

TE Verg Bescheid 2006/6/22 N/0030-BVA/10/2006-036

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.06.2006

Norm

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs2

BVergG 2002 §52 Abs1 Z4

BVergG 2002 §52 Abs3

BVergG 2002 §57 Abs1 Z1

BVergG 2002 §70 Abs1

BVergG 2002 §81 Abs1

BVergG 2002 §83 Abs1 Z2

BVergG 2002 §83 Abs1 Z6

BVergG 2002 §98 Z1

BVergG 2002 §98 Z5

BVergG 2002 §98 Z8

AVG 1991 §37

AVG 1991 §52

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzenden sowie Dr. Josef Bosina als Beisitzer der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Beisitzer der Auftragnehmerseite über die Anträge der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von berührungslosen Verkehrserfassungssensoren" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-AG vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Verkehrstelematik GmbH vertreten durch die Finanzprokuratur wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 19. April 2006 zugunsten der Firma B*** für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergG 2006Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet der Elektrotechnik/Telematik zur Beantwortung der Frage, ob dem Angebot der A*** die erforderlichen Nachweise angeschlossen sind, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 37, 52 AVGRechtsgrundlage: Paragraphen 37, 52, AVG

III.römisch drei.

Der Antrag, die Auftraggeberin gemäß § 319 BVergG 2006 in den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren in Höhe von insgesamt Euro 3.200,-- zu verfallen, wird abgewiesen.Der Antrag, die Auftraggeberin gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 in den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren in Höhe von insgesamt Euro 3.200,-- zu verfallen, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 2. Mai 2006 beim Bundesvergabeamt ein. Er betrifft das Vergabeverfahren "Lieferung berührungsloser Verkehrserfassungssensoren" der ASFINAG Verkehrstelematik GmbH im Vollmachtsnamen der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch Finanzprokuratur. Es sind die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie der Ersatz der Pauschalgebühren beantragt. In dem Nachprüfungsantrag wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Da das Vergabeverfahren nach den Regeln des BVergG 2002 geführt worden sei, sei eine getrennte Anfechtung der Ausscheidensentscheidung nicht möglich und es werde die Zuschlagsentscheidung angefochten. Die Ausscheidensentscheidung sei zusammen mit der Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei die B***. Zu Unrecht sei die Antragstellerin ausgeschieden worden, weil ihre Referenzprojekte trotz des großen Umfangs und der Aufteilung in Lose lediglich als zwei und nicht als vier Projekte gewertet worden seien. Weiters habe die Auftraggeberin den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin durch die Berufung auf die technische Leistungsfähigkeit, insbesondere die Referenzprojekte des Sublieferanten, der Firma C***, nicht zugelassen, obwohl die Ausschreibung den Nachweis der Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer in Punkt 1.2.6 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehen habe. Die Firma C*** sei als Subunternehmerin anzusehen. Nach dem Verständnis des § 70 BVergG gelte auch ein Vorlieferant als Subunternehmer. Durch die Berufung auf Referenzprojekte des Vorlieferanten habe die Antragstellerin den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbracht. Die Nichtvorlage geforderter Eignungsnachweise stelle einen behebbaren Mangel dar. Die Auftraggeberin hätte zur Verbesserung unter konkreter Angabe der Mängel auffordern müssen. Sie sei offenbar davon ausgegangen,

dass die Berufung auf Referenzen der Firma C*** als Eignungsnachweis nicht in Betracht komme. Das Angebot der Antragstellerin sei um etwa Euro 55.000 günstiger als jenes der B***. In Anbetracht des Zuschlagsprinzips, das den Preis mit 90 % bewerte, sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin bei Berücksichtigung ihres Angebotes Bestbieterin sei. Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in ihren subjektiven Rechten auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere auf Nichtausscheidung ihres Angebotes, sofern nicht die Voraussetzungen dafür vorliegen, sowie auf Nichterteilung des Zuschlages an einen Bieter, der nicht Bestbieter ist, verletzt. Als Schaden machte sie die Kosten für die Kalkulation des Angebotes sowie den möglichen Entgang eines unternehmerischen Gewinnes von 5 % des Umsatzes und einen Deckungsbeitrag zu den Gemeinkosten geltend. Darüber hinaus machte sie den Verlust eines wertvollen Referenzprojektes als Schaden geltend. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 2. Mai 2006 beim Bundesvergabeamt ein. Er betrifft das Vergabeverfahren "Lieferung berührungsloser Verkehrserfassungssensoren" der ASFINAG Verkehrstelematik GmbH im Vollmachtsnamen der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch Finanzprokurator. Es sind die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie der Ersatz der Pauschalgebühren beantragt. In dem Nachprüfungsantrag wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Da das Vergabeverfahren nach den Regeln des BVergG 2002 geführt worden sei, sei eine getrennte Anfechtung der Ausscheidensentscheidung nicht möglich und es werde die Zuschlagsentscheidung angefochten. Die Ausscheidensentscheidung sei zusammen mit der Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei die B***. Zu Unrecht sei die Antragstellerin ausgeschieden worden, weil ihre Referenzprojekte trotz des großen Umfangs und der Aufteilung in Lose lediglich als zwei und nicht als vier Projekte gewertet worden seien. Weiters habe die Auftraggeberin den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin durch die Berufung auf die technische Leistungsfähigkeit, insbesondere die Referenzprojekte des Sublieferanten, der Firma C***, nicht zugelassen, obwohl die Ausschreibung den Nachweis der Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer in Punkt 1.2.6 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehen habe. Die Firma C*** sei als Subunternehmerin anzusehen. Nach dem Verständnis des Paragraph 70, BVergG gelte auch ein Vorlieferant als Subunternehmer. Durch die Berufung auf Referenzprojekte des Vorlieferanten habe die Antragstellerin den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbracht. Die Nichtvorlage geforderter Eignungsnachweise stelle einen behebbaren Mangel dar. Die Auftraggeberin hätte zur Verbesserung unter konkreter Angabe der Mängel auffordern müssen. Sie sei offenbar davon ausgegangen, dass die Berufung auf Referenzen der Firma C*** als Eignungsnachweis nicht in Betracht komme. Das Angebot der Antragstellerin sei um etwa Euro 55.000 günstiger als jenes der B***. In Anbetracht des Zuschlagsprinzips, das den Preis mit 90 % bewerte, sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin bei Berücksichtigung ihres Angebotes Bestbieterin sei. Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in ihren subjektiven Rechten auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere auf Nichtausscheidung ihres Angebotes, sofern nicht die Voraussetzungen dafür vorliegen, sowie auf Nichterteilung des Zuschlages an einen Bieter, der nicht Bestbieter ist, verletzt. Als Schaden machte sie die Kosten für die Kalkulation des Angebotes sowie den möglichen Entgang eines unternehmerischen Gewinnes von 5 % des Umsatzes und einen Deckungsbeitrag zu den Gemeinkosten geltend. Darüber hinaus machte sie den Verlust eines wertvollen Referenzprojektes als Schaden geltend.

Am 5. Mai 2006 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, erteilte die begehrten Auskünfte und nahm zu dem Antragsvorbringen Stellung. Sie brachte vor, dass die ausgeschriebenen berührungslosen Verkehrserfassungssensoren gemäß Teil 2 der Ausschreibung ("Leistungsbeschreibung") Fahrzeuge erfassen und klassifizieren, den Mindestabstand zwischen Fahrzeugen sowie Stop and Go - Verkehr und weiters neben der Fahrtrichtung Geisterfahrer erfassen und erkennen können sollten. Darüber hinaus müsse auch eine Geschwindigkeitsmessung möglich sein. Durch die dadurch gewonnenen Erkenntnisse sei es der Auftraggeberin in kürzester Zeit möglich, Stauunkte zu lokalisieren und entsprechende Vorkehrungen (zB auf elektronischen Aufschriftstafeln, Rundfunk und dgl) zur Verkehrsberuhigung zu treffen. Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung brachte sie vor, dass die Antragstellerin die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin unbegreiflicherweise als Antragsgegnerin bezeichne. Dies sei ein Grund, den Antrag als unzulässig zurückzuweisen, zumal als Antragsgegnerin die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-AG aufzuscheinen hätte. Die Antragstellerin habe sich in rechtswidriger Art und Weise in der Parteienbezeichnung geirrt.

Mit Aufklärungsschreiben vom 28. März 2006 sei die Antragstellerin zur Klarstellung betreffend den Einsatz der

Technologien bezüglich der Messgenauigkeit durch Vorlage der geforderten Prüfberichte sowie zur Klarstellung betreffend die Erfassung von Schräg- und Randfahrern aufgefordert worden. Mit Schreiben vom 31. März 2006 erteilte die Antragstellerin lediglich Auskünfte hinsichtlich der Schrägfahrer, nicht jedoch auch der Randfahrer. Sie sei mit Telefax vom 4. April 2006 erneut aufgefordert worden, diese Klarstellung sowie Erläuterungen betreffend die Datenschnittstelle binnen sieben Tagen nachzureichen. Erneut seien nur Daten in Bezug auf Radar und Ultraschall, nicht jedoch in Bezug auf die dritte eingesetzte Technologie, nämlich Passiv Infrarot, vorgelegt worden. Schon aus diesem Grund hätte die Antragstellerin nach § 98 Z 8 BVergG 2002 ausgeschieden werden müssen. Mit Aufklärungsschreiben vom 28. März 2006 sei die Antragstellerin zur Klarstellung betreffend den Einsatz der Technologien bezüglich der Messgenauigkeit durch Vorlage der geforderten Prüfberichte sowie zur Klarstellung betreffend die Erfassung von Schräg- und Randfahrern aufgefordert worden. Mit Schreiben vom 31. März 2006 erteilte die Antragstellerin lediglich Auskünfte hinsichtlich der Schrägfahrer, nicht jedoch auch der Randfahrer. Sie sei mit Telefax vom 4. April 2006 erneut aufgefordert worden, diese Klarstellung sowie Erläuterungen betreffend die Datenschnittstelle binnen sieben Tagen nachzureichen. Erneut seien nur Daten in Bezug auf Radar und Ultraschall, nicht jedoch in Bezug auf die dritte eingesetzte Technologie, nämlich Passiv Infrarot, vorgelegt worden. Schon aus diesem Grund hätte die Antragstellerin nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 ausgeschieden werden müssen.

Die Antragstellerin habe die zum Nachweis der Leistungsfähigkeit bezogene Lieferantin entgegen den Festlegungen in der Ausschreibung nicht als Subunternehmerin namhaft gemacht. Eine Berufung auf ihre Referenzen sei daher nicht zulässig. Den Aufforderungen um Aufklärung der technischen Eigenschaften der angebotenen Produkte sei sie nicht nachgekommen. Bei der von der Antragstellerin namhaft gemachten Firma C*** handle es sich um eine Lieferantin, nicht um eine Subunternehmerin. Im Subunternehmerverzeichnis sei sie nicht genannt. Sollte sie tatsächlich als Subunternehmerin anzusehen sein, handle es sich um ein unzulässiges "Nachschieben" eines Subunternehmers nach Angebotsöffnung. Das Angebot sei jedenfalls auszuschneiden. Auch handle es sich nicht um einen behebbaren Mangel. Dass die Auftraggeberin die beiden genannten A*** Projekte als jeweils ein Referenzprojekt behandelt habe, stelle keinen Fehler bei der Angebotsbewertung dar. Die Antragstellerin habe sie auch zuletzt im Aufklärungsschreiben vom 19. April 2006 als Referenzprojekte 1 und 2 bezeichnet. Es handle sich daher auch nach ihrem eigenen Verständnis um zwei Projekte. Aufgrund der hohen Strahlungsleistung der angebotenen Produkte bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit einer negativen Beeinflussung der Mautsensorik durch die ausgeschriebenen Sensoren. Die Auftraggeberin beantragte daher, den Nachprüfungsantrag vollinhaltlich zurück- in eventu abzuweisen sowie den Antrag auf Ersatz der Kosten des Verfahrens zurück- in eventu abzuweisen.

Am 9. Mai 2006 erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung und untersagte der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, den Zuschlag im Vergabeverfahren "Lieferung berührungsloser Verkehrserfassungssensoren" zu erteilen.

Am 15. Mai 2006 erhob die B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte begründete Einwendungen. Sie erachtet sich als Bestbieterin in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens und Zuschlagserteilung verletzt. Sie behauptet ein evidentes Interesse am Vertragsabschluss. Sollte ihr nicht der Zuschlag erteilt werden, drohe ihr ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns, der branchenüblicherweise rund 6 % des Angebotspreises betrage. Bestandteile des drohenden Schadens seien schließlich auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren und der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes. In Anhang B6-3.7 werde ausdrücklich festgelegt, dass Lieferanten keine Subunternehmer seien. Weiters werde in Punkt 1.2.6 ausgeführt, dass der Nachweis der Eignung durch Subunternehmer erfolgen könne. Auch im Sinne des § 70 BVergG 2002 könne ein Lieferant nicht als Subunternehmer verstanden werden. Die Antragstellerin könne sich daher zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit nicht auf die Firma C*** beziehen. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschneiden. Es seien der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auch keine Projekte der Firma C*** bekannt, die inhaltlich die geforderten Referenzprojekte erfüllen würden. Das Nachreichen weiterer Referenzprojekte würde im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes einen unbehebaren Mangel darstellen. Weder aus den gesetzlichen Bestimmungen noch aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass Referenzprojekte ab einem gewissen Auftragswert als mehrere Referenzprojekte gewertet werden könnten. Daher beantragt die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Zurück- in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrages, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens. Am 15. Mai 2006 erhob die B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte begründete

Einwendungen. Sie erachtet sich als Bestbieterin in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens und Zuschlagserteilung verletzt. Sie behauptet ein evidentes Interesse am Vertragsabschluss. Sollte ihr nicht der Zuschlag erteilt werden, drohe ihr ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns, der branchenüblicherweise rund 6 % des Angebotspreises betrage. Bestandteile des drohenden Schadens seien schließlich auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren und der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes. In Anhang B6-3.7 werde ausdrücklich festgelegt, dass Lieferanten keine Subunternehmer seien. Weiters werde in Punkt 1.2.6 ausgeführt, dass der Nachweis der Eignung durch Subunternehmer erfolgen könne. Auch im Sinne des Paragraph 70, BVergG 2002 könne ein Lieferant nicht als Subunternehmer verstanden werden. Die Antragstellerin könne sich daher zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit nicht auf die Firma C*** beziehen. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschneiden. Es seien der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auch keine Projekte der Firma C*** bekannt, die inhaltlich die geforderten Referenzprojekte erfüllen würden. Das Nachreichen weiterer Referenzprojekte würde im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes einen unbehebbarer Mangel darstellen. Weder aus den gesetzlichen Bestimmungen noch aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass Referenzprojekte ab einem gewissen Auftragswert als mehrere Referenzprojekte gewertet werden könnten. Daher beantragt die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Zurück- in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrages, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens.

In der Stellungnahme vom 29. Mai 2006 brachte die Antragstellerin zur Frage der ordnungsgemäßen Erbringung des Eignungsnachweises vor, dass für die Frage des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit nach Punkt 1.2.6 der Ausschreibung durch das Verzeichnis der Subunternehmer nach Anhang B6-3.7 der Ausschreibung nichts gewonnen sei. In § 70 Abs 1 BVergG 2002 sei nämlich lediglich als Ausnahme vom Grundsatz des Verbotes der Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer normiert, dass dieses Verbot bei Kaufverträgen, dh im Falle der Weitergabe an Vorlieferanten, nicht gelte. Dieser Ausnahme hätte es aber nicht bedurft, wenn Vorlieferanten nicht als Subunternehmer anzusehen seien. Eine - in der Stellungnahme näher ausgeführte - gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation bestätige, dass die Berufung der Antragstellerin auf Referenzprojekte der Firma C*** ausschreibungs- und vergaberechtskonform gewesen sei. Es komme nicht darauf an, ob der Dritte, auf dessen Referenzprojekte sich die Antragstellerin berufe, als Subunternehmer im Sinne des nationalen Vergaberechts zu qualifizieren sei. Entscheidend sei, dass der Bieter über die Mittel dieses Dritten verfüge. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der Firma C*** vom 20. März 2006. Die Ausschreibung enthalte keine Bestimmung, die die Berufung auf die Leistungsfähigkeit Dritter explizit nur bei Subunternehmern gestatte und in allen übrigen Fällen ausschließe. Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit könne in jedem Fall entsprechend den Grundsätzen gemäß der Holst bzw Ballast Nedam Group-Judikatur erbracht werden. Was den mangelnden Nachweis des Einsatzes von Passiv-Infrarot anlange, sei darauf hinzuweisen, dass diese angebliche Unvollständigkeit des Angebotes nicht Gegenstand der verfahrensgegenständlichen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung gewesen sei. Es handle sich um ein "Nachschieben" von Ausscheidensgründen. Aus den Seiten 18, 19 und 21 des Angebotes ergebe sich im Datenblatt, dass diese Technologie im angebotenen Produkt enthalten sei. Darauf habe die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 31. März 2006 hingewiesen. Da die Antragstellerin die geforderten Nachweise bereits dem Angebot beigelegt habe, stelle die Wiederholung dieser Nachweise, wie sie mit Schreiben vom 28. März 2006 und 4. April 2006 gefordert worden seien, keinen Ausscheidensgrund nach § 98 Z 8 BVergG 2002 dar. Die Ausschreibung fordere an keiner Stelle, welche der einzusetzenden Technologien welche Funktionalität haben müsse. Dies gelte umso mehr, als die Auftraggeberin im Schreiben vom 4. April 2006 in Bezug auf die Passiv-Infrarot-Technologie keinerlei weiteren Aufklärungsbedarf im Sinne des Schreibens vom 28. März 2006 gesehen habe. An keiner Stelle der Ausschreibung sei gefordert, dass sich der dem Angebot beizulegende Nachweis zur Einhaltung der Mess- und Klassifizierungsgenauigkeit nach TLS 2002 Abschnitt IV für die angebotene Systemgeräteeinheit in dem Angebot auch auf die Passiv-Infrarot-Technologie beziehen müsse. In der Stellungnahme vom 29. Mai 2006 brachte die Antragstellerin zur Frage der ordnungsgemäßen Erbringung des Eignungsnachweises vor, dass für die Frage des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit nach Punkt 1.2.6 der Ausschreibung durch das Verzeichnis der Subunternehmer nach Anhang B6-3.7 der Ausschreibung nichts gewonnen sei. In Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2002 sei nämlich lediglich als Ausnahme vom Grundsatz des Verbotes der Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer normiert, dass dieses Verbot bei Kaufverträgen, dh im Falle der Weitergabe an Vorlieferanten, nicht gelte. Dieser Ausnahme hätte es

aber nicht bedurft, wenn Vorlieferanten nicht als Subunternehmer anzusehen seien. Eine - in der Stellungnahme näher ausgeführte - gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation bestätige, dass die Berufung der Antragstellerin auf Referenzprojekte der Firma C*** ausschreibungs- und vergaberechtskonform gewesen sei. Es komme nicht darauf an, ob der Dritte, auf dessen Referenzprojekte sich die Antragstellerin berufe, als Subunternehmer im Sinne des nationalen Vergaberechts zu qualifizieren sei. Entscheidend sei, dass der Bieter über die Mittel dieses Dritten verfüge. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der Firma C*** vom 20. März 2006. Die Ausschreibung enthalte keine Bestimmung, die die Berufung auf die Leistungsfähigkeit Dritter explizit nur bei Subunternehmern gestatte und in allen übrigen Fällen ausschließe. Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit könne in jedem Fall entsprechend den Grundsätzen gemäß der Holst bzw Ballast Nedam Group-Judikatur erbracht werden. Was den mangelnden Nachweis des Einsatzes von Passiv-Infrarot anlange, sei darauf hinzuweisen, dass diese angebliche Unvollständigkeit des Angebotes nicht Gegenstand der verfahrensgegenständlichen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung gewesen sei. Es handle sich um ein "Nachschieben" von Ausscheidensgründen. Aus den Seiten 18, 19 und 21 des Angebotes ergebe sich im Datenblatt, dass diese Technologie im angebotenen Produkt enthalten sei. Darauf habe die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 31. März 2006 hingewiesen. Da die Antragstellerin die geforderten Nachweise bereits dem Angebot beigelegt habe, stelle die Wiederholung dieser Nachweise, wie sie mit Schreiben vom 28. März 2006 und 4. April 2006 gefordert worden seien, keinen Ausscheidensgrund nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 dar. Die Ausschreibung fordere an keiner Stelle, welche der einzusetzenden Technologien welche Funktionalität haben müsse. Dies gelte umso mehr, als die Auftraggeberin im Schreiben vom 4. April 2006 in Bezug auf die Passiv-Infrarot-Technologie keinerlei weiteren Aufklärungsbedarf im Sinne des Schreibens vom 28. März 2006 gesehen habe. An keiner Stelle der Ausschreibung sei gefordert, dass sich der dem Angebot beizulegende Nachweis zur Einhaltung der Mess- und Klassifizierungsgenauigkeit nach TLS 2002 Abschnitt römisch vier für die angebotene Systemgeräteeinheit in dem Angebot auch auf die Passiv-Infrarot-Technologie beziehen müsse.

Am 6. Juni 2006 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Darin brachte die Auftraggeberin vor, dass gemäß Punkt 2.4.1 der Leistungsbeschreibung der Nachweis der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit gemäß TLS 2002 Abschnitt IV dem Angebot beizulegen gewesen sei. Gemäß Punkt 2.4.2 sei eine Kombinationsdetektion von Dopplerradar- (Mikrowellen-), Ultraschall- und Passiv Infrarot-Technologie anzubieten. Bereits die Zusammenschau dieser Bestimmungen ergebe, dass der Nachweis der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit für alle angebotenen Technologien bereits dem Angebot beizulegen gewesen sei. Aus der im Angebot beiliegenden Auswertung von Einzelfahrzeugdaten für den angebotenen Detektor der FH-D*** vom 9. August 2004 sei ersichtlich, dass der Nachweis lediglich für Radar und Ultraschall erbracht worden sei. In der Stellungnahme vom 31. März 2006 habe die Antragstellerin unter anderem darauf verwiesen, dass es nach der Auswertung durch die FH-D*** zu einer Erweiterung der Funktionalität um die Passiv-Infrarot-Technologie gekommen sei. Diese Erweiterung betreffe aber in keiner Weise die nachgewiesene Version. Dadurch habe die Antragstellerin zum Ausdruck gebracht, nicht über die notwendigen Nachweise zu verfügen, weshalb ihr Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei. Die Antragstellerin brachte vor, dass sich offenbar der Bieter nicht im Klaren gewesen sei, was als Referenz vorzulegen gewesen sei. Die Formulierung in Anhang B6-2.7 hinsichtlich einschlägiger Leistungen habe so verstanden werden können, dass es sich um dasselbe Produkt oder um die Lieferung berührungsloser Verkehrserfassungssensoren gleich welchen Produktes handle. Der Lieferant decke alle zu liefernden Produkte ab. Durch die Abänderung der Ausschreibung im Zuge der zweiten Berichtigung sei der Anforderung, Messberichte nach TLS 2002 vorzulegen, materiell derogiert worden. Wenn Abweichungen von der TLS 2002 zulässig sein sollten, könne der Nachweis der Einhaltung dieser Genauigkeit nicht gefordert werden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab an, dass die TLS 2002 Festlegungen über die Erkennung der Fahrtrichtung enthalte. Die Antragstellerin brachte vor, dass es sich bei der Berufung auf die TLS 2002 um den Versuch eines "Nachschiebens" von Ausscheidensgründen handle. Dies könne einerseits inhaltlich nicht von Erfolg sein, andererseits seien diese Gründe in der verfahrensgegenständlichen Ausscheidensentscheidung nicht herangezogen worden. Für den Fall, dass die Nachweise nach TLS 2002 von Bedeutung sein sollten, beantragte die Antragstellerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet der Elektrotechnik/Telematik. Der Sachverständige sollte befragt werden, ob dem Angebot der Antragstellerin die erforderlichen Nachweise angeschlossen seien. In Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit sei anzumerken, dass sich diese beim gegenständlichen Auftrag darauf beschränke, dass der Bieter die Lieferung organisieren können müsse. Die Auftraggeberin brachte vor, dass es keine Verpflichtung nach dem Bundesvergabegesetz 2002 gebe, alle Ausscheidensgründe bekannt zu geben. Verwiesen werde in diesem

Zusammenhang auf die Diktion des Schreibens vom 19. April 2006, in dem "insbesondere" Ausscheidensgründe mitgeteilt worden seien. Den Festlegungen in der Ausschreibung hinsichtlich der TLS 2002 werde auch durch die zweite Berichtigung derogiert. Im Übrigen werde auf das bisherige Vorbringen verwiesen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin brachte vor, dass das Gutachten der FH-D*** vom 9. August 2004 nicht ausreichend sei, um die Messgenauigkeit entsprechend nachzuweisen. Es handle sich nicht um einen verbesserungsfähigen Mangel. Trotz der eingeräumten Möglichkeit zur Verbesserung sei diese nicht erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei auszuschneiden. Am 6. Juni 2006 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Darin brachte die Auftraggeberin vor, dass gemäß Punkt 2.4.1 der Leistungsbeschreibung der Nachweis der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit gemäß TLS 2002 Abschnitt römisch vier dem Angebot beizulegen gewesen sei. Gemäß Punkt 2.4.2 sei eine Kombinationsdetektion von Dopplerradar- (Mikrowellen-), Ultraschall- und Passiv Infrarot-Technologie anzubieten. Bereits die Zusammenschau dieser Bestimmungen ergebe, dass der Nachweis der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit für alle angebotenen Technologien bereits dem Angebot beizulegen gewesen sei. Aus der im Angebot beiliegenden Auswertung von Einzelfahrzeugdaten für den angebotenen Detektor der FH-D*** vom 9. August 2004 sei ersichtlich, dass der Nachweis lediglich für Radar und Ultraschall erbracht worden sei. In der Stellungnahme vom 31. März 2006 habe die Antragstellerin unter anderem darauf verwiesen, dass es nach der Auswertung durch die FH-D*** zu einer Erweiterung der Funktionalität um die Passivinfrarottechnologie gekommen sei. Diese Erweiterung betreffe aber in keiner Weise die nachgewiesene Version. Dadurch habe die Antragstellerin zum Ausdruck gebracht, nicht über die notwendigen Nachweise zu verfügen, weshalb ihr Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei. Die Antragstellerin brachte vor, dass sich offenbar der Bieter nicht im Klaren gewesen sei, was als Referenz vorzulegen gewesen sei. Die Formulierung in Anhang B6-2.7 hinsichtlich einschlägiger Leistungen habe so verstanden werden können, dass es sich um dasselbe Produkt oder um die Lieferung berührungsloser Verkehrserfassungssensoren gleich welchen Produktes handle. Der Lieferant decke alle zu liefernden Produkte ab. Durch die Abänderung der Ausschreibung im Zuge der zweiten Berichtigung sei der Anforderung, Messberichte nach TLS 2002 vorzulegen, materiell derogiert worden. Wenn Abweichungen von der TLS 2002 zulässig sein sollten, könne der Nachweis der Einhaltung dieser Genauigkeit nicht gefordert werden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab an, dass die TLS 2002 Festlegungen über die Erkennung der Fahrtrichtung enthalte. Die Antragstellerin brachte vor, dass es sich bei der Berufung auf die TLS 2002 um den Versuch eines "Nachschiebens" von Ausscheidensgründen handle. Dies könne einerseits inhaltlich nicht von Erfolg sein, andererseits seien diese Gründe in der verfahrensgegenständlichen Ausscheidensentscheidung nicht herangezogen worden. Für den Fall, dass die Nachweise nach TLS 2002 von Bedeutung sein sollten, beantragte die Antragstellerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet der Elektrotechnik/Telematik. Der Sachverständige sollte befragt werden, ob dem Angebot der Antragstellerin die erforderlichen Nachweise angeschlossen seien. In Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit sei anzumerken, dass sich diese beim gegenständlichen Auftrag darauf beschränke, dass der Bieter die Lieferung organisieren können müsse. Die Auftraggeberin brachte vor, dass es keine Verpflichtung nach dem Bundesvergabegesetz 2002 gebe, alle Ausscheidensgründe bekannt zu geben. Verwiesen werde in diesem Zusammenhang auf die Diktion des Schreibens vom 19. April 2006, in dem "insbesondere" Ausscheidensgründe mitgeteilt worden seien. Den Festlegungen in der Ausschreibung hinsichtlich der TLS 2002 werde auch durch die zweite Berichtigung derogiert. Im Übrigen werde auf das bisherige Vorbringen verwiesen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin brachte vor, dass das Gutachten der FH-D*** vom 9. August 2004 nicht ausreichend sei, um die Messgenauigkeit entsprechend nachzuweisen. Es handle sich nicht um einen verbesserungsfähigen Mangel. Trotz der eingeräumten Möglichkeit zur Verbesserung sei diese nicht erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei auszuschneiden.

Am 9. Juni 2006 legte die Antragstellerin die TLS 2002 vor und brachte im Wesentlichen vor, dass sich das Prüfverfahren nach TLS 2002 Abschnitt IV lediglich auf Verkehrserfassungsgeräte beziehe, die mit Induktivschleifen detektierten, es sei denn, es seien für die sinngemäße Anwendung des Verfahrens auf andere Detektionsprinzipien spezifische Festlegungen getroffen worden. Diese fehlten in der gegenständlichen Ausschreibung. Die eingesetzte Technologie Passiv Infrarot detektiere gerade nicht mit Induktionsschleifen. Gerade die Erkennung der Fahrtrichtung gehöre nicht zu den in Abschnitt IV geregelten Prüfparametern. Daraus ergebe sich, dass Abschnitt IV der TLS 2002 für die Passiv Infrarot-Technologie beim Angebot der Antragstellerin nicht einschlägig sei. Am 9. Juni 2006 legte die Antragstellerin die TLS 2002 vor und brachte im Wesentlichen vor, dass sich das Prüfverfahren nach TLS 2002 Abschnitt römisch vier lediglich auf Verkehrserfassungsgeräte beziehe, die mit Induktivschleifen detektierten, es sei denn, es seien für die sinngemäße Anwendung des Verfahrens auf andere Detektionsprinzipien spezifische Festlegungen

getroffen worden. Diese fehlten in der gegenständlichen Ausschreibung. Die eingesetzte Technologie Passiv Infrarot detektiert gerade nicht mit Induktionsschleifen. Gerade die Erkennung der Fahrtrichtung gehöre nicht zu den in Abschnitt römisch vier geregelten Prüfparametern. Daraus ergebe sich, dass Abschnitt römisch vier der TLS 2002 für die Passiv Infrarot-Technologie beim Angebot der Antragstellerin nicht einschlägig sei.

Am 16. Juni 2006 brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme ein. Darin beantragte sie, wegen des Schlusses des Ermittlungsverfahrens in der mündlichen Verhandlung die Stellungnahme der Antragstellerin vom 9. Juni 2006 nicht zu berücksichtigen, da wegen bloßer Wiederholung des Vorbringens in der mündlichen Verhandlung darin keine Neuerung iSd § 39 Abs 2 AVG liege. Sie brachte weiters im Wesentlichen vor, dass der Nachweis für die komplette Systemsgeräteeinheit für alle eingesetzten Technologien in Anlehnung an Abschnitt IV der TLS 2002 zu erbringen gewesen sei. Die Ausschreibung sei mittlerweile bestandsfest geworden. In der Ausschreibung seien Nachweise auch hinsichtlich der Fahrtrichtungserkennung gefordert gewesen. Nach der vorgelegten Auswertung durch die FH D*** sei es zu einer Erweiterung der Funktionalität um die Passiv Infrarot-Technologie gekommen. Die Prüfung sei daher nur für die Radar- und Ultraschall-Technologie erfolgt. Zu bedenken sei auch, dass die Systemgeräteeinheit aus der Software einerseits und der Hardware andererseits bestehe. Jede Hardwareänderung sei deshalb auch untrennbar mit einer solchen der Software verbunden. Das damit verbundene Entwicklungsrisiko solle nicht auf die Auftraggeberin überwältigt werden. Das Hinzufügen einer neuen Technologie stelle einen einschneidenden Eingriff in die Signalverarbeitung dar, die aufgrund der Komplexität der Auswerteprogramme Unwägbarkeiten beinhalte. Ein solcher Eingriff bedinge eine komplette Validierung der durchgeführten Änderungen unter allen zu erwartenden Verkehrs- und Witterungsbedingungen. Die Geisterfahrererkennung sei eine Aufgabe/Funktionalität, bei der sichergestellt werden müsse, dass ein sehr seltenes Ereignis mit einer sehr hohen Genauigkeit erkannt werde. Sämtliche Änderungen im Zusammenhang mit der Geisterfahrererkennung seien daher als kritisch einzustufen, insbesondere wenn sie noch nicht getestet worden seien.

Am 16. Juni 2006 brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme ein. Darin beantragte sie, wegen des Schlusses des Ermittlungsverfahrens in der mündlichen Verhandlung die Stellungnahme der Antragstellerin vom 9. Juni 2006 nicht zu berücksichtigen, da wegen bloßer Wiederholung des Vorbringens in der mündlichen Verhandlung darin keine Neuerung iSd Paragraph 39, Absatz 2, AVG liege. Sie brachte weiters im Wesentlichen vor, dass der Nachweis für die komplette Systemsgeräteeinheit für alle eingesetzten Technologien in Anlehnung an Abschnitt römisch vier der TLS 2002 zu erbringen gewesen sei. Die Ausschreibung sei mittlerweile bestandsfest geworden. In der Ausschreibung seien Nachweise auch hinsichtlich der Fahrtrichtungserkennung gefordert gewesen. Nach der vorgelegten Auswertung durch die FH D*** sei es zu einer Erweiterung der Funktionalität um die Passiv Infrarot-Technologie gekommen. Die Prüfung sei daher nur für die Radar- und Ultraschall-Technologie erfolgt. Zu bedenken sei auch, dass die Systemgeräteeinheit aus der Software einerseits und der Hardware andererseits bestehe. Jede Hardwareänderung sei deshalb auch untrennbar mit einer solchen der Software verbunden. Das damit verbundene Entwicklungsrisiko solle nicht auf die Auftraggeberin überwältigt werden. Das Hinzufügen einer neuen Technologie stelle einen einschneidenden Eingriff in die Signalverarbeitung dar, die aufgrund der Komplexität der Auswerteprogramme Unwägbarkeiten beinhalte. Ein solcher Eingriff bedinge eine komplette Validierung der durchgeführten Änderungen unter allen zu erwartenden Verkehrs- und Witterungsbedingungen. Die Geisterfahrererkennung sei eine Aufgabe/Funktionalität, bei der sichergestellt werden müsse, dass ein sehr seltenes Ereignis mit einer sehr hohen Genauigkeit erkannt werde. Sämtliche Änderungen im Zusammenhang mit der Geisterfahrererkennung seien daher als kritisch einzustufen, insbesondere wenn sie noch nicht getestet worden seien.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin brachte am 16. Juni 2006 eine Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das Gutachten der FH D*** nicht die angebotenen Kombinationsdetektoren getestet habe und darüber keine Aussage treffe. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschneiden.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Auftraggeberin des gegenständlichen Verfahrens ist laut Bekanntmachung der Ausschreibung die ASFINAG Verkehrstelematik GmbH im Vollmachtsnamen der Autobahn- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Gegenstand der Ausschreibung ist die Lieferung von berührungslosen Verkehrserfassungssensoren inklusive Montagevorrichtung. Es handelt sich um einen Lieferauftrag. Die Bekanntmachung der Ausschreibung wurde am 31. Jänner 2006 an das Amt für amtliche Veröffentlichungen abgesandt und am 2. Februar 2006 unter der ZI 2006/S28-030912 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften und im Lieferanzeiger bekannt gemacht. Die

Vergabe erfolgt im offenen Verfahren. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind, erteilt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 24. März 2006, 11.00 Uhr. Um 11.05 Uhr dieses Tages sollte die Angebotsöffnung erfolgen. Es fanden zwei Berichtigungen der Ausschreibung statt. (Bekanntmachung der Ausschreibung; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 1.954.856,40 ohne USt. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Am 2. März 2006 sandte die Auftraggeberin die Bekanntmachung der ersten Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ab. Sämtlichen Bewerbern wurde diese Berichtigung übermittelt. Dieses Anschreiben ist rechtsgültig gefertigt dem Angebot anzuschließen. In dieser Berichtigung wird der 2. Teil der Ausschreibung ausgetauscht. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Aussage von Herrn E*** in der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2006)

Am 13. März 2006 sandte die Auftraggeberin die Bekanntmachung der zweiten Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ab. Ein Anschreiben mitsamt der Berichtigung wurde an alle Bewerber per Telefax übermittelt. Dieses Anschreiben ist rechtsgültig gefertigt dem Angebot anzuschließen. In dieser Berichtigung werden die Punkte 1.3.4.2.2 Qualitätskriterium, Punkt

2.4.3.2 Anforderung der Daten, Punkt 2.4.3.3 Anforderungen Umwelt- und Umgebungsbedingungen sowie den Betrieb, Punkt 2.4.3.4 Anforderungen Montage und Punkt 4.3.18 Lieferfristen Terminplan der Ausschreibung geändert. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Als allgemeine Vergabegrundlagen nennt Punkt 1.1 der Ausschreibung das "Bundesvergabegesetz - BVergG 2002 (BGBl. I Nr. 99/2002) und die dazu ergangenen Verordnungen, jeweils in der letztgültigen Fassung". (Ausschreibungsunterlagen). Als allgemeine Vergabegrundlagen nennt Punkt 1.1 der Ausschreibung das "Bundesvergabegesetz - BVergG 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,) und die dazu ergangenen Verordnungen, jeweils in der letztgültigen Fassung". (Ausschreibungsunterlagen).

Punkt 1.2.6 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1.2.6 Auftragnehmer/Bietergemeinschaften/Subunternehmer

Zum Nachweis der Eignung sind vom Bieter die gemäß Anhang B8-3.6 verlangten Nachweise (gem. §§ 52 ff BVergG 2002) beizubringen; gleichermaßen sind vom Bieter diese Nachweise auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer beizubringen. Zum Nachweis der Eignung sind vom Bieter die gemäß Anhang B8-3.6 verlangten Nachweise (gem. Paragraphen 52, ff BVergG 2002) beizubringen; gleichermaßen sind vom Bieter diese Nachweise auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer beizubringen.

Bietergemeinschaften werden nur zugelassen, wenn sie sich gem. §83

(1) Ziff. 1 BVergG 2002 bereits mit dem gemeinsamen Angebot zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft im Auftragsfall verpflichten und die entsprechende ARGE-Erklärung gem. Teil 6 abgeben. Die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer ist im Rahmen des § 70 BVergG 2002 grundsätzlich zulässig. (1) Ziff. 1 BVergG 2002 bereits mit dem gemeinsamen Angebot zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft im Auftragsfall verpflichten und die entsprechende ARGE-Erklärung gem. Teil 6 abgeben. Die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer ist im Rahmen des Paragraph 70, BVergG 2002 grundsätzlich zulässig.

Erfolgt der Eignungsnachweis des Bieters (gem. §§ 52 ff BVergG) im zulässigen Rahmen über Subunternehmer (Substituierung der Eignung), so muss dieses Unternehmen während der gesamten Auftrages zur Verfügung stehen. Erfolgt der Eignungsnachweis des Bieters (gem. Paragraphen 52, ff BVergG) im zulässigen Rahmen über Subunternehmer (Substituierung der Eignung), so muss dieses Unternehmen während der gesamten Auftrages zur Verfügung stehen.

Subunternehmer dürfen ohne vorherige Zustimmung des AG nicht ausgetauscht werden."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.2.7 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1.2.7 Art des Zuschlags

Der Zuschlag zu gegenständlicher Lieferleistung wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.2.10 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1.2.10 Form und Einreichung der Angebote

Alle Angebote sind im Sinne der §§ 82 und 84 (1) BVergG 2002 in Papierform, unter Anschluss der in Teil 6 geforderten Unterlagen, in einem verschlossenen Umschlag mit dem beiliegenden Adressaufkleber gekennzeichnet 1-fach einzureichen. [...] "Alle Angebote sind im Sinne der Paragraphen 82 und 84 (1) BVergG 2002 in Papierform, unter Anschluss der in Teil 6 geforderten Unterlagen, in einem verschlossenen Umschlag mit dem beiliegenden Adressaufkleber gekennzeichnet 1-fach einzureichen. [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.2.13 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1.2.13 Angebotsprüfung, Zuschlag und Leistungsvertrag

Die Prüfung der Angebote erfolgt nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen.

[...]

Die Wahl des Angebotes für den Zuschlag wird nach den hierfür in den vorstehenden Vergabegrundlagen enthaltenen Kriterien und den vorliegenden ergänzenden Bestimmungen nach dem im Punkt 1.2.7 festgelegten Prinzip getroffen.

[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.3.1 der Ausschreibungsunterlagen bezeichnet die ASFINAG Verkehrstelematik GmbH als ausschreibende Stelle im Vollmachtsnamen der ASFINAG. Punkt 1.3.3 der Ausschreibungsunterlagen legt das offene Verfahren fest. Punkt 1.3.4.1 der Ausschreibungsunterlagen verweist hinsichtlich der zwingend vorgeschriebenen Eignungskriterien auf § 52 BVergG, soweit nicht im Teil 6 Punkt 6.3.1 zusätzliche Kriterien definiert sind. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Punkt 1.3.1 der Ausschreibungsunterlagen bezeichnet die ASFINAG Verkehrstelematik GmbH als ausschreibende Stelle im Vollmachtsnamen der ASFINAG. Punkt 1.3.3 der Ausschreibungsunterlagen legt das offene Verfahren fest. Punkt 1.3.4.1 der Ausschreibungsunterlagen verweist hinsichtlich der zwingend vorgeschriebenen Eignungskriterien auf Paragraph 52, BVergG, soweit nicht im Teil 6 Punkt 6.3.1 zusätzliche Kriterien definiert sind. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 2.4 der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der ersten und zweiten Berichtigung lautet:

"2.4 Beschreibung/Anforderung

2.4.1 Allgemeines

Es wird darauf hingewiesen, dass die Projektsprache Deutsch ist. Die zur Verfügung gestellten Verkehrserfassungssensoren werden an Mautbrücken montiert.

Da auf diesen Mautbrücken bereits Sensoren montiert sind, liegt es in der Verantwortung des Lieferanten, dass keine negative Beeinflussung der Mautsensorik auftritt.

[...]

Da diese Sensoren bereits in eine bestehende Anlage integriert werden, ist bei der Lieferung der Verkehrserfassungssensoren sicherzustellen, dass diese mit einer Siemens kompatiblen, bzw. siemensspezifischen SITOS Schnittstelle oder gleichwertigen Schnittstelle zum Anschluss an einen FG1-EAK geliefert werden müssen.

Verkehrsdatenerfassung (VDE) - Sensoren bzw. Detektoren dienen zur zahlenmäßigen Erfassung von Fahrzeugen, der Klassifizierung nach Fahrzeugarten pro definiertem Messquerschnitt (MQ) sowie der Geschwindigkeitsmessung in Anlehnung an die Anforderungen der "Technischen Lieferbedingungen Streckenstationen", Ausgabe 2002 (TLS 2002).

Mit den gegenständlichen Sensoren muss eine Klassifizierung der Fahrzeuge möglich sowie Funktionen wie Fahrtrichtungserkennung, Stauerkennung, usw. realisierbar sein.

Des Weiteren muss die Möglichkeit zur Ermittlung der Fahrzeuggeschwindigkeiten bestehen.

Die angebotene Type bzw. Version (Ausgabe) der Firmware für Sensor/Detektor ist in der entsprechenden LV-Position so eindeutig anzugeben, dass im Zuge von Recherchen in technischen Datenblättern bzw. Beschreibungen eine eindeutige Identifizierung erfolgen kann. Den Angebotsunterlagen sind detaillierte technische Datenblätter sowie Produktbeschreibungen beizulegen.

Der Nachweis zur Einhaltung der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit in Anlehnung an die TLS 2002 Abschnitt IV für die angebotene Systemgeräteeinheit ist dem Angebot beizulegen. Der Nachweis zur Einhaltung der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit in Anlehnung an die TLS 2002 Abschnitt römisch vier für die angebotene Systemgeräteeinheit ist dem Angebot beizulegen.

Sämtliche, in den nachfolgenden Punkten definierten Leistungsanforderungen und Lieferungen wie

- Gerätehardware
- Software und SW-Lizenzen
- erforderliche Befestigungsteile

sind in die Einheitspreise einzurechnen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

2.4.2 Funktionsprinzip

Anzubieten ist eine Kombination von Doppler Radar- (Mikrowellen-), Ultraschall- und Passiv Infrarot-Technologie.

Durch diese kombinierten Verfahren werden die sich bewegenden Objekte (Fahrzeuge) erfasst und es erfolgt eine Klassifizierung in die geforderten Bereiche bzw. Abstufungen (8+1 gem. TLS 2002). Die Erfassung von Stop&Go-Verkehr muss möglich sein. Die hierbei auftretenden Einschränkungen des angebotenen Sensors (max. erlaubte Stillstandszeiten, Klassifikation, Messgenauigkeiten) sind detailliert zu beschreiben.

2.4.3 Anforderungen und Leistungsmerkmale

2.4.3.1 Allgemeines

VDE - Sensor zur Messung und Fahrzeugbestimmung nach mind. Klassifizierungsgruppe 8+1 lt. TLS 2002

2.4.3.2 Anforderung Daten

Fahrzeugmengen und Fahrzeugklassifizierung

? Erfassung und Klassifizierung in 8+1-Fahrzeugklassen gem. TLS 2002:

- (10) Motorrad (q Krad)
- (7) Pkw (q Pkw)
- (11) Lieferwagen (q Lfw)
- (2) Pkw mit Anhänger (q PkwA)
- (3) Lkw (q Lkw)
- (8) Lkw mit Anhänger (q LkwA)
- (9) Sattelkraftfahrzeuge (q SattelKfz)
- (5) Busse (q Bus)
- (6) nicht klassifizierbare Kraftfahrzeuge (q nkKfz) Zahlen in Klammern sind die Fahrzeugklassencodes lt. TLS.
- Mindestabstandserkennung: 5 bis 7 m
- Gefordert wird hier grundsätzlich die Erfüllung der abgesicherten Detektionsraten der Gruppe A3 nach TLS 2002. Abweichungen hiervon sind zulässig, jedoch mit dem AG abzustimmen. Für die Kalkulation dieses Angebotes gilt: Die

Gruppe A2 ist für Fahrzeugarten Pkw und Lkw, die Gruppe A3 für alle anderen Fahrzeugarten mit Ausnahme der Krafträder, PKW mit Anhänger und Busse nachzuweisen. Für die letztgenannten Fahrzeugarten muss eine abgesicherte Detektionsrate von 70% erreicht werden. Als Mindestgröße für die Stichprobe wird die für eine abgesicherte Detektionsrate von 80% festgelegt.

Geschwindigkeiten

- Messung der Geschwindigkeit der Fahrzeuge
- Grundsätzlich gelten die Anforderungen an die Messgenauigkeit nach TLS 2002 Abschnitt IV. Abweichungen hiervon sind zulässig, jedoch mit dem AG abzustimmen.
- Grundsätzlich gelten die Anforderungen an die Messgenauigkeit nach TLS 2002 Abschnitt römisch vier. Abweichungen hiervon sind zulässig, jedoch mit dem AG abzustimmen.
- Messbarer Geschwindigkeitsbereich: 5 bis 250 km/h
- Detektion von Stop&Go Verkehr muss möglich sein

Weitere Daten

- Fahrtrichtungserkennung, Erfassung bzw. Erkennung von Geisterfahrern

Allgemeines

Die für die Ermittlung der nach TLS 2002 definierten Ergebnismeldungen (Version 0 bis 4, Version 10 bis 23) notwendigen Daten müssen dem EAK zur Verfügung gestellt werden. (siehe nachfolgende beispielhafte Auflistung)

- Mittlere Geschwindigkeit PkwÄ
- Mittlere Geschwindigkeit LkwÄ
- Standardabweichung der Geschwindigkeit
- Belegung
- Mittlere Nettozeitlücke
- v85-Geschwindigkeit
- Parametrierbare Geschwindigkeitsklassen

Die für die Generierung der nach TLS2002 definierten DE-Fehlermeldungen und ergänzenden DE-Fehlermeldungen (TLS-Fehlerbytes, Hersteller-Fehlerbytes) notwendigen Informationen müssen dem EAK zur Verfügung gestellt werden. Die zu meldenden Zustände sind mit dem Auftraggeber abzustimmen.

Der Sensor muss einen integrierten Datenpuffer zur Zwischenspeicherung bei Kommunikationsausfall der Messdaten als Fahrzeugeinzeldatensätze, sowie der Zustandsdaten (z.B. Störungen) enthalten.

[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 4.2 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"4.2 Besondere rechtliche Vertragsbestimmungen

Anmerkung: Nachfolgende Punkte sind als vorrangige Ergänzung zu den in Punkt 4.1 angeführten Vertragsbestimmungen (ÖNORM B 2117 zu verstehen. Die zugehörigen Bezugspunkte sind jeweils angeführt. Bei Fehlen von Bezugspunkten handelt es sich um freie Zusatzbestimmungen des AGs (AG).

Ferner gilt folgende Rangordnung der rechtlichen Vertragsbestandteile in absteigender Reihenfolge:

1. 1.)eins,
Schlussbrief / Auftragsschreiben
2. 2.)2,
Die Vertragsbestimmungen der Ausschreibung
Bei Widersprüchen gelten die Ausschreibungskapitel in folgender Reihenfolge Teil 6, Teil 5, Teil 4, Teil 3, Teil 2, Teil 1
3. 3.)3,

Soweit anwendbar ÖNORM B 2117

4. 4.)4,

Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 6.1.3 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"6.1.3 Außerdem erklären wir,

[...]

1. f)Litera f

dass wir nicht beabsichtigen - außer die im Anhang deklarierten - sonstige wesentliche Leistungen an Subunternehmer weiterzugeben;

2. g)Litera g

dass ein künftiger Subunternehmer vertraglich so gebunden wird, dass dieser seinen gesamten Auftrag nicht weitergeben darf und dass die Weitergabe von Teilabschnitten eines solchen Auftrages nur nach Zustimmung des AG zulässig ist (Teilabschnitte des Auftrages sind im Sinne eines Mengenbegriffes zu verstehen; ein Teilabschnitt eines Auftrages ist eine Teilmenge, in welcher der gesamte Ablauf durchgeführt wird);

[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 6.3 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"6.3 Wesentliche Unterlagen zum Angebot

6.3.1 Wir schließen hier folgende, angekreuzte, wesentliche Unterlagen zum ausschreibungsgemäßen Angebot (getrennt für Auftraggeber-Entwurf und falls angeboten, für die Auftraggeber-Variante) bei, anderenfalls das Angebot ausgeschieden wird. Nachstehende Aufzählung ist keine taxative Aufzählung der Ausscheidungsstatbestände.

6/1) Angekreuzte, wesentliche Unterlagen, die mit dem Angebot abzugeben sind (sofortige Ausscheidenssanktion):

X6/1.1 Teil 5 und Teil 6: händisch ausgefülltes Leistungsverzeichnis oder automationsunterstütztes, ausgepreistes, ausgedrucktes und rechtsgültig unterfertigtes Kurzleistungsverzeichnis. Mit der Unterfertigung gegenständlicher Anbotsunterlagen im Teil 6 "Erklärung des Bieters" gelten diese Anbotsbestandteile ausdrücklich als seitens des Bieters überprüft und rechtsgültig gefertigter integrierender Bestandteil des Angebotes. X6/1.2 entfällt

X6/1.3 entfällt

X6/1.4 entfällt

X6/1.5 entfällt

X6/1.6 entfällt

X6/1.7 entfällt

X6/1.8 entfällt

6/2 Weiters sind zusätzlich folgende, angekreuzte wesentliche Unterlagen gemeinsam mit dem Angebot abzugeben (sofortige Ausscheidenssanktion) soweit nicht angekreuzt sind die entsprechenden Unterlagen nach Aufforderung innerhalb von 7 Kalendertagen nachzureichen ("nachträgliche" Ausscheidenssanktion) X6/2.1 entfällt

6/2.2. Innerstaatliche, EU konformer Zulassung bzw. bei Zulassungen im EWR Raum Nachweis der Gleichwertigkeit zu den innerstaatlichen Zulassungen

6/3 Auf Anforderung innerhalb 7 Kalendertagen nachzureichende Unterlagen ("nachträgliche" Ausscheidenssanktion):

Gleichzeitig wird jedoch ersucht, im Sinne einer möglichst rationellen Angebotsprüfung, die fett ausgewiesenen Unterlagen dem Angebot bereits beizulegen !!!!!

6/3.1 Datenträger gem. Teil 1 - Pkt. 1.2.11

6/3.214 Verlangte Nachweise gem. den §§ 53, 54, 56 und 57 BVergG
6/3.214 Verlangte Nachweise gem. den Paragraphen 53, 54, 56 und 57 BVergG

2002 (Anhang 3.6)

Produktbeschreibung und Datenblatt gemäß Teil 2 Leistungsbeschreibung siehe Beilage

6/2.3 Sämtliche material- bzw Systemeignungsnachweise bzw. Prüfzeugnisse

6/3.3 Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Leistungen unter den angeführten Bedingungen (Anhang 2.7)

6/3.516 Erklärung hinsichtlich der Subunternehmerleistungen

(Anhang 3.7)

6/3.719 Sonstige Unterlagen

6/3.817 Auflistung der angebotenen Materialien mit Angabe des Fabrikates, der Type, des Ursprungslandes etc.

6/3.6 Verlangte Nachweise gem. den §§ 53, 54, 56 und 57 BVergG 2002
6/3.6 Verlangte Nachweise gem. den Paragraphen 53, 54, 56 und 57 BVergG 2002

(Anhang B8-3.6)"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Anhang B6-2.7 der Ausschreibungsunterlagen enthält eine Tabelle zum Eintrag durchgeführter einschlägiger Leistungen. Diese enthält Spalten für die Bezeichnung der Leistung, die Leistungszeit von / bis, die Art der Beteiligung an der Leistung als Alleinunternehmer oder Partner einer ARGE, den eigenen Projektleiter und die Auftragssumme in Mio. EUR. Bei mehr als zehn Leistungen sollten nur die wichtigsten angeführt werden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Anhang B6-3.6 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"[...]

IV.) "Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit":römisch vier.) "Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit":

Der Bieter muss mindestens 3 Referenzprojekt aus den letzten 3 Jahren anführen das vergleichbare Leistungen zum Gegenstand hat (Lieferung von berührungslosen Verkehrserfassungssensoren) mit einem Auftragswert von je mindestens 400.000 Euro.

Nachweis durch:

Eine Liste der wesentlichen in den letzten 3 Jahren erbrachten Lieferungen mit Angabe des Rechnungswertes, des Lieferzeitpunktes sowie der Auftraggeber.

1. 1.Ziffer eins

Eine Liste der wesentlichen in den letzten 3 Jahren erbrachten Lieferungen mit Angabe des Rechnungswertes, des Lieferzeitpunktes sowie der Auftraggeber.

2. 2.Ziffer 2

Bescheinigungen, die von zuständigen amtlichen Qualitätskontrollenrichtungen ausgestellt wurden, mit denen bestätigt wird, dass durch entsprechende Bezugnahmen genau gekennzeichnete Waren bestimmten Spezifikationen oder Normen entsprechen.

[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung enthält in Anhang B6-3.7 ein Verzeichnis namhaft zu machender Subunternehmer. Dieses enthält folgende Anmerkungen:

"Lässt der Bieter dieses Verzeichnis der Subunternehmer gem. §§ 70 und 83 BVergG 2002 vollkommen unausgefüllt so deklariert er, dass er keine Subunternehmer gem. §§ 70 und 83 BVergG 2002 zum Einsatz bringt."Lässt der Bieter dieses Verzeichnis der Subunternehmer gem. Paragraphen 70 und 83 BVergG 2002 vollkommen unausgefüllt so deklariert er, dass er keine Subunternehmer gem. Paragraphen 70 und 83 BVergG 2002 zum Einsatz bringt.

Reine Lieferanten sind nicht als Subunternehmer zu klassifizieren."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Abschnitt IV Prüfvorschriften der TLS 2002 enthält unter 1 Eignungsprüfungen der Verkehrserfassung in Kapitel 1.1 Allgemeines folgende Festlegung: Abschnitt römisch vier Prüfvorschriften der TLS 2002 enthält unter 1 Eignungsprüfungen der Verkehrserfassung in Kapitel 1.1 Allgemeines folgende Festlegung:

"Im folgenden wird die Eignungsprüfung der Verkehrserfassung beschrieben. Das Prüfverfahren ist für Verkehrserfassungsgeräte, die mit Induktivschleifen detektieren, ausgelegt. Für die Prüfung anderer Erfassungstechniken ist das Verfahren ebenfalls anwendbar, es müssen aber ggf. zusätzliche für das Detektionsprinzip spezifische Festlegungen getroffen werden. Geprüft wird die Genauigkeit bei der Erfassung der Verkehrsmenge, der Fahrzeugklassifizierung und der Geschwindigkeitsmessung."

In weiterer Folge ist das Prüfverfahren unter Verwendung von Induktivschleifenfeldern beschrieben. Die zu prüfenden Geräte übertragen die Daten über spezifiziertere Datenübertragungssysteme. In weiterer Folge wird die Prüfung der Fahrzeugklassifizierung, Fahrzeugmengen und Geschwindigkeiten vorgegeben. Weiters sind die Prüfung von Geräten zur Achslasterfassung und Eignungsprüfungen der Übertragungstechnik beschrieben. Der Großteil der Anhänge befasst sich mit der Definition der Datenübertragung.

Auf Seite IV.1 - 1 der TLS 2002 findet sich folgender Satz Auf Seite römisch vier.1 - 1 der TLS 2002 findet sich folgender Satz:

"Über eine Schnittstelle, die die Anforderungen an den Lokalbus erfüllt, überträgt das zu prüfende Gerät die Einzelfahrzeugdaten (FG 1, DE-Typ 63) zusammen mit den Zeitstempel (FG 1, DE-Typ 30) an das Steuermodul des Prüfsystems."

Jeder einzelne Datensatz wird gesondert mit dem entsprechenden Datensatz der Referenzanlage verglichen.

(Vorgelegte Technische Lieferbedingungen für Streckenstationen Ausgabe 2002, TLS 2002 herausgegeben vom deutschen Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen)

Anhang 6 Teil 2 OSI 7 Definitionen der TLS 2002 enthält folgende Festlegung:

"3.2.18 DE-Block-Struktur im Typ 63 "Kfz-Einzeldaten"

Diese DE-Block-Struktur wird nur zu Prüfzwecken (s. Abschnitt IV) verwendet. Dieser DE-Block wird über eine Schnittstelle, die den Spezifikationen des Lokalbusses genügt, zur Verfügung gestellt. Wird verwendet mit ID 4 (Ergebnisse) in Antwortrichtung. Die Übertragung geschieht nur spontan nach Fahrzeugdetektion. Die Daten können nicht abgerufen werden. Dieser DE-Block muss mit Zeitstempel Typ 30 gesendet werden. Diese DE-Block-Struktur wird nur zu Prüfzwecken (s. Abschnitt römisch vier) verwendet. Dieser DE-Block wird über eine Schnittstelle, die den Spezifikationen des Lokalbusses genügt, zur Verfügung gestellt. Wird verwendet mit ID 4 (Ergebnisse) in Antwortrichtung. Die Übertragung geschieht nur spontan nach Fahrzeugdetektion. Die Daten können nicht abgerufen werden. Dieser DE-Block muss mit Zeitstempel Typ 30 gesendet werden.

Position Bezeichnung Erläuterung

Byte 1 Länge DE-Block Länge des DE-Blocks [11]

Byte 2 Daten-Endgeräte-Kanal [1..254]

Byte 3 Typ der DE-Daten [63]

Byte 4 Status des Datensatzes

Byte 5 Fahrzeugklassencode

Byte 6 Geschwindigkeit vKfz low Byte

Byte 7 Geschwindigkeit vKfz high Byte

Byte 8 Belegzeit tbel [0..65534 ms, 65535] low Byte

Byte 9 Belegzeit tbel high Byte

Byte 10 Nettozeitlücke [0..655,34 s, 65535] low Byte

Byte 11 Nettozeitlücke high Byte

Byte 12 Fahrzeuglänge [0..254 dm, 255]

[...]

Inhalt Byte: Geschwindigkeit

Die Geschwindigkeit und die Fahrtrichtung werden nur bei Detektoren mit Doppelschleifen ermittelt. Bei Einzelschleifen oder Ausfall einer Schleife wird der Wert FFFFh übertragen.

Die Geschwindigkeit wird von Bit 0 bis Bit 14 als vorzeichenloser Wert (0 bis mindestens 250 km/h, maximal möglich 32767) übertragen.

Im Bit 15 wird die Fahrtrichtung übertragen:

Bit 15 = 0: Fahrzeug fährt in Fahrtrichtung

= 1: Fahrzeug fährt in Gegenrichtung

Die Geschwindigkeit wird in km/h mit einer Auflösung von 1 km/h

übertragen

[...]"

(Vorgelegte Technische Lieferbedingungen für Streckenstationen

Ausgabe 2002, TLS 2002 herausgegeben vom deutschen Bundesministerium

für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen)

Der Auftrag umfasst ausschließlich die Lieferungen nach Teil 5 der Ausschreibungsunterlagen. Es sind keine Nebenarbeiten wie z.B. Montage, ausgeschrieben. Die erste Berichtigung der Ausschreibung wurde an alle Bewerber gefaxt. Die in Punkt 2.4.3.2 der Ausschreibungsunterlagen idF der 2. Berichtigung vorgesehene Abstimmung zulässiger Abweichungen mit dem Auftraggeber sollte im Wege von Bieteranfragen vor Abgabe des Angebotes erfolgen. Die Zulässigkeit solcher Abweichungen sollte durch Antworten an alle Bieter festgehalten werden. Als Subunternehmertätigkeiten im Rahmen des gegenständlichen Auftrages kommen etwa Speditionsleistungen, Planungsleistungen für die anzubietenden Halterungen oder Wartungsarbeiten im Rahmen der Haftung in Frage. Nach der Ausschreibung sollten Radar, Ultraschall und Passiv Infrarot als Messtechniken eingesetzt werden. Welche Messungen mit welcher Technologie durchgeführt werden sollen, ist in der Ausschreibung nicht festgelegt. Es ist lediglich festgelegt, welche Funktion die Sensoren insgesamt haben sollen. Die TLS 2002 gibt Abläufe vor, wie die Zählung und Auswertungen erfolgen sollen. Es handelt sich um ein mathematisches Modell. Unter Randfahrern sind jene Fahrzeuge zu verstehen, die sich am Rand des jeweils zu messenden Fahrstreifens bewegen. (Aussagen von Herrn E*** in der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2006) Der Auftrag umfasst ausschließlich die Lieferungen nach Teil 5 der Ausschreibungsunterlagen. Es sind keine Nebenarbeiten wie z.B. Montage, ausgeschrieben. Die erste Berichtigung der Ausschreibung wurde an alle Bewerber gefaxt. Die in Punkt 2.4.3.2 der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der 2. Berichtigung vorgesehene Abstimmung zulässiger Abweichungen mit dem Auftraggeber sollte im Wege von Bieteranfragen vor Abgabe des Angebotes erfolgen. Die Zulässigkeit solcher Abweichungen sollte durch Antworten an alle Bieter festgehalten werden. Als Subunternehmertätigkeiten im Rahmen des gegenständlichen Auftrages kommen etwa Speditionsleistungen, Planungsleistungen für die anzubietenden Halterungen oder Wartungsarbeiten im Rahmen der Haftung in Frage. Nach der Ausschreibung sollten Radar, Ultraschall und Passiv Infrarot als Messtechniken eingesetzt werden. Welche Messungen mit welcher Technologie durchgeführt werden sollen, ist in der Ausschreibung nicht festgelegt. Es ist lediglich festgelegt, welche Funktion die Sensoren insgesamt haben sollen. Die TLS 2002 gibt Abläufe vor, wie die Zählung und Auswertungen erfolgen sollen. Es handelt sich um ein mathematisches Modell. Unter Randfahrern sind jene Fahrzeuge zu verstehen, die sich am Rand des jeweils zu messenden Fahrstreifens bewegen. (Aussagen von Herrn E*** in der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2006)

Am 24. März 2006 fand von 11.11 Uhr bis 11.40 Uhr die Angebotsöffnung statt. Die Antragstellerin gab ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 1.052.538,-- ab, die F*** eines - unter Berücksichtigung des Nachlasses - mit Euro 1.417.697,40 netto und die B*** eines mit einem Angebotspreis von Euro 1.107.095,73 netto. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In dem Angebot der Antragstellerin findet sich auf Seite 3 von 62, die mit "Einleitung" bezeichnet und von zwei Vorstandmitgliedern gefertigtes ist, folgender Absatz:

"Wir fügen Unterlagen unseres Lieferanten, der Firma C***, bei, obwohl dies unserem Verständnis nach nicht notwendig wäre. Sollten sie weitergehende Unterlagen zu unserem Lieferanten benötigen, bitten wir sie um eine entsprechende Information, der wir gerne nachkommen."

Auf Seite 4 von 62, die mit "Bestätigung über die Verfügbarkeit des Lieferanten", betitelt ist, findet sich ein von zwei Vorstandmitgliedern gefertigtes Schreiben mit folgendem Text:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir haben mit unserem Lieferanten, der Fa. C*** in G*** Deutschland, Verträge geschlossen, die eine Verfügbarkeit für die gesamte Laufzeit des Antrages sicher stellen.

Sie finden auf der nächsten Seite ein gleich lautendes Schreiben der Fa. C***.

Sollten Sie über diese Erklärung hinaus noch Informationen zum Lieferanten benötigen, senden wir Ihnen diese, auf Anforderung rasch zu.

Auf Seite 5 von 62 findet sich ein eingescanntes Schreiben der C*** vom 20. März 2006 an die A***, in dem sich folgender Text findet:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erklären wir verbindlich, dass wir Ihnen als Lieferant für das ausgeschriebene Projekt "Lieferung berührungsloser Verkehrserfassungssensoren" für die gesamte Laufzeit des Auftrages zur Verfügung stehen."

Die Antragstellerin bietet eine Liefermenge von 180 Sensoren pro Monat an. In ihrem Angebot gab die Antragstellerin zwei eigene Projekte mit Auftragssummen 1,57 Mio Euro und ca 7 Mio Euro sowie drei Projekte der Firma C*** mit Auftragssummen von ca 8 Mio Euro, ca 5 Mio Euro und ca 20 Mio Euro zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit an. An allen Projekten waren die Antragstellerin oder die Firma C*** als Partner einer ARGE beteiligt. Auf Seite 18 von 62 ist ausgeführt, dass der angebotene Sensor zwei Radarbaugruppen, eine Ultraschallbaugruppe und eine Passiv-Infrarot-Baugruppe enthält. Eine graphische Darstellung der Erfassungsgeräte ist abgebildet. Auf Seite 19 von 62 sind die Grundfunktionen der einzelnen Baugruppen beschrieben und ausgeführt:

"Diese Kombination verschiedener Sensortechnologien zu einem Gesamtsystem bietet vor allem folgende Vorteile:

- Unterscheidung bis zu 8+1 Fahrzeugklassen nach TLS
- Erfassung von beliebig langsamen Fahrzeugen **
- echte Anwesenheitserkennung von beliebig lange unter dem Sensor stehenden Fahrzeugen
- minimaler Abstand zwischen zwei Fahrzeugen ca. 1m
- exakte Geschwindigkeitsmessung
- Richtungserkennung (zB Falschfahrererkennung)

** bei v<18 km/h gegenüber TLS2002 eingeschränkte

Klassifizierungsgenauigkeit"

In weiterer Folge finden sich Angaben zur Messgenauigkeit des Sensors, der Auswerteelektronik und den Schnittstellen sowie zu den einzelnen Baugruppen, der Energieversorgung und dem Überspannungsschutz. Es sind Abmessungen und Montage dargestellt. Eine CE-Konformitätserklärung, eine EG-Baumusterbescheinigung der deutschen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Darstellungen der Halterung sowie Prüfberichte mit Stand Februar 2006 und Nachweise zur Eignung sind angeschlossen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 28. März 2006 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin unter Androhung des Ausscheidens auf, Nachweise zur Einhaltung der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit nach TLS 2002 Abschnitt IV für die eingesetzte Technologie Passiv Infrarot vorzulegen, da dem Angebot lediglich solche für Radar und Ultraschall beiliegen. Das Ausscheiden nach § 98 Z 5 BVergG 2002 bei Unterbleiben der Auskunft wurde angedroht. Ebenso forderte sie auf, Nachweise bezüglich der Erfassung von Schrägfahrten und Randfahrern, nämlich Prinzip, eingesetzte Technologie, etc.

vorzulegen. Ersucht wurde um detaillierte technische und verbindliche schriftliche Aufklärung inklusive Vorlage sämtlicher zugehöriger Unterlagen. Mit Telefax vom 31. März 2006 teilte die Antragstellerin mit, dass das Mit Telefax vom 28. März 2006 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin unter Androhung des Ausscheidens auf, Nachweise zur Einhaltung der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit nach TLS 2002 Abschnitt römisch vier für die eingesetzte Technologie Passiv Infrarot vorzulegen, da dem Angebot lediglich solche für Radar und Ultraschall beiliegen. Das Ausscheiden nach Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG 2002 bei Unterbleiben der Auskunft wurde angedroht. Ebenso forderte sie auf, Nachweise bezüglich der Erfassung von Schrägfahrten und Randfahrern, nämlich Prinzip, eingesetzte Technologie, etc. vorzulegen. Ersucht wurde um detaillierte technische und verbindliche schriftliche Aufklärung inklusive Vorlage sämtlicher zugehöriger Unterlagen. Mit Telefax vom 31. März 2006 teilte die Antragstellerin mit, dass das

Datenblatt z.B. auf den Seiten 18, 19 und 21 aufzeige, dass alle drei Technologien im Sensor vorhanden seien. Sie könne der Ausschreibung allerdings nicht entnehmen, dass spezifische Technologien bestimmte Funktionen erfüllen müssten. Der herangezogene Teil beziehe sich auf die Einhaltung der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit. Diesen Punkt erfülle die Antragstellerin entsprechend dem Prüfbericht Seiten 27 - 47 ihres angegebenen Angebotes. Die Erweiterung der Funktionalität des angebotenen Produktes gegenüber der getesteten Version betreffe in keiner Weise die nachgewiesene Messqualität, da es sich lediglich um eine Ergänzung handle. Der Umstand, dass das angebotene Produkt eine erweiterte Funktionalität gegenüber der getesteten Version habe, werde aufgrund der üblichen technologischen Weiterentwicklung vermutlich bei allen angebotenen Produkten der Fall sein (zB Erweiterung der PIR - Messfeldcharakteristik). Sollte es eine vorgeschriebene Verwendung bestimmter Technologien mit vorgegebenen Funktionen geben, ersuchte die Antragstellerin um den Hinweis auf die in der Ausschreibung konkret angeführten Bestimmungen bzw. Stellen. Sie sehe die angezeigten Mängel als nicht zutreffend an und kündigte zu der Erfassung der Schrägfahrten die Vorlage ergänzender Unterlagen an, die sie am 3. April 2006 vorlegte. Mit Telefax vom 4. April 2006 ersuchte die Auftraggeberin unter Androhung des Ausscheidens um weitere Angaben hinsichtlich der Randfahrer und der Datenschnittstellen, im Besonderen über die Übertragung der Erkennung der Schräg- und Randfahrer. Mit Telefax vom 10. April 2006 erteilte die Antragstellerin entsprechende Auskünfte. Mit Telefax vom 12. April 2006 ersuchte die Auftraggeberin um Auskünfte hinsichtlich der drei Referenzprojekte in der Höhe von je mindestens Euro 400.000,-. Weiters ersuchte sie um Auskunft hinsichtlich der im Sensor eingesetzten zwei Radarbaugruppen, der Sendeleistung des Sensors sowie der Funkschnittstelle unter Androhung des Ausscheidens. Mit Telefax vom 19. April 2006 teilte die Antragstellerin mit, dass die beiden erstgenannten Referenzprojekte entsprechen würden und noch weitere nachgenannt werden könnten, die direkt von der Antragstellerin ausgeführt wurden. Die Projekte 3, 4 und 5 seien von der Lieferantin ausgeführt worden. Die Antragstellerin legte zu den Radarbaugruppen eine entsprechende Stellungnahme mit näheren technischen Angaben vor. In der "Auswertung zum offenen Verfahren" der Auftraggeberin ist die Antragstellerin von der Punktzahl an erste Stelle gereiht, dies unter Punkt 3.4. Gesamtbewertung. Unter Punkt 4 Zusammenfassung ist angeführt, dass dieses Angebot ausgeschieden werden musste. Für den Zuschlag ist daher das Angebot der B*** vorgeschlagen. Mit Telefax vom 19. April 2006 teilte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** mit. Der Antragstellerin teilte sie darüber hinaus mit, dass ihr Angebot insbesondere wegen des Nichtvorliegens sämtlicher Eignungskriterien respektive der dafür zu erbringenden Nachweise gemäß § 98 Z 1 iVm Z 5 BVergG 2002 auszuschneiden ist. Sie führte aus: Datenblatt z.B. auf den Seiten 18, 19 und 21 aufzeige, dass alle drei Technologien im Sensor vorhanden seien. Sie könne der Ausschreibung allerdings nicht entnehmen, dass spezifische Technologien bestimmte Funktionen erfüllen müssten. Der herangezogene Teil beziehe sich auf die Einhaltung der Mess- bzw. Klassifizierungsgenauigkeit. Diesen Punkt erfülle die Antragstellerin entsprechend dem Prüfbericht Seiten 27 - 47 ihres angegebenen Angebotes. Die Erweiterung der Funktionalität des angebotenen Produktes gegenüber der getesteten Version betreffe in keiner Weise die nachgewiesene Messqualität, da es sich lediglich um eine Ergänzung handle. Der Umstand, dass das angebotene Produkt eine erweiterte Funktionalität gegenüber der getesteten Version habe, werde aufgrund der üblichen technologischen Weiterentwicklung vermutlich bei allen angebotenen Produkten der Fall sein (zB Erweiterung der PIR - Messfeldcharakteristik). Sollte es eine vorgeschriebene Verwendung bestimmter Technologien mit vorgegebenen Funktionen geben, ersuchte die Antragstellerin um den Hinweis auf die in der Ausschreibung konkret angeführten Bestimmungen bzw. Stellen. Sie sehe die angezeigten Mängel als nicht zutreffend an und kündigte zu der Erfassung der Schrägfahrten die Vorlage ergänzender Unterlagen an, die sie am 3. April 2006 vorlegte. Mit Telefax vom 4. April 2006 ersuchte die Auftraggeberin unter Androhung des Ausscheidens um weitere Angaben hinsichtlich der Randfahrer und

der Datenschnittstellen, im Besonderen über die Übertragung der Erkennung der Schräg- und Randfahrer. Mit Telefax vom 10. April 2006 erteilte die Antragstellerin entsprechende Auskünfte. Mit Telefax vom 12. April 2006 ersuchte die Auftraggeberin um Auskünfte hinsichtlich der drei Referenzprojekte in der Höhe von je mindestens Euro 400.000,--. Weiters ersuchte sie um Auskunft hinsichtlich der im Sensor eingesetzten zwei Radarbaugruppen, der Sendeleistung des Sensors sowie der Funkschnittstelle unter Androhung des Ausscheidens. Mit Telefax vom 19. April 2006 teilte die Antragstellerin mit, dass die beiden erstgenannten Referenzprojekte entsprechen würden und noch weitere nachgenannt werden könnten, die direkt von der Antragstellerin ausgeführt wurden. Die Projekte 3, 4 und 5 seien von der Lieferantin ausgeführt worden. Die Antragstellerin legte zu den Radarbaugruppen eine entsprechende Stellungnahme mit näheren technischen Angaben vor. In der "Auswertung zum offenen Verfahren" der Auftraggeberin ist die Antragstellerin von der Punkteanzahl an erste Stelle gereiht, dies unter Punkt 3.4. Gesamtbewertung. Unter Punkt 4 Zusammenfassung ist angeführt, dass dieses Angebot ausgeschieden werden musste. Für den Zuschlag ist daher das Angebot der B*** vorgeschlagen. Mit Telefax vom 19. April 2006 teilte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** mit. Der Antragstellerin teilte sie darüber hinaus mit, dass ihr Angebot insbesondere wegen des Nichtvorliegens sämtlicher Eignungskriterien respektive der dafür zu erbringenden Nachweise gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, in Verbindung mit Ziffer 5, BVergG 2002 auszuschneiden ist. Sie führte aus:

"Obgleich im Pkt. IV der Ausschreibungsunterlage Teil 6 das Vorhandensein dreier Referenzprojekte aus den letzten drei Jahren, die vergleichbare Leistungen zum Gegenstand haben sollen (Lieferung von berührungslosen Verkehrserfassungssensoren) mit einem Auftragswert von je mindestens Euro 400.000,-- zur Darlegung der technischen Leistungsfähigkeit gefordert werden, wurden ihrerseits nur zwei Referenzprojekte unternehmensbezogener Natur angegeben und hierfür Nachweise erbracht. Die weiteren von ihnen genannten Referenzprojekte sind nicht geeignet, ihre technische Leistungsfähigkeit ausschreibungskonform darzutun. Daran vermochten auch die innerhalb der gesetzten Nachfrist übermittelten Unterlagen bzw. Aufklärungen nichts zu ändern." "Obgleich im Pkt. römisch vier der Ausschreibungsunterlage Teil 6 das Vorhandensein dreier Referenzprojekte aus den letzten drei Jahren, die vergleichbare Leistungen zum Gegenstand haben sollen (Lieferung von berührungslosen Verkehrserfassungssensoren) mit einem Auftragswert von je mindestens Euro 400.000,-- zur Darlegung der technischen Leistungsfähigkeit gefordert werden, wurden ihrerseits nur zwei Referenzprojekte unternehmensbezogener Natur angegeben und hierfür Nachweise erbracht. Die weiteren von ihnen genannten Referenzprojekte sind nicht geeignet, ihre technische Leistungsfähigkeit ausschreibungskonform darzutun. Daran vermochten auch die innerhalb der gesetzten Nachfrist übermittelten Unterlagen bzw. Aufklärungen nichts zu ändern."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühren von Euro 3.200,--. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Der Zuschlag wurde nicht erteilt und das Vergabeverfahren bisher nicht widerrufen. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die obigen Feststellungen gründen sich auf die jeweils in Klammern genannten Beweismittel. Zeugenaussagen wurden lediglich insofern herangezogen, als sie in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen geblieben sind. Zweifel an der Echtheit oder Richtigkeit der Beweismittel traten nicht auf. Der Sachverhalt ergibt sich daher schlüssig aus den genannten Beweismitteln.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1. Maßgebliche Rechtslage

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde am 2. Mai 2006 eingebracht. Die Auftraggeberin sandte die Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung am 31. Jänner 2006 ab, die Veröffentlichung erfolgte am 2. Februar 2006.

"Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß Abs 3 der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens (zB Absenden der Bekanntmachung oder Aufforderung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren; aus systematischen Gründen wird vom Wortlaut des Art 9 Abs 2 der RL abgewichen, eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden). 'Eingeleitet' iSd Abs 3 ist ein Vergabeverfahren dann, wenn die Bekanntmachung abgesendet wird oder - bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung - wenn eine den Beginn des

Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt." "Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß Absatz 3, der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens (zB Absenden der Bekanntmachung oder Aufforderung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren; aus systematischen Gründen wird vom Wortlaut des Artikel 9, Absatz 2, der RL abgewichen, eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden). 'Eingeleitet' iSd Absatz 3, ist ein Vergabeverfahren dann, wenn die Bekanntmachung abgesendet wird oder - bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung - wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt."

(1171 BlgNR 22 GP 35)(1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 35)

Da die Absendung der Bekanntmachung der Ausschreibung vor dem 1. Februar 2006 erfolgte, wurde das Vergabeverfahren am 31. Jänner 2006 eingeleitet (BVA 17.7.2003, 17F-1/03-11).

Nach § 345 Abs 1 Z 3 Bundesvergabegesetz 2006, BVergG, trat das Bundesvergabegesetz 2002 mit 1. Februar 2006 außer Kraft. Nun ordnet § 345 Abs 2 BVergG 2006 an, dass für die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der Nach Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer 3, Bundesvergabegesetz 2006, BVergG, trat das Bundesvergabegesetz 2002 mit 1. Februar 2006 außer Kraft. Nun ordnet Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 an, dass für die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der

1. bis 3. Teil des BVergG 2006 nicht gilt. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Diese Rechtslage kann im gegenständlichen Fall nur das BVergG 2002 sein. Aus einem Umkehrschluss aus § 345 Abs 4 BVergG 2006 ergibt sich, dass das Nachprüfungsverfahren nach den Regelungen des BVergG 2006 zu führen ist und der 4. bis 6. Teil des BVergG 2006 zur Anwendung gelangen. 1. bis 3. Teil des BVergG 2006 nicht gilt. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Diese Rechtslage kann im gegenständlichen Fall nur das BVergG 2002 sein. Aus einem Umkehrschluss aus Paragraph 345, Absatz 4, BVergG 2006 ergibt sich, dass das Nachprüfungsverfahren nach den Regelungen des BVergG 2006 zu führen ist und der 4. bis 6. Teil des BVergG 2006 zur Anwendung gelangen.

Die Antragstellerin beruft sich hilfsweise auf Art 48 Abs 3 RL 2004/18/EG. Nach Art 80 Abs 1 erster Unterabsatz RL 2004/18/EG erlassen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie spätestens am 31. Januar 2006 nachzukommen. Die Materialien zum BVergG 2006 führen dazu aus, dass die Umsetzungsfrist am 31. Jänner 2006 abläuft (RV 1171 BlgNR 22 GP 3). Auch nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Formulierung so zu verstehen, dass mit 31. Jänner 2006 die Umsetzungsfrist abläuft (zB EuGH 1.4.2004, Rs C-64/03, Kommission/Deutschland, Slg 2004, I-3.551, Rn 2). Eine Berufung auf Rechte aus der Richtlinie kommt jedoch erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist in Betracht, da sie lediglich verhindern soll, dass sich Staaten ihren Verpflichtungen gegenüber Einzelnen durch Nichtumsetzung von Richtlinien entziehen können (Vclouch in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, Art 249 Rz 69). Ein Vergabeverfahren ist nach dem zum Zeitpunkt seiner Einleitung geltend Recht zu beurteilen. Eine Änderung des anzuwendenden Rechts im Laufe des Vergabeverfahrens findet nicht statt (EuGH 24.9.1998, Rs C-76/97, Tögel, Slg 1998, I-5.357, Rn 52; 5.10.2000, Rs C-337/98, Kommission/Frankreich, Slg 2000, I-8.377, Rn 40f). Das gegenständlich Vergabeverfahren wurde somit vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2004/18/EG eingeleitet. Eine Berufung auf Rechte aus Art 48 Abs 3 RL 2004/18/EG kommt daher nicht in Betracht. Die Antragstellerin beruft sich hilfsweise auf Artikel 48, Absatz 3, RL 2004/18/EG. Nach Artikel 80, Absatz eins, erster Unterabsatz RL 2004/18/EG erlassen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie spätestens am 31. Januar 2006 nachzukommen. Die Materialien zum BVergG 2006 führen dazu aus, dass die Umsetzungsfrist am 31. Jänner 2006 abläuft (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 3). Auch nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Formulierung so zu verstehen, dass mit 31. Jänner 2006 die Umsetzungsfrist abläuft (zB EuGH 1.4.2004, Rs C-64/03, Kommission/Deutschland, Slg 2004, I-3.551, Rn 2). Eine Berufung auf Rechte aus der Richtlinie kommt jedoch erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist in Betracht, da sie lediglich verhindern soll, dass sich Staaten ihren Verpflichtungen gegenüber Einzelnen durch Nichtumsetzung von Richtlinien entziehen können (Vclouch in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, Artikel 249, Rz 69). Ein Vergabeverfahren ist nach dem zum Zeitpunkt seiner Einleitung geltend Recht zu beurteilen. Eine Änderung des anzuwendenden Rechts im Laufe des Vergabeverfahrens findet nicht statt (EuGH 24.9.1998, Rs C-76/97, Tögel, Slg 1998, I-5.357, Rn 52; 5.10.2000, Rs C-337/98, Kommission/Frankreich, Slg 2000, I-8.377, Rn 40f). Das gegenständlich Vergabeverfahren wurde somit vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2004/18/EG eingeleitet. Eine Berufung auf Rechte aus Artikel 48, Absatz 3, RL

2004/18/EG kommt daher nicht in Betracht.

3.2. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag wurde als Lieferauftrag ausgeschrieben. Sein Gegenstand ist die Lieferung elektronischer Komponenten und Sensoren. Es handelt sich daher um einen Lieferauftrag.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Art II § 2 Abs 1 ASFINAG-Gesetz, BGBl Nr 591/1982 idF BGBl I Nr 26/2006, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hiezu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Art II § 5 eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Art II § 1 ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Art II § 9 Abs 2 ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv § 7 Abs 1 Z 2 BVergG 2002. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Art 14b Abs 2 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben. Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Artikel römisch zwei, Paragraph 2, Absatz eins, ASFINAG-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 26 aus 2006, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hiezu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph eins, ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben.

Das gegenständliche Vergabeverfahren führt die ASFINAG Verkehrstelematik GmbH im Namen und Auftrag der ASFINAG. Ihre gesamte Stammeinlage steht im Eigentum der ASFINAG. Sie ist unter

FN

255.632f im Firmenbuch eingetragen. Sie agiert als vergebende Stelle iSd § 20 Z 36 BVergG 2002 255.632f im Firmenbuch eingetragen. Sie agiert als vergebende Stelle iSd Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG 2002.

Der geschätzte Wert des gegenständlichen Auftrages überschreitet mit Euro 1.954.856,40 ohne USt den Schwellenwert nach § 9 Abs 1 Z 1 BVergG 2002 bei Weitem. Auf das gegenständliche Vergabeverfahren sind daher die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach § 16 Abs 1 BVergG 2002 anzuwenden. Der geschätzte Wert des gegenständlichen Auftrages überschreitet mit Euro 1.954.856,40 ohne USt den Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 bei Weitem. Auf das gegenständliche Vergabeverfahren sind daher die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach Paragraph 16, Absatz eins, BVergG 2002 anzuwenden.

3.3. Zulässigkeit des Antrages

Der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Antragsfristen des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 eingebracht. Er genügt den formalen Anforderungen des § 322 Abs 1 BVergG 2006. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG 2006 liegt nicht vor. Er ist daher zulässig. Die Antragstellerin hat insbesondere durch die Angebotslegung und Mitwirkung an der Angebotsprüfung ein massives Interesse an der Erlangung des gegenständlichen Auftrages dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten. Der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Antragsfristen des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 eingebracht. Er genügt den

formalen Anforderungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG 2006 liegt nicht vor. Er ist daher zulässig. Die Antragstellerin hat insbesondere durch die Angebotslegung und Mitwirkung an der Angebotsprüfung ein massives Interesse an der Erlangung des gegenständlichen Auftrages dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten.

3.4. Zum Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt B.4. Zum Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt römisch eins

Nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 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.

Nach § 52 Abs 1 Z 4 BVergG 2002 kann der Auftraggeber von Unternehmern, die er zu einem Vergabeverfahren zulässt, Nachweise verlangen, dass ihre technische Leistungsfähigkeit gegeben ist. Nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2002 kann der Auftraggeber von Unternehmern, die er zu einem Vergabeverfahren zulässt, Nachweise verlangen, dass ihre technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.

Nach § 52 Abs 3 BVergG 2002 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch unter Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur vorgelegt werden. Nach Paragraph 52, Absatz 3, BVergG 2002 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch unter Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur vorgelegt werden.

Nach § 57 Abs 1 BVergG 2002 kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 52 Abs 1 Z 4 BVergG 2002 bei Lieferaufträgen, je nach Art, Menge und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, verlangen: Nach Paragraph 57, Absatz eins, BVergG 2002 kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2002 bei Lieferaufträgen, je nach Art, Menge und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, verlangen:

1. "1.Ziffer eins

eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen mit Angabe des Rechnungswertes, des Lieferzeitpunktes sowie der Auftraggeber:

1. a) Litera a

bei Lieferungen an öffentliche Auftraggeber mit einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung,

2. b) Litera b

bei Lieferungen an private Auftraggeber mit einer vom Käufer ausgestellten Bescheinigung; ist eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich, so ist eine einfache Erklärung des Unternehmers zulässig;

sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben; [...]"

§ 57 Abs 1 Z 1 BVergG 2002 entspricht wörtlich Art 23 Abs 1 RL 93/36/EWG, der Lieferkoordinierungsrichtlinie. Paragraph 57, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 entspricht wörtlich Artikel 23, Absatz eins, RL 93/36/EWG, der Lieferkoordinierungsrichtlinie.

Nach § 70 Abs 1 BVergG 2002 ist die Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer unzulässig,

ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Nach Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2002 ist die Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Nach § 81 Abs 1 BVergG 2002 hat sich der Bieter, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Nach Abs 2 dieser Bestimmung ist das Angebot, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich anderes festgelegt wird, mit sämtlichen dazugehörenden Unterlagen (zB Prüfsertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen. Nach Paragraph 81, Absatz eins, BVergG 2002 hat sich der Bieter, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Nach Absatz 2, dieser Bestimmung ist das Angebot, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich anderes festgelegt wird, mit sämtlichen dazugehörenden Unterlagen (zB Prüfsertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen.

Nach § 83 Abs 1 BVergG 2002 muss jedes Angebot insbesondere enthalten. Nach Paragraph 83, Absatz eins, BVergG 2002 muss jedes Angebot insbesondere enthalten:

"[...]

1. 2. Ziffer 2

Bekanntgabe jener wesentlichen Teilleistungen, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt. Dabei sind die jeweils in Frage kommenden Unternehmer, an die Teile der Leistung weiterzugeben beabsichtigt ist, bzw. die allenfalls bereits ausgewählten Unternehmer zu nennen. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist möglich;

[...]

1. 6. Ziffer 6

sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen, besondere Erklärungen oder Vorbehalte; ferner die Aufzählung der dem Angebot beigeschlossenen Unterlagen, jener Nachweise, die gemäß den §§ 53, 54, 56 und 57 verlangt wurden, sowie jener Unterlagen, die gesondert eingereicht werden (zB Proben, Muster); "sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen, besondere Erklärungen oder Vorbehalte; ferner die Aufzählung der dem Angebot beigeschlossenen Unterlagen, jener Nachweise, die gemäß den Paragraphen 53, 54, 56 und 57 verlangt wurden, sowie jener Unterlagen, die gesondert eingereicht werden (zB Proben, Muster);"

Nach § 98 BVergG 2002 hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die folgenden Angebote auszuschneiden: Nach Paragraph 98, BVergG 2002 hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die folgenden Angebote auszuschneiden:

1. "1. Ziffer eins

Angebote von Bieter, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

[...]

1. 5. Ziffer 5

Angebote von Bieter, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt

[...]

1. 8. Ziffer 8

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden;

[...]"

Die Auftraggeberin hat das Angebot der Antragstellerin wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit und nicht

geleisteter sowie nicht nachvollziehbarer Aufklärung ausgeschieden. Die Ausscheidensentscheidung wurde zusammen mit der

Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben.

Die Antragstellerin gab in ihrem Angebot insgesamt fünf Referenzprojekte an. Zwei bezogen sich auf Aufträge, an deren Ausführung sie selbst beteiligt war, drei weitere auf Projekte, an deren Ausführung ihre namhaft gemachte Lieferantin beteiligt war. Die drei letzteren betrachtete die Auftraggeberin nicht als zum ausschreibungskonformen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin geeignet.

"Sowohl aus dem Zweck als auch aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen ergibt sich, daß eine Person nicht allein deshalb vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ausgeschlossen werden kann, weil sie zur Ausführung des Auftrags Mittel einzusetzen beabsichtigt, die sie nicht selbst besitzt, sondern die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören (vgl. in bezug auf die Richtlinien 71/304 und 71/305 Urteil Ballast Nedam Groep I, Randnr. 15)." (EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia, Slg 1999, I-8607, Rn 26)"Sowohl aus dem Zweck als auch aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen ergibt sich, daß eine Person nicht allein deshalb vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ausgeschlossen werden kann, weil sie zur Ausführung des Auftrags Mittel einzusetzen beabsichtigt, die sie nicht selbst besitzt, sondern die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören vergleiche in bezug auf die Richtlinien 71/304 und 71/305 Urteil Ballast Nedam Groep römisch eins, Randnr. 15)." (EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia, Slg 1999, I-8607, Rn 26)

"Wenn also eine Gesellschaft, um im Hinblick auf ihre Zulassung zu einem Vergabeverfahren ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit darzutun, auf die Leistungsfähigkeit von Einrichtungen oder Unternehmen verweist, zu denen sie unmittelbare oder mittelbare Verbindungen hat, welcher Rechtsnatur diese auch sein mögen, hat sie nachzuweisen, daß sie tatsächlich über die diesen Einrichtungen oder Unternehmen zustehenden Mittel, die sie nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (vgl. in bezug auf die Richtlinien 71/304 und 71/305 Urteil Ballast Nedam Groep I, Randnr. 17)." (EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia, Slg 1999, I-8607, Rn 29)"Wenn also eine Gesellschaft, um im Hinblick auf ihre Zulassung zu einem Vergabeverfahren ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit darzutun, auf die Leistungsfähigkeit von Einrichtungen oder Unternehmen verweist, zu denen sie unmittelbare oder mittelbare Verbindungen hat, welcher Rechtsnatur diese auch sein mögen, hat sie nachzuweisen, daß sie tatsächlich über die diesen Einrichtungen oder Unternehmen zustehenden Mittel, die sie nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt vergleiche in bezug auf die Richtlinien 71/304 und 71/305 Urteil Ballast Nedam Groep römisch eins, Randnr. 17)." (EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia, Slg 1999, I-8607, Rn 29)

"Auf die Vorlagefrage ist daher zu antworten, daß die Richtlinie 92/50 dahin auszulegen ist, daß sie es einem Dienstleistungserbringer gestattet, für den Nachweis, daß er die wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Voraussetzungen für die Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erfüllt, auf die Leistungsfähigkeit anderer Einrichtungen zu verweisen, welcher Rechtsnatur seine Verbindungen zu ihnen auch sein mögen, sofern er beweisen kann, daß er tatsächlich über die Mittel dieser Einrichtungen, die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt. Das nationale Gericht hat zu prüfen, ob ein solcher Nachweis im Ausgangsverfahren erbracht ist." (EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia, Slg 1999, I-8607, Rn 31)

"Nach alledem ist festzustellen, dass die Prämisse, auf der die zweite Frage beruht, nur dann zutreffend wäre, wenn nachgewiesen wäre, dass Punkt 1.8 der Ausschreibung bei der Prüfung der Angebote und der Auswahl des Auftragnehmers Letzterem die Subvergabe für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrags verbietet. Derjenige, der auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Dritter verweist, auf die er zurückgreifen möchte, wenn ihm der Auftrag erteilt wird, kann nämlich nur ausgeschlossen werden, wenn er nicht den Nachweis erbringen kann, dass er tatsächlich über diese Leistungsfähigkeit verfügt." (EuGH 18.3.2004, C-314/01, Siemens und ARGE Telekom, Slg 2004 I-2549, Rn 46)

"Einem Bieter, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, steht es - gerade auch durch die Subunternehmerregelung - frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird (vgl. EuGH vom 2. Dezember 1999, Rechtssache C-176/98 Holst Italia/Cagliari, Rz 27)." (VwGH 11.7.2002, 2002/04/0023)"Einem Bieter, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen

Mindestvoraussetzungen erfüllt, steht es - gerade auch durch die Subunternehmerregelung - frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird (vergleiche EuGH vom 2. Dezember 1999, Rechtssache C-176/98 Holst Italia/Cagliari, Rz 27)." (VwGH 11.7.2002, 2002/04/0023)

"Wenn § 16 BVergG 1997 bestimmt, dass "Aufträge über Leistungen ... an - spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung - befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben" sind, so ist bei einer Beurteilung dieser Frage - wenn sich der Bieter auf die Leistungsfähigkeit Dritter beruft - auch zu prüfen, ob er tatsächlich über die diesem Dritten zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (Hinweis EuGH vom 2. Dezember 1999, Rechtssache C-176/98 Holst Italia/Cagliari, Rz 29)." (VwGH 11.7.2002, 2002/04/0023)"
"Wenn Paragraph 16, BVergG 1997 bestimmt, dass "Aufträge über Leistungen ... an - spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung - befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben" sind, so ist bei einer Beurteilung dieser Frage - wenn sich der Bieter auf die Leistungsfähigkeit Dritter beruft - auch zu prüfen, ob er tatsächlich über die diesem Dritten zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (Hinweis EuGH vom 2. Dezember 1999, Rechtssache C-176/98 Holst Italia/Cagliari, Rz 29)." (VwGH 11.7.2002, 2002/04/0023)

"Einem Bieter, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, steht es - gerade auch durch die Subunternehmerregelung - frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird. Beruft sich ein Bieter in diesem Sinn auf die Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers, so ist vom Auftraggeber im Rahmen der Prüfung der Leistungsfähigkeit des Bieters - neben der Eignung des Subunternehmers (§ 34 Abs 3 lit b Krnt LVergG) - auch zu prüfen, ob der Bieter tatsächlich über die dem Subunternehmer zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (vgl das E vom 29. Mai 2002, ZI 2002/04/0023, und die dort zitierte Judikatur des EuGH)." (VwGH 17.10.2003, 2003/04/0093)"
"Einem Bieter, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, steht es - gerade auch durch die Subunternehmerregelung - frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird. Beruft sich ein Bieter in diesem Sinn auf die Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers, so ist vom Auftraggeber im Rahmen der Prüfung der Leistungsfähigkeit des Bieters - neben der Eignung des Subunternehmers (Paragraph 34, Absatz 3, Litera b, Krnt LVergG) - auch zu prüfen, ob der Bieter tatsächlich über die dem Subunternehmer zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (vergleiche das E vom 29. Mai 2002, ZI 2002/04/0023, und die dort zitierte Judikatur des EuGH)." (VwGH 17.10.2003, 2003/04/0093)

"Die Verfügungsmöglichkeit eines Bieters über die Mittel eines Subunternehmers ist insbesondere dann gegeben, wenn ein an den Bieter gerichtetes verbindliches Angebot des Subunternehmers besteht, die konkreten Leistungen laut Ausschreibung, die der Bieter an den Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, zu erbringen."

(VwGH 17.10.2003, 2003/04/0093)

Der Auftraggegenstand ist ausschließlich die Lieferung von Sensoren und der dazugehörigen Halterungen. Nebenarbeiten wie Montage sind nicht zu erbringen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass die beiden Referenzprojekte, an deren Ausführung sie selbst beteiligt war, wegen des großen Umfangs und der sich daraus ergebenden Aufteilung in Lose als jeweils zwei Referenzprojekte zu werten seien, ist anzumerken, dass dieses Vorbringen erstmals im Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurde. Gegenüber der Auftraggeberin machte die Antragstellerin diese Projekte sowohl in ihrem Angebot als auch in dem Telefax vom 19. April 2006 als zwei Referenzprojekte namhaft. Seitens der Auftraggeberin bestand daher keine Veranlassung, diese Projekte als jeweils mehr als eines zu werten, zumal der Mindestprojektumfang von Euro 400.000 nur eine Untergrenze darstellt und die Antragstellerin als ARGE-Partnerin beteiligt war. Auch aus dem Umfang der Projekte ist für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Grundsätzlich ist es Aufgabe des Bieters, entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung Referenzprojekte anzugeben.

Die Antragstellerin beruft sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit teilweise auf Projekte der Firma C***. Die Zulässigkeit dieser ist im Rahmen der genannten Projekte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit entscheidend dafür, ob die Antragstellerin die erforderliche technische Leistungsfähigkeit aufweist.

Die Firma C*** ist nicht als Subunternehmerin in der dafür im Angebot vorgesehenen Liste namhaft gemacht worden. Auch die Antragstellerin bezeichnet sie als Lieferantin. Sie hat bestätigt, für die Dauer des Auftrages als Lieferantin zur Verfügung zu stehen. Es ist daher davon auszugehen, dass sie im Rahmen des Angebotes der Antragstellerin als Lieferantin der Antragstellerin vorgesehen ist. "Zulieferer sind keine Subunternehmer im Sinne des § 70 [BVerGG 2002]". (AB 1118 BlgNR 21 GP 47). Die Firma C*** ist daher als Zulieferin und nicht als Subunternehmerin iSd BVerGG 2002 anzusehen. Die Firma C*** ist nicht als Subunternehmerin in der dafür im Angebot vorgesehenen Liste namhaft gemacht worden. Auch die Antragstellerin bezeichnet sie als Lieferantin. Sie hat bestätigt, für die Dauer des Auftrages als Lieferantin zur Verfügung zu stehen. Es ist daher davon auszugehen, dass sie im Rahmen des Angebotes der Antragstellerin als Lieferantin der Antragstellerin vorgesehen ist. "Zulieferer sind keine Subunternehmer im Sinne des Paragraph 70, [BVerGG 2002]". Ausschussbericht 1118 BlgNR 21 Gesetzgebungsperiode 47). Die Firma C*** ist daher als Zulieferin und nicht als Subunternehmerin iSd BVerGG 2002 anzusehen.

Dazu ist auch anzumerken, dass in der Ausschreibung in der Liste der Subunternehmer nicht vorgesehen war, dass reine Lieferanten als Subunternehmer namhaft zu machen sind. Die Antragstellerin erwähnt die Möglichkeit, bei Lieferaufträgen den gesamten Auftrag an Subunternehmer weiterzugeben. Sie sieht die innerstaatliche Unterscheidung zwischen Subunternehmer und Lieferanten nicht als europarechtlich geboten und im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht als wesentlich an. Entscheidend sei lediglich, ob die Mittel zur Verfügung stünden.

Zur Substituierung der Befugnis durch einen nicht als Subunternehmer namhaft gemachten Unternehmer, der Arbeiten bloß überwachen sollte, führte das Bundesvergabeamt aus, dass dies nicht ausreicht, die fehlende Befugnis des Bieters zu ersetzen, insbesondere weil die Nennung aller Subunternehmer in der Ausschreibung gefordert war (BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15, RPA 2003, 134).

Die Unterscheidung von Lieferanten und Subunternehmern besteht darin, dass Subunternehmer Tätigkeiten der Auftragsbefugnis durchführen. Ein Lieferant stellt demgegenüber dem Auftragnehmer Waren zur Verfügung, die der Auftragnehmer dem Auftraggeber weiter veräußert. Er stellt demnach keinerlei Mittel zur Durchführung des Auftrages, wie sie zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderlich wären. Ein Lieferant beteiligt sich an der übrigen Abwicklung des Auftrages nicht. Daher stellt ein Lieferant auch die Mittel, die im Zuge der Auftragsabwicklung erforderlich wären, nicht. Die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes geforderte Zurverfügungstellung von Mitteln, die zur Auftragsabwicklung notwendig wären, Einsatz dieser Mittel im Zuge der Auftragsabwicklung und eine dementsprechende Berufung auf diese finden daher nicht statt.

Weiters ist zu berücksichtigen, dass die Ausschreibung in Punkt

1.2.6 den Nachweis der Eignung durch Subunternehmer zulässt, jedoch nach den mittlerweile unanfechtbar gewordenen Ausschreibungsunterlagen eine Nennung eines reinen Lieferanten als Subunternehmer ausschließt. Auch daraus ergibt sich, dass der Nachweis der Eignung durch einen Lieferanten nicht in Frage kommt. Darüber hinaus ist anzumerken, dass die Firma C*** mangels Nennung als Subunternehmerin auch nicht im Hinblick auf ihre übrige Leistungsfähigkeit und Eignung geprüft werden konnte, wie das für Subunternehmer vorgesehen ist. Der Nachweis der Leistungsfähigkeit durch Berufung auf Referenzprojekte der Firma C*** wurde nicht erbracht. Auch die Rechtsprechung des EuGH stellt auf Mittel, die zur Durchführung des Auftrages erforderlich sind, ab.

In Anhang B6-3.6. Pkt. IV der Ausschreibungsunterlage sind drei Referenzprojekte aus den letzten drei Jahren mit vergleichbaren Leistungen und einem Auftragswert von je mindestens Euro 400.000,-- gefordert. Der Klammerausdruck "Lieferung von berührungslosen Verkehrserfassungssensoren" macht deutlich, dass darunter nicht unbedingt das angebotene Modell gemeint ist, sondern auch Lieferungen anderer Modelle berührungsloser Verkehrserfassungssensoren verstanden werden können. Wenn die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, dass ihr dies unklar war, so ist dem die eindeutige Formulierung der Ausschreibungsunterlagen entgegen zu halten. Weiters hätte sie die Möglichkeit gehabt, vor Angebotslegung bei der Auftraggeberin nachzufragen. Schließlich geht sie selbst im Rahmen der Erläuterung der Referenzprojekte in dem Telefax vom 19. April 2006 davon aus, dass auch Referenzen betreffend andere Produkte herangezogen werden können, zumal sich die beiden eigenen Projekte auf andere als die angebotenen Produkte beziehen. Es wäre ihr auch offen gestanden, ihrem Telefax vom 19. April 2006 entsprechende, in diesem Schreiben angebotene aber nicht beigelegte, Referenzprojekte beizulegen. Auch von dieser Möglichkeit hat sie nicht Gebrauch gemacht. Schließlich hätte sie noch in der mündlichen

Verhandlung weitere Referenzprojekte vorlegen können. Daher ist davon auszugehen, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht entsprechend der Ausschreibungsunterlage erbracht wurde und die Aufklärung nicht entsprechend war. Die von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe liegen daher vor. In Anhang B6-3.6. Pkt. römisch vier der Ausschreibungsunterlage sind drei Referenzprojekte aus den letzten drei Jahren mit vergleichbaren Leistungen und einem Auftragswert von je mindestens Euro 400.000,- gefordert. Der Klammerausdruck "Lieferung von berührungslosen Verkehrserfassungssensoren" macht deutlich, dass darunter nicht unbedingt das angebotene Modell gemeint ist, sondern auch Lieferungen anderer Modelle berührungsloser Verkehrserfassungssensoren verstanden werden können. Wenn die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, dass ihr dies unklar war, so ist dem die eindeutige Formulierung der Ausschreibungsunterlagen entgegen zu halten. Weiters hätte sie die Möglichkeit gehabt, vor Angebotslegung bei der Auftraggeberin nachzufragen. Schließlich geht sie selbst im Rahmen der Erläuterung der Referenzprojekte in dem Telefax vom 19. April 2006 davon aus, dass auch Referenzen betreffend andere Produkte herangezogen werden können, zumal sich die beiden eigenen Projekte auf andere als die angebotenen Produkte beziehen. Es wäre ihr auch offen gestanden, ihrem Telefax vom 19. April 2006 entsprechende, in diesem Schreiben angebotene aber nicht beigelegte, Referenzprojekte beizulegen. Auch von dieser Möglichkeit hat sie nicht Gebrauch gemacht. Schließlich hätte sie noch in der mündlichen Verhandlung weitere Referenzprojekte vorlegen können. Daher ist davon auszugehen, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht entsprechend der Ausschreibungsunterlage erbracht wurde und die Aufklärung nicht entsprechend war. Die von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe liegen daher vor.

Die Auftraggeberin brachte im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vor, dass das Angebot der Antragstellerin auch wegen fehlender Nachweise für die eingesetzte Passiv Infrarot-Technologie auszuschneiden sei.

Im Sinne der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, der aber nicht ausgeschieden wurde, keine Antragslegitimation zur Überprüfung der angefochtenen Entscheidung zu. Die Ausscheidensgründe können auch im Nachprüfungsverfahren aufgegriffen werden, selbst wenn sie der Auftraggeber nicht zur Begründung der Ausscheidensentscheidung herangezogen hat. Dem betroffenen Bieter muss allerdings die Möglichkeit gegeben werden, sich dagegen zur Wehr zu setzen. (EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller, Slg 2003, I-6319).

Die Auftraggeberin hat unter Androhung des Ausscheidens ergänzende Informationen und Berichte über die eingesetzte Passiv Infrarot-Technologie verlangt. Im angebotenen Sensor dient diese dazu, die Fahrtrichtung eines Fahrzeuges zu erfassen und gegebenenfalls die Geschwindigkeitsmessung entsprechend anzupassen. Prüfberichte liegen dazu dem Angebot nicht bei. Auch sind die Angaben im Angebot nicht umfassend, sondern beschränken sich auf schematische Darstellungen und eine Darstellung der Funktion. Technische Details zu der eingesetzten Technologie und den verwendeten Komponenten fehlen. Über Anfrage der Auftraggeberin wurden keine ergänzenden Unterlagen dazu vorgelegt. In Punkt 2.4.1. der Ausschreibungsunterlagen idF der Die Auftraggeberin hat unter Androhung des Ausscheidens ergänzende Informationen und Berichte über die eingesetzte Passiv Infrarot-Technologie verlangt. Im angebotenen Sensor dient diese dazu, die Fahrtrichtung eines Fahrzeuges zu erfassen und gegebenenfalls die Geschwindigkeitsmessung entsprechend anzupassen. Prüfberichte liegen dazu dem Angebot nicht bei. Auch sind die Angaben im Angebot nicht umfassend, sondern beschränken sich auf schematische Darstellungen und eine Darstellung der Funktion. Technische Details zu der eingesetzten Technologie und den verwendeten Komponenten fehlen. Über Anfrage der Auftraggeberin wurden keine ergänzenden Unterlagen dazu vorgelegt. In Punkt 2.4.1. der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der

2. Berichtigung werden detaillierte technische Datenblätter sowie Produktbeschreibungen und Nachweise für die Mess- und Klassifizierungsgenauigkeit gefordert. Als notwendige Funktion des anzubietenden Sensors nennt Punkt 2.4.1 der Ausschreibungsunterlagen ua die Fahrtrichtungserkennung. Punkt 2.4.3.2 nennt die zu erfassenden Daten, unter anderem die Fahrtrichtungserkennung. Nach Abschnitt IV der TLS 2002 werden die Einzelfahrzeugdaten nur zum Zweck der Prüfung der Sensoren übertragen. Sie umfassen auch die Fahrtrichtung des gemessenen Fahrzeuges. Daraus ergibt sich, dass auch die Fahrtrichtungserkennung bereits nach den Festlegungen der TLS 2002 zum notwendigen Funktionsumfang gehört. Dies ergibt sich auch daraus, dass ohne Berücksichtigung der Fahrtrichtung bei Geisterfahrern negative Geschwindigkeiten und damit unmögliche Werte als Ergebnis aufscheinen würden. Zweck der Fahrtrichtungserkennung ist unter anderem die Detektion von Geisterfahrern, um diese Meldungen an die Österreichweit agierende Verkehrsleitzentrale in Wien Inzersdorf weiterzuleiten. Durch die "Aufweichung" der Messgenauigkeit

durch die 2. Berichtigung der Ausschreibung ist der Verpflichtung zur Vorlage von Messergebnissen nicht derogiert. Auch Abweichungen sind nämlich mit der Auftraggeberin zu koordinieren. Ebenso ist es für abweichende Genauigkeiten nötig, die jeweils eingehaltene Genauigkeit der Auftraggeberin gegenüber nachzuweisen. Der dem Angebot beiliegende Prüfbericht deckt lediglich einen Teil der nachzuweisenden Daten, nämlich im Wesentlichen die Erfassung der Fahrzeugmengen und die Fahrzeugklassifizierung sowie die Geschwindigkeitsmessung ab. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass eine Änderung der angebotenen Systemgeräteeinheit gegenüber der getesteten Systemgeräteeinheit notwendigerweise Änderungen der Hard- und Software mit sich bringt. Dass diese Neuerungen von der Untersuchung der FH-D*** nicht erfasst sein konnten, liegt wegen des Zeitpunktes der Untersuchung auf der Hand. Für diese Sicht spricht auch der Umstand, dass die Auftraggeberin in Punkt 2.4.1 der Ausschreibungsunterlagen die genaue Angabe der Firmware-Version verlangte. Dazu ist anzuführen, dass es sich bei Firmware um Programmcode handelt, der auf Speicherchips permanent in der Systemgeräteeinheit gespeichert ist, somit um die nötige Steuerungssoftware. Dass diese für die Funktionsfähigkeit des Detektors von entscheidender Bedeutung ist, bedarf keiner weiteren Erörterung, da die Steuerungssoftware das Zusammenspiel der einzelnen Sensoren und die Kommunikation innerhalb des Datennetzes der Auftraggeberin zu kontrollieren hat. Das Angebot blieb daher unvollständig und die verlangten Auskünfte wurden nicht gegeben.

2. Berichtigung werden detaillierte technische Datenblätter sowie Produktbeschreibungen und Nachweise für die Mess- und Klassifizierungsgenauigkeit gefordert. Als notwendige Funktion des anzubietenden Sensors nennt Punkt 2.4.1 der Ausschreibungsunterlagen ua die Fahrtrichtungserkennung. Punkt 2.4.3.2 nennt die zu erfassenden Daten, unter anderem die Fahrtrichtungserkennung. Nach Abschnitt römisch vier der TLS 2002 werden die Einzelfahrzeugdaten nur zum Zweck der Prüfung der Sensoren übertragen. Sie umfassen auch die Fahrtrichtung des gemessenen Fahrzeuges. Daraus ergibt sich, dass auch die Fahrtrichtungserkennung bereits nach den Festlegungen der TLS 2002 zum notwendigen Funktionsumfang gehört. Dies ergibt sich auch daraus, dass ohne Berücksichtigung der Fahrtrichtung bei Geisterfahrern negative Geschwindigkeiten und damit unmögliche Werte als Ergebnis aufscheinen würden. Zweck der Fahrtrichtungserkennung ist unter anderem die Detektion von Geisterfahrern, um diese Meldungen an die Österreichweit agierende Verkehrsleitzentrale in Wien Inzersdorf weiterzuleiten. Durch die "Aufweichung" der Messgenauigkeit durch die 2. Berichtigung der Ausschreibung ist der Verpflichtung zur Vorlage von Messergebnissen nicht derogiert. Auch Abweichungen sind nämlich mit der Auftraggeberin zu koordinieren. Ebenso ist es für abweichende Genauigkeiten nötig, die jeweils eingehaltene Genauigkeit der Auftraggeberin gegenüber nachzuweisen. Der dem Angebot beiliegende Prüfbericht deckt lediglich einen Teil der nachzuweisenden Daten, nämlich im Wesentlichen die Erfassung der Fahrzeugmengen und die Fahrzeugklassifizierung sowie die Geschwindigkeitsmessung ab. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass eine Änderung der angebotenen Systemgeräteeinheit gegenüber der getesteten Systemgeräteeinheit notwendigerweise Änderungen der Hard- und Software mit sich bringt. Dass diese Neuerungen von der Untersuchung der FH-D*** nicht erfasst sein konnten, liegt wegen des Zeitpunktes der Untersuchung auf der Hand. Für diese Sicht spricht auch der Umstand, dass die Auftraggeberin in Punkt 2.4.1 der Ausschreibungsunterlagen die genaue Angabe der Firmware-Version verlangte. Dazu ist anzuführen, dass es sich bei Firmware um Programmcode handelt, der auf Speicherchips permanent in der Systemgeräteeinheit gespeichert ist, somit um die nötige Steuerungssoftware. Dass diese für die Funktionsfähigkeit des Detektors von entscheidender Bedeutung ist, bedarf keiner weiteren Erörterung, da die Steuerungssoftware das Zusammenspiel der einzelnen Sensoren und die Kommunikation innerhalb des Datennetzes der Auftraggeberin zu kontrollieren hat. Das Angebot blieb daher unvollständig und die verlangten Auskünfte wurden nicht gegeben.

Da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Erfolg versagt.

3.4. Zum Antrag auf Bestellung eines Sachverständigen – Spruchpunkt IB.4. Zum Antrag auf Bestellung eines Sachverständigen – Spruchpunkt römisch zwei

Die Antragstellerin beantragte in der mündlichen Verhandlung die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet der Elektrotechnik/Telematik. Der Sachverständige solle befragt werden, ob dem Angebot der Antragstellerin die erforderlichen Nachweise angeschlossen seien.

Nach § 37 AVG ist es Zweck des Ermittlungsverfahrens, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgeblichen Sachverhalt festzustellen. Nach § 52 Abs 1 AVG hat die Behörde einen Sachverständigen heranzuziehen, wenn die Aufnahme eines Beweises durch einen solchen erforderlich wird. Nach Paragraph 37, AVG ist es Zweck des

Ermittlungsverfahrens, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgeblichen Sachverhalt festzustellen. Nach Paragraph 52, Absatz eins, AVG hat die Behörde einen Sachverständigen heranzuziehen, wenn die Aufnahme eines Beweise durch einen solchen erforderlich wird.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung waren die - grob gesprochen - Messgenauigkeiten der eingesetzten Messgeräte nachzuweisen. Hinsichtlich der Fahrtrichtungserkennung lagen dem Angebot keinerlei überprüfte Messgenauigkeiten bzw. Messsicherheiten bei. Dem erkennenden Senat war es durch Einsicht in das Angebot möglich, festzustellen, dass die beiliegenden Nachweise keine Aussage darüber enthalten. Im Gegenteil war erkennbar, dass die überprüften Messgeräte keine derartige Funktionalität enthielten. Diese wurde von der Antragstellerin selbst als ergänzende Funktionalität, die im Zuge der technischen Weiterentwicklung seit Durchführung dieser Messungen hinzugekommen ist, angeführt. Ergänzende Überprüfungen fanden nicht statt. Die Bestellung eines Sachverständigen war daher nicht erforderlich, da es durch Einsicht in das Angebot möglich war, den entscheidungserheblichen Sachverhalt festzustellen.

3.5. Kostenentscheidung - Spruchpunkt IIB.5. Kostenentscheidung - Spruchpunkt römisch drei

Mit Bescheid vom 9. Mai 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008 erließ das Bundesvergabeamt die beantragte einstweilige Verfügung.

Mit dem gegenständlichen Bescheid weist das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag ab.

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

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 3.200,-

- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem verfahrenseinleitenden Antrag auf Nichtigerklärung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Der Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht schon nach § 319 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 nicht, da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde. Ebenso besteht der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag nach § 319 Abs 1 BVergG 2006 nicht, da die Antragstellerin weder obsiegt hat noch klaglos gestellt wurde. Es besteht daher kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem verfahrenseinleitenden Antrag auf Nichtigerklärung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Der Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht schon nach Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 nicht, da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde. Ebenso besteht der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag nach Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 nicht, da die Antragstellerin weder obsiegt hat noch klaglos gestellt wurde. Es besteht daher kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Dokumentnummer

VERGT_20060622_N_0030_BVA_10_2006_036_00

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