auftraggeberentscheidungen angefochten werden können. Es handelt sich sohin um einen unzulässigen Antrag, der zurückzuweisen war. Aus Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins, leg.cit. ergibt sich, dass lediglich einzelne (gesondert anfechtbare) Auftraggeberentscheidungen angefochten werden können. Es handelt sich sohin um einen unzulässigen Antrag, der zurückzuweisen war.

Zu Spruchpunkt IV. Zu Spruchpunkt römisch vier.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da - wie sich aus den Spruchpunkten I, II und III ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 14.7.2008 (Ausscheiden) abgewiesen, der Nachprüfungsantrag vom 9.6.2008 (Zuschlagsentscheidung) zurückgewiesen sowie die Anträge vom 9.6.2008 und 14.7.2008 (Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens) zurückgewiesen wurden, und daher auch kein teilweises Obsiegen der Antragstellerin iSd § 319 Abs 1 BVergG 2006 vorliegt, sind die Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren abzuweisen. Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 9.6.2008 gemäß § 319 Abs 2 BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16.6.2008, N/0059-BVA/09/2008-EV16, teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag vom 9.6.2008 wurde jedoch gemäß § 320 Abs 1 BVergG unter Spruchpunkt II zurückgewiesen. Da - wie sich aus den Spruchpunkten römisch eins, römisch zwei und römisch drei ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 14.7.2008 (Ausscheiden) abgewiesen, der Nachprüfungsantrag vom 9.6.2008 (Zuschlagsentscheidung) zurückgewiesen sowie die Anträge vom 9.6.2008 und 14.7.2008 (Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens) zurückgewiesen wurden, und daher auch kein teilweises Obsiegen der Antragstellerin iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, sind die Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren abzuweisen. Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 9.6.2008 gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16.6.2008, N/0059-BVA/09/2008-EV16, teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag vom 9.6.2008 wurde jedoch gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG unter Spruchpunkt römisch zwei zurückgewiesen.

Zuletzt aktualisiert am

23.10.2008

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