

TE Verg Bescheid 2006/5/19 N/0026-BVA/05/2006-21

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.05.2006

Norm

BVergG 2002 §6 Abs1 Z2

BVergG 2002 §345 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §329 Abs3

EGV §296 Abs1 litb

EGV §296 Abs2

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Projekt CONRAD, BMLV GZ 90014/8/00-01-IKTD-KdoFüU/IKTE/2004, zur Beschaffung eines modularen VHF-Funkgerätesystems für das österreichische Bundesheer",

der Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, dieser vertreten durch die Rechtsabteilung des Bundesministeriums für Landesverteidigung, diese vertreten durch die Finanzprokurator entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 8. Mai 2006 auf Nichtigklärung der Festlegung der Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, vergebende Stelle IKT-Direktion/Abteilung Einkauf, zur Beschaffung eines modularen VHF-Funkgerätesystems für das österreichische Bundesheer (Projekt Conrad) ein nicht im BVergG 2002 vorgesehenes Vergabeverfahren durchzuführen, sowie sämtlicher darauf folgender Festlegungen wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 6 Abs. 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002, BGBl. I Nr. 99/2002 (im Weiteren: BVergG 2002) Rechtsgrundlage: Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, (im Weiteren: BVergG 2002)

II.römisch zwei.

Der in der mündlichen Verhandlung am 12. Mai 2006 gestellte Antrag der A***, vertreten durch X***, auf Kostenersatz hinsichtlich der entrichteten Pauschalgebühren sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von jeweils Euro 1.600.-- wird nicht stattgegeben.

Rechtsgrundlage: § 6 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 iVm § 319 Abs. 1 und 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 (im Weiteren: BVergG 2006) Rechtsgrundlage: Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 in Verbindung mit Paragraph 319, Absatz eins und 2 Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, (im Weiteren: BVergG 2006)

III.römisch drei.

Die mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. April 2006, N/0026-BVA/05/2006-8, erlassene einstweilige Verfügung ist mit sofortiger Wirksamkeit aufgehoben.

Rechtsgrundlage: § 329 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2006 BVergG 2006 Rechtsgrundlage: Paragraph 329, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 2006 BVergG 2006

Am 20. April 2006 langte im Bundesvergabeamt ein Schriftsatz der A***, vertreten durch X*** (im Weiteren: Antragstellerin) ein, in welchem unter Hinweis auf einen Beschaffungsvorgang betreffend ein Funksystem mit der Projektbezeichnung "Conrad" im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt wurde. In diesem Schriftsatz führte die Antragstellerin im Wesentlichen zusammengefasst aus, dass der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung (im Weiteren: Auftraggeber) vergaberechtswidrig eine Beschaffung außerhalb des BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 durchführe. Da in dieser "freihändigen Vergabe im Wettbewerb gemäß ÖNORM A 2050 Ausgabe 30. März 1957" eine Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber drohe, werde im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt. Dabei wird darauf hingewiesen, dass sich der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen nicht (ausdrücklich) auf das Vorliegen einer Ausnahme iSd § 6 Abs. 1 BVergG 2002 bzw. § 10 BVergG 2006 berufe. Zumal der Auftraggeber jedoch (auf) keines der im BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 vorgesehenen Vergabeverfahren Bezug nehme, sondern vielmehr von einer "freihändigen Vergabe im Wettbewerb gemäß ÖNORM A 2050 Ausgabe 30. März 1957" spreche, scheine er vom Vorliegen einer solchen Ausnahme auszugehen. Im Weiteren bringt die Antragstellerin vor, dass § 6 Abs. 1 Z 2 BVergG bzw. § 10 Z 2 BVergG 2006 nicht zur Anwendung gelangen könnten. Zum einen wären Funkgeräte in der Kriegsmaterialienliste nicht (ausdrücklich) als solche ausgeführt. Zum anderen sei die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 für die Wahrung der militärischen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich nicht erforderlich. Am 20. April 2006 langte im Bundesvergabeamt ein Schriftsatz der A***, vertreten durch X*** (im Weiteren: Antragstellerin) ein, in welchem unter Hinweis auf einen Beschaffungsvorgang betreffend ein Funksystem mit der Projektbezeichnung "Conrad" im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt wurde. In diesem Schriftsatz führte die Antragstellerin im Wesentlichen zusammengefasst aus, dass der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung (im Weiteren: Auftraggeber) vergaberechtswidrig

eine Beschaffung außerhalb des BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 durchführe. Da in dieser "freihändigen Vergabe im Wettbewerb gemäß ÖNORM A 2050 Ausgabe 30. März 1957" eine Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber drohe, werde im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt. Dabei wird darauf hingewiesen, dass sich der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen nicht (ausdrücklich) auf das Vorliegen einer Ausnahme iSd Paragraph 6, Absatz eins, BVergG 2002 bzw. Paragraph 10, BVergG 2006 berufe. Zumal der Auftraggeber jedoch (auf) keines der im BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 vorgesehenen Vergabeverfahren Bezug nehme, sondern vielmehr von einer "freihändigen Vergabe im Wettbewerb gemäß ÖNORM A 2050 Ausgabe 30. März 1957" spreche, scheine er vom Vorliegen einer solchen Ausnahme auszugehen. Im Weiteren bringt die Antragstellerin vor, dass Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bzw. Paragraph 10, Ziffer 2, BVergG 2006 nicht zur Anwendung gelangen könnten. Zum einen wären Funkgeräte in der Kriegsmaterialienliste nicht (ausdrücklich) als solche ausgeführt. Zum anderen sei die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 für die Wahrung der militärischen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich nicht erforderlich.

In einer Stellungnahme vom 24. April 2006 wurde vom Auftraggeber im Wesentlichen zusammengefasst ausgeführt, dass der geschätzte Auftragswert des Beschaffungsvorhabens EUR 134,5 Mio. betrage, das Vorhaben kein Teil eines größeren Gesamtvorhabens, sondern ein Einzelprojekt sei, und eine Ausschreibungsbekanntmachung nicht stattgefunden habe. Das Verfahren befinde sich im Stadium der Bewertung.

Das Bundesvergabeamt sei nicht zuständig, da es sich bei der gegenständlichen Vergabe um keine handle, welche nach dem Bundesvergabegesetz durchgeführt werde. Daher sei bei der Angebotseinholung auch explizit darauf hingewiesen worden, dass eine "freihändige Vergabe im Wettbewerb gemäß ÖNORM A 2050, Ausgabe 30. März 1957" gewählt worden wäre. Schon daraus sei ersichtlich, dass der Auftraggeber nicht beabsichtige, ein Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2002 durchzuführen. Die angefochtene Beschaffung falle unter die Ausnahmebestimmungen des §§ 6 Abs. 1 Z 2 bzw. 1 BVergG 2002. Die zu beschaffenden Güter wären unter Pkt. 11 [Elektronenmaterial für militärische Zwecke (Übersetzung von Matériel électronique pour l'usage militaire (frz.) oder military electronic equipment (engl.)) der Kriegsmaterialienliste des Art. 296 Abs. 2 EGV einzuordnen. Bei diesen Gütern handle es sich um Funkgeräte, die ausschließlich für die Führung der Truppe vorgesehen wären und daher mit den entsprechenden Fähigkeiten zur verschlüsselten Übertragung sowie mit einem Schutz gegen Störmaßnahmen ausgestattet wären. Es handle sich um Kriegsmaterial im Sinne des Art. 296 EGV. Bei einem militärischen Kommunikationssystem dieser Art sei unzweifelhaft eine Ausnahme vom Vergaberegime des BVergG zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich erforderlich. Es müsse dabei klar sein, dass militärische Güter dieser Art aus berechtigten Interessen einer äußerst vertraulichen Behandlung nicht nach den allgemeinen Grundsätzen des Vergabegesetzes beschafft werden könnten. Die zu beschaffenden Geräte wären für den militärischen Einsatz bestimmt und müssten so abhörsicher wie möglich sein, um die Ziele des Einsatzes zu erreichen und Menschenleben nicht zu gefährden. Beim Truppenfunk handle es sich um sicherheitsrelevante Teile, sodass auch bei einem diesbezüglichen Beschaffungsvorgang der Schutz wesentlicher Interessen der Staatssicherheit vordergründig und damit ein Ausschlussgrund vom BVergG 2002 gegeben sei. Hinsichtlich der wesentlichen Sicherheitsinteressen werde hingewiesen, dass die Gewährleistung der militärischen Verteidigungsfähigkeit ein Teil der österreichischen Sicherheits- und Verteidigungsdoktrin sei. In analoger Berücksichtigung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0126 seien auch Funkgeräte, welche das einwandfreie Zusammenarbeiten und den sicheren Kontakt in der Befehlsskette sicherstellten, ein wesentlicher Aspekt der Sicherung und Verteidigung des österreichischen Staatsgebietes. Ein Verfahren nach dem BVergG hätte auch nicht den geforderten Leistungskriterien der Sicherheit entsprochen. Die Leistungsbeschreibung hätte bei einer öffentlichen Ausschreibung bereits jede Forderung, die das Bundesheer an das zu beschaffende Gerät stellt, im Detail, eindeutig und vollständig zu enthalten und sei darüber hinaus für die gesamte Dauer des Verfahrens bindend. Das würde bedeuten, dass Sicherheitsbedenken bestehen würden, wenn zu viele Einzelheiten zur Übertragung der Informationen, der Verschlüsselung und des Schutzes gegen Störmaßnahmen in den Angebotsunterlagen öffentlich zugänglich gemacht werden würden. Ein solches Verfahren könnte das erforderliche Maß an Vertraulichkeit als auch die notwendige Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung nicht gleichermaßen erfüllen. Das Bundesvergabeamt sei nicht zuständig, da es sich bei der gegenständlichen Vergabe um keine handle, welche nach dem Bundesvergabegesetz durchgeführt werde. Daher sei bei der Angebotseinholung auch explizit darauf hingewiesen worden, dass eine "freihändige Vergabe im Wettbewerb gemäß ÖNORM A 2050, Ausgabe 30. März 1957" gewählt worden wäre. Schon

daraus sei ersichtlich, dass der Auftraggeber nicht beabsichtige, ein Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2002 durchzuführen. Die angefochtene Beschaffung falle unter die Ausnahmebestimmungen des Paragraphen 6, Absatz eins, Ziffer 2, bzw. 1 BVergG 2002. Die zu beschaffenden Güter wären unter Pkt. 11 [Elektronenmaterial für militärische Zwecke (Übersetzung von Matériel électronique pour l'usage militaire (frz.) oder military electronic equipment (engl.)) der Kriegsmaterialienliste des Artikel 296, Absatz 2, EGV einzuordnen. Bei diesen Gütern handle es sich um Funkgeräte, die ausschließlich für die Führung der Truppe vorgesehen wären und daher mit den entsprechenden Fähigkeiten zur verschlüsselten Übertragung sowie mit einem Schutz gegen Störmaßnahmen ausgestattet wären. Es handle sich um Kriegsmaterial im Sinne des Artikel 296, EGV. Bei einem militärischen Kommunikationssystem dieser Art sei unzweifelhaft eine Ausnahme vom Vergaberegime des BVergG zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich erforderlich. Es müsse dabei klar sein, dass militärische Güter dieser Art aus berechtigten Interessen einer äußerst vertraulichen Behandlung nicht nach den allgemeinen Grundsätzen des Vergabegesetzes beschafft werden könnten. Die zu beschaffenden Geräte wären für den militärischen Einsatz bestimmt und müssten so abhörsicher wie möglich sein, um die Ziele des Einsatzes zu erreichen und Menschenleben nicht zu gefährden. Beim Truppenfunk handle es sich um sicherheitsrelevante Teile, sodass auch bei einem diesbezüglichen Beschaffungsvorgang der Schutz wesentlicher Interessen der Staatssicherheit vordergründig und damit ein Ausschlussgrund vom BVergG 2002 gegeben sei. Hinsichtlich der wesentlichen Sicherheitsinteressen werde hingewiesen, dass die Gewährleistung der militärischen Verteidigungsfähigkeit ein Teil der österreichischen Sicherheits- und Verteidigungsdoktrin sei. In analoger Berücksichtigung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0126 seien auch Funkgeräte, welche das einwandfreie Zusammenarbeiten und den sicheren Kontakt in der Befehlskette sicherstellten, ein wesentlicher Aspekt der Sicherung und Verteidigung des österreichischen Staatsgebietes. Ein Verfahren nach dem BVergG hätte auch nicht den geforderten Leistungskriterien der Sicherheit entsprochen. Die Leistungsbeschreibung hätte bei einer öffentlichen Ausschreibung bereits jede Forderung, die das Bundesheer an das zu beschaffende Gerät stellt, im Detail, eindeutig und vollständig zu enthalten und sei darüber hinaus für die gesamte Dauer des Verfahrens bindend. Das würde bedeuten, dass Sicherheitsbedenken bestehen würden, wenn zu viele Einzelheiten zur Übertragung der Informationen, der Verschlüsselung und des Schutzes gegen Störmaßnahmen in den Angebotsunterlagen öffentlich zugänglich gemacht werden würden. Ein solches Verfahren könnte das erforderliche Maß an Vertraulichkeit als auch die notwendige Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung nicht gleichermaßen erfüllen.

Zur Unterstützung seiner Rechtsansicht betreffend der wesentlichen Sicherheitsinteressen legte der Auftraggeber ein an den Auftraggeber gerichtetes Schreiben der Antragstellerin vor, in welchem die Antragstellerin ausführt, dass von den britischen Kryptobehörden Sicherheitsbeschränkungen im Hinblick auf eine Demonstration der bei der britischen Armee in Dienst stehenden taktischen Kommunikationsausrüstung zur Unterstützung des Conrad-Projektes auferlegt worden wären. In diesem Schreiben wird angeregt in Form einer Regierungsanfrage um Unterstützung bezüglich eines Zuganges zu den Funkgeräten der britischen Armee zu ersuchen. Es wird auf Einschränkungen (richtiger wäre: Beschränkungen) betreffend die britische Ausrüstung (aus dem Zusammenhang ist erkennbar, dass damit auch das in der britischen Armee im Einsatz befindliche Funksystem gemeint ist) berichtet.

Die Frage der Anwendbarkeit von § 6 Abs. 1 Z 1 oder 2 BVergG 2002 auf den gegenständlichen Fall ausklammernd und nur vorläufig, aber für den Senat unpräjudiziell verneinend wurde im Rahmen einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. April 2006, N/0026-BVA/05/2006-8, dem Auftraggeber auflösend bedingt untersagt, längstens jedoch bis 1. Juni 2006, den Zuschlag zu erteilen. Die Frage der Anwendbarkeit von Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 BVergG 2002 auf den gegenständlichen Fall ausklammernd und nur vorläufig, aber für den Senat unpräjudiziell verneinend wurde im Rahmen einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. April 2006, N/0026-BVA/05/2006-8, dem Auftraggeber auflösend bedingt untersagt, längstens jedoch bis 1. Juni 2006, den Zuschlag zu erteilen.

Im Schriftsatz vom 8. Mai 2006 beantragte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Festlegung des Auftraggebers ein nicht im BVergG 2002 vorgesehenes Vergabeverfahren durchzuführen sowie sämtlicher darauf folgender Festlegungen sowie die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. Begründet wird das Nichtigerklärungsbegehren im Wesentlichen damit, dass § 6 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2002 nicht zur Anwendung gelange, da Funkgeräte in der Kriegsmaterialienliste nicht angeführt wären. Zudem sei für die Antragstellerin nicht erkennbar, warum die Durchführung eines Vergabeverfahrens entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2002 wesentliche

Sicherheitsinteressen gefährden würde. Es sei nicht einzusehen, dass ein Beschaffungsverfahren außerhalb des BVergG 2002 durchgeführt werde, bei welchem diese Sicherheitsbedenken nicht bestehen würden. Die Bestimmung des § 6 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002 sei die lex generalis zur Ziffer 2 dieser Bestimmung und damit nicht relevant. Sollte das Bundesvergabeamt diese Auffassung nicht teilen wurde angeregt, diese Frage dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vorzulegen. Im Schriftsatz vom 8. Mai 2006 beantragte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Festlegung des Auftraggebers ein nicht im BVergG 2002 vorgesehenes Vergabeverfahren durchzuführen sowie sämtlicher darauf folgender Festlegungen sowie die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. Begründet wird das Nichtigerklärungsbegehren im Wesentlichen damit, dass Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 nicht zur Anwendung gelange, da Funkgeräte in der Kriegsmaterialienliste nicht angeführt wären. Zudem sei für die Antragstellerin nicht erkennbar, warum die Durchführung eines Vergabeverfahrens entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2002 wesentliche Sicherheitsinteressen gefährden würde. Es sei nicht einzusehen, dass ein Beschaffungsverfahren außerhalb des BVergG 2002 durchgeführt werde, bei welchem diese Sicherheitsbedenken nicht bestehen würden. Die Bestimmung des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 sei die lex generalis zur Ziffer 2 dieser Bestimmung und damit nicht relevant. Sollte das Bundesvergabeamt diese Auffassung nicht teilen wurde angeregt, diese Frage dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vorzulegen.

Die Antragstellerin räumte ein, dass die angefochtene Auftraggeber-Entscheidung keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt, die in § 20 Z 13 lit.a BVergG 2002 Deckung findet. In analoger Anwendung der Lösung zur Anfechtbarkeit eines Widerrufs und unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH vom 2. Juni 2005 in der Rs C-15/04 (Koppensteiner) müsse die Entscheidung, kein Vergabeverfahren durchzuführen, obwohl ein solches bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise durchzuführen sei, mit Nachprüfungsantrag anfechtbar sein. Allenfalls regte die Antragstellerin auch zu dieser Frage die Einholung einer Vorabentscheidung an. Die Antragstellerin räumte ein, dass die angefochtene Auftraggeber-Entscheidung keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt, die in Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, BVergG 2002 Deckung findet. In analoger Anwendung der Lösung zur Anfechtbarkeit eines Widerrufs und unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH vom 2. Juni 2005 in der Rs C-15/04 (Koppensteiner) müsse die Entscheidung, kein Vergabeverfahren durchzuführen, obwohl ein solches bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise durchzuführen sei, mit Nachprüfungsantrag anfechtbar sein. Allenfalls regte die Antragstellerin auch zu dieser Frage die Einholung einer Vorabentscheidung an.

Hinsichtlich der Rechtzeitigkeit des gestellten Nachprüfungsbegehrens führte die Antragstellerin aus, dass § 321 BVergG 2006 nicht anzuwenden sei, da diese Bestimmung auf das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung abstelle; eine solche liege jedoch nicht vor. Selbst wenn man von der grundsätzlichen Geltung des § 321 BVergG 2006 ausginge, müsse er im Lichte der Rechtsprechung des EuGH im konkreten Fall unangewendet bleiben. Danach sei nämlich auch dann, wenn eine Ausschlussfrist nicht als solche gegen das Effektivitätsgebot verstoße, zu prüfen, ob die Anwendung dieser Frist unter den konkreten Umständen zu einem Verstoß gegen dieses Gebot führe; ggf. seien die nationalen Präklusivfristen außer Acht zu lassen (EuGH 27.2.2003, C-327/00 Santex). Es sei auch nicht ersichtlich, ab wann eine allfällige Präklusivfrist zu laufen begonnen hätte. Sollte das Bundesvergabeamt die Auffassung der Antragstellerin nicht teilen, wurde ebenfalls die Einholung einer Vorabentscheidung angeregt. Hinsichtlich der Rechtzeitigkeit des gestellten Nachprüfungsbegehrens führte die Antragstellerin aus, dass Paragraph 321, BVergG 2006 nicht anzuwenden sei, da diese Bestimmung auf das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung abstelle; eine solche liege jedoch nicht vor. Selbst wenn man von der grundsätzlichen Geltung des Paragraph 321, BVergG 2006 ausginge, müsse er im Lichte der Rechtsprechung des EuGH im konkreten Fall unangewendet bleiben. Danach sei nämlich auch dann, wenn eine Ausschlussfrist nicht als solche gegen das Effektivitätsgebot verstoße, zu prüfen, ob die Anwendung dieser Frist unter den konkreten Umständen zu einem Verstoß gegen dieses Gebot führe; ggf. seien die nationalen Präklusivfristen außer Acht zu lassen (EuGH 27.2.2003, C-327/00 Santex). Es sei auch nicht ersichtlich, ab wann eine allfällige Präklusivfrist zu laufen begonnen hätte. Sollte das Bundesvergabeamt die Auffassung der Antragstellerin nicht teilen, wurde ebenfalls die Einholung einer Vorabentscheidung angeregt.

Der Auftraggeber replizierte mit Schriftsatz vom 11. Mai 2006, wiederholte die bereits getätigten Ausführungen zur Nichtanwendbarkeit des BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 und ergänzte im Wesentlichen zusammengefasst, dass jedenfalls das Nachprüfungsbegehren verfristet sei. Das Nachprüfungsbegehren sei zurückzuweisen, in eventu

abzuweisen.

Am 12. Mai 2006 fand eine mündliche Verhandlung statt, in welcher beiden Parteien Gelegenheit gegeben wurde ihre Rechtsauffassung darzulegen.

Auf der Grundlage der Schriftsätze der Antragstellerin vom

20. April 2006 samt Beilagen (OZ 1 = OZ 3) sowie vom 8. Mai 2006

samt Beilagen (OZ 9 = OZ 12), der Schriftsätze des Auftraggebers

vom 24. April 2006 samt Beilagen (OZ 5 = OZ 6) und vom

11. Mai 2006 (OZ 13) sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung

vom 12. Mai 2006 (OZ 17) wurde nachfolgender

entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber startete in der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2004 im Rahmen "einer freihändigen Vergabe im Wettbewerb gemäß ÖNORM A 2050 Ausgabe 30. März 1957" einen Beschaffungsvorgang über die Lieferung eines VHF-Truppenfunksystems "CONRAD" mit allen erforderlichen Systemanteilen. Dabei handelt es sich um ein Funksystem, welches das bestehende beim Bundesheer derzeit im Einsatz befindliche Funksystem ablösen soll. Diese Ablösung erfolgt daher, weil das derzeitige System nicht dem Stand der Technik entspricht, insbesondere keine Verschlüsselungsmöglichkeiten und Vorsorgemaßnahmen gegen Störaktionen vorsieht. Dieses Kommunikationssystem ist ausschließlich für den militärischen Einsatz vorgesehen, wobei das System im Rahmen einer Gesamtvergabe - inklusive aller Hard- und Softwarekomponenten - angeschafft werden soll. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 134.500.000.--. Übereinstimmend wurde von beiden Parteien ausgeführt, dass die Anschaffung des Funksystems in einem Vergabeverfahren außerhalb des BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 erfolgt.

Am 9. Jänner 2006 wurde auch die Antragstellerin in diesem Beschaffungsverfahren aufgefordert ein Angebot zu legen. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt, welches ausgeschieden wurde. Eine Zuschlagsentscheidung oder eine Zuschlagserteilung bezüglich dieser Auftragsvergabe erfolgte bislang nicht. Die Auftragsvergabe befindet sich derzeit im Stadium der Bewertung der eingelangten Angebote. Zudem wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 26. April 2006, N/0026-BVA/05/2006-8 die Zuschlagserteilung untersagt.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Soweit im Nachprüfungsantrag vom 8. Mai 2006 unter Punkt 3.1 der relevante Sachverhalt wiedergegeben wird, findet diese Darstellung volle Deckung in den Stellungnahmen des Auftraggebers. Widersprüchlichkeiten liegen dazu nicht vor. Von der Antragstellerin wurde insbesondere die Echtheit und Richtigkeit der Beilage 2 zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 24. April 2006 nicht angezweifelt. Dabei handelt es sich um ein Schreiben von der Antragstellerin vom 15. März 2006 an die "auftragsvergebende Stelle" im verfahrensgegenständlichen Beschaffungsvorgang. Diesem Schreiben kann entnommen werden, dass die Antragstellerin vom Auftraggeber oder von der auftragsvergebenden Stelle ersucht wurde eine Demonstration des bei der britischen Armee bereits im Einsatz befindlichen Funksystems zu ermöglichen, wobei jedoch von den britischen Kryptobehörden Sicherheitsbeschränkungen auferlegt wurden. Das bedeutet, dass die britischen Kryptobehörden bezüglich der Demonstration eines bereits im Einsatz befindlichen Funksystems bei der britischen Armee Sicherheitsbedenken bzw. Geheimhaltungsinteressen äußerten.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

zu Spruchpunkt I.: zu Spruchpunkt römisch eins.:

Vorweg war zu klären, ob auf den gegenständlichen Vergabevorgang die Bestimmungen des BVergG 2002 oder des BVergG 2006 zur Anwendung gelangen.

Der Beschaffungsvorgang wurde vor Inkrafttreten des BVergG 2006 gestartet. Somit gelten gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 der 1. bis 3. Teil des BVergG 2006 nicht. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das bedeutet, dass - wie übereinstimmend vom Auftraggeber und von der Antragstellerin in ihren Stellungnahmen vorgetragen - der 1. bis 4. Teil des BVergG 2002 zur Anwendung gelangt, während sich der Rechtsschutz am 4. Teil des BVergG 2006 zu orientieren hat. Der Beschaffungsvorgang wurde vor Inkrafttreten des BVergG 2006 gestartet. Somit gelten gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 der 1. bis 3. Teil des BVergG 2006

nicht. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das bedeutet, dass - wie übereinstimmend vom Auftraggeber und von der Antragstellerin in ihren Stellungnahmen vorgetragen - der 1. bis 4. Teil des BVergG 2002 zur Anwendung gelangt, während sich der Rechtsschutz am 4. Teil des BVergG 2006 zu orientieren hat.

Vom Auftraggeber wird die Anwendbarkeit sowohl des BVergG 2002 als auch des BVergG 2006 in Abrede gestellt, da der Ausnahmetatbestand des § 6 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 vorliege. Zusätzlich wird auch auf § 6 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002 hingewiesen. Vom Auftraggeber wird die Anwendbarkeit sowohl des BVergG 2002 als auch des BVergG 2006 in Abrede gestellt, da der Ausnahmetatbestand des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 vorliege. Zusätzlich wird auch auf Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 hingewiesen.

Gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 gilt das BVergG 2002 nicht für Lieferungen von Waren und für die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung, auf die Art. 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) Anwendung findet. Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 gilt das BVergG 2002 nicht für Lieferungen von Waren und für die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung, auf die Artikel 296, des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) Anwendung findet.

Diese Bestimmung entspricht (im Hinblick auf die vom Nichtigerklärungsbegehren betroffenen Lieferungen von Waren) Art. 3 der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. L 99 vom 9. August 1993, Seite 1 bis 53, und verweist allgemein auf Art. 296 EGV. Nach dieser Rechtslage ist für die Frage, ob bei der Beschaffung von Waren im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung die Bestimmungen des BVergG 2002 zu beachten sind, alleine maßgeblich, ob die Voraussetzungen des Art. 296 EGV gegeben sind, wobei - wie auch die Materialien (AB 1118 BlgNR XXI. GP, 13) zeigen - nur dessen Abs. 1 lit. b in Frage kommt. Diese Bestimmung entspricht (im Hinblick auf die vom Nichtigerklärungsbegehren betroffenen Lieferungen von Waren) Artikel 3, der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Amtsblatt L 99 vom 9. August 1993, Seite 1 bis 53, und verweist allgemein auf Artikel 296, EGV. Nach dieser Rechtslage ist für die Frage, ob bei der Beschaffung von Waren im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung die Bestimmungen des BVergG 2002 zu beachten sind, alleine maßgeblich, ob die Voraussetzungen des Artikel 296, EGV gegeben sind, wobei - wie auch die Materialien Ausschussbericht 1118 BlgNR römisch 21. GP, 13) zeigen - nur dessen Absatz eins, Litera b, in Frage kommt.

Gemäß Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV kann jeder Mitgliedstaat die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen. Gemäß Artikel 296, Absatz eins, Litera b, EGV kann jeder Mitgliedstaat die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.

Gemäß Art. 296 Abs. 2 EGV kann der Rat die von ihm am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Abs. 1 Buchstabe b Anwendung findet, einstimmig auf Vorschlag der Kommission ändern. Gemäß Artikel 296, Absatz 2, EGV kann der Rat die von ihm am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Absatz eins, Buchstabe b Anwendung findet, einstimmig auf Vorschlag der Kommission ändern.

Art. 296 EGV ermächtigt somit die Mitgliedstaaten, unter den vorgegebenen Voraussetzungen von Vorgaben des Gemeinschaftsrechts abzuweichen (vgl. Kreuzschitz in Lenz/Borchhardt, EU- und EG-Vertrag³ [2003], 2299, Rz. 1 zu Art. 296 EGV). Als Voraussetzung führt Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV an, dass die (abweichende) Maßnahme des Mitgliedstaates Waffen, Munition und Kriegsmaterial betreffen muss, die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen darf und "seines Erachtens" für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich ist. Artikel 296, EGV ermächtigt somit die Mitgliedstaaten, unter den vorgegebenen Voraussetzungen von Vorgaben des Gemeinschaftsrechts

abzuweichen vergleiche Kreuschitz in Lenz/Borchhardt, EU- und EG-Vertrag³ [2003], 2299, Rz. 1 zu Artikel 296, EGV). Als Voraussetzung führt Artikel 296, Absatz eins, Litera b, EGV an, dass die (abweichende) Maßnahme des Mitgliedstaates Waffen, Munition und Kriegsmaterial betreffen muss, die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen darf und "seines Erachtens" für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich ist.

Hinsichtlich der erstgenannten Voraussetzung bezieht sich Art. 296 Abs. 2 EGV auf eine vom Rat am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Abs. 1 lit. b Anwendung findet (im Folgenden: Liste) und ermächtigt den Rat zur Änderung dieser Liste auf Vorschlag der Kommission. Diese Liste ist in deutscher Fassung lediglich als Beantwortung der schriftlichen Anfrage von Bart Staes an den Rat im ABl. Nr. 364 E vom 20. Dezember 2001, 85-86, veröffentlicht (vgl. zu dieser Liste auch Kreuschitz, aaO, 2301, Rz 9 zu Art. 296 EGV und Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2004], 160). Hinsichtlich der erstgenannten Voraussetzung bezieht sich Artikel 296, Absatz 2, EGV auf eine vom Rat am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Absatz eins, Litera b, Anwendung findet (im Folgenden: Liste) und ermächtigt den Rat zur Änderung dieser Liste auf Vorschlag der Kommission. Diese Liste ist in deutscher Fassung lediglich als Beantwortung der schriftlichen Anfrage von Bart Staes an den Rat im ABl. Nr. 364 E vom 20. Dezember 2001, 85-86, veröffentlicht vergleiche zu dieser Liste auch Kreuschitz, aaO, 2301, Rz 9 zu Artikel 296, EGV und Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2004], 160).

Ist eine Ware in der Liste enthalten, so kann jedenfalls davon ausgegangen werden, dass es sich um in Art. 296 Abs. 1 lit. b aufgezählte Waren (Waffen, Munition und Kriegsmaterial) handelt (vgl. auch VwGH vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0126). Ist eine Ware in der Liste enthalten, so kann jedenfalls davon ausgegangen werden, dass es sich um in Artikel 296, Absatz eins, Litera b, aufgezählte Waren (Waffen, Munition und Kriegsmaterial) handelt vergleiche auch VwGH vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0126).

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurde sowohl vom Auftraggeber als auch von der Antragstellerin angegeben, dass Funkgeräte oder Funkausrüstungen nicht explizit in der Liste angeführt sind; von beiden Parteien wird aber unabhängig von einander auf Ziffer 11 der Liste hingewiesen. In der deutschen - nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senates nicht wirklich geglückten Übersetzung des Begriffes "Matériel électronique pour l'usage militaire" aus dem Französischen bzw. "military electronic equipment" aus dem Englischen - Übersetzung wird in Ziffer 11 "Elektronenmaterial für militärische Zwecke" genannt. Dazu wurde über Befragung in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin zugestanden, dass elektronische Bausteine wesentliche Elemente des zum Einsatz kommenden Systems darstellen. Unwiderrprochen blieben insbesondere auch die Angaben des Auftraggebers, wonach das anzuschaffende System auch Hard- und Softwarekomponenten umfasst, das gesamte System ausschließlich für militärische Zwecke genutzt wird und das "Herzstück" der künftigen militärischen Kommunikation im Einsatz beim österreichischen Bundesheer darstellt.

Auf Grund dieser Informationen kommt der Senat zweifelsfrei zur Auffassung dass das anzuschaffende Funksystem unter Ziffer 11 der Liste einzuordnen ist. Dabei wurde auch berücksichtigt, dass Kommunikation einen der wesentlichen Teile eines militärischen Einsatzes darstellt. Ohne Kommunikation wäre jeglicher militärischer Einsatz zum Scheitern verurteilt, da im Einsatzfall auf sich ändernde Verhältnisse und Vorkommnisse nicht abgestimmt reagiert werden könnte. Zudem konnte die Antragstellerin auch kein Beispiel einer Sache nennen, die ihrer Auffassung nach unter Ziffer 11 eingeordnet werden könnte. Das Argument, dass elektronische Bausteine auch in nichtmilitärischen Bereichen zum Einsatz kommen können bzw. der Hinweis auf den Detaillierungsgrad der Liste vermögen beim Senat hinsichtlich der Einordnung des anzuschaffenden Funksystems unter die Ziffer 11 der Liste keine Zweifel aufkommen zu lassen. Dass es sich beim anzuschaffenden Funksystem um kein militärisches Gut handeln könnte, wurde von der Antragstellerin nicht einmal angedeutet.

Wie aus dem Erkenntnis des VwGH vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0126, entnommen werden kann, verlangt

Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV als weitere Voraussetzung, dass die (abweichende) Maßnahme (hier: die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002) für die Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen des Mitgliedstaates erforderlich ist. Artikel 296, Absatz eins, Litera b, EGV als weitere Voraussetzung, dass die (abweichende) Maßnahme (hier: die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002) für die Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen des Mitgliedstaates erforderlich ist.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-414/97, Kommission/Spanien, festgehalten, dass "der Vertrag Ausnahmen für den Fall einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nur in den Art. 36, 48, 56, 223 und 224 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 30 EGV, 39 EGV, 46 EGV, 296 EGV und 297 EGV) vor" sieht, "die begrenzte außergewöhnliche Tatbestände regeln. Wegen ihres begrenzten Charakters eignen sich diese Vorschriften nicht für eine extensive Auslegung. Daher muss der Mitgliedstaat, der diese Ausnahmen in Anspruch nehmen möchte, nachweisen, dass die betreffenden Befreiungen nicht die Grenzen der genannten Tatbestände überschreiten." Nach dieser Rechtsprechung ist Tatbestandsmerkmal für die Ausnahme nach Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV, dass die (abweichende) Maßnahme (hier: Der EuGH hat in seinem Urteil vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-414/97, Kommission/Spanien, festgehalten, dass "der Vertrag Ausnahmen für den Fall einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nur in den Artikel 36, 48, 56, 223 und 224 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 30, EGV, 39 EGV, 46 EGV, 296 EGV und 297 EGV) vor" sieht, "die begrenzte außergewöhnliche Tatbestände regeln. Wegen ihres begrenzten Charakters eignen sich diese Vorschriften nicht für eine extensive Auslegung. Daher muss der Mitgliedstaat, der diese Ausnahmen in Anspruch nehmen möchte, nachweisen, dass die betreffenden Befreiungen nicht die Grenzen der genannten Tatbestände überschreiten." Nach dieser Rechtsprechung ist Tatbestandsmerkmal für die Ausnahme nach Artikel 296, Absatz eins, Litera b, EGV, dass die (abweichende) Maßnahme (hier:

die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002) für die Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen des Mitgliedstaates erforderlich ist. Es oblag somit dem Auftraggeber darzulegen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV erfüllt sind. die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002) für die Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen des Mitgliedstaates erforderlich ist. Es oblag somit dem Auftraggeber darzulegen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikel 296, Absatz eins, Litera b, EGV erfüllt sind.

Bereits in der Stellungnahme vom 24. April 2006 hat der Auftraggeber ausgeführt, dass die zu beschaffenden Funkgeräte mit entsprechenden Fähigkeiten zur verschlüsselten Übertragung sowie zum Schutz gegen Störmaßnahmen ausgestattet sein sollen. Es müsse klar sein, dass militärische Güter dieser Art aus berechtigtem Interesse einer äußerst vertraulichen Behandlung nicht nach den allgemeinen Grundsätzen des Vergabegesetzes beschafft werden könnten. Die zu beschaffenden Geräte wären für den militärischen Einsatz bestimmt und müssten so abhörsicher wie möglich sein, um die Ziele des Einsatzes zu erreichen und Menschenleben nicht zu gefährden. Da es sich beim Truppenfunk um Systeme mit sicherheitsrelevanten Teilen [COMSEC (Kommunikationssicherheit), TRANSEC (Übertragungssicherheit) ...] handle, sei hier auch beim Beschaffungsvorgang der Schutz wesentlicher Interessen der Staatssicherheit vordergründig und damit ein Ausschlussgrund vom BVergG 2002 gegeben. Die Gewährleistung der militärischen Verteidigungsfähigkeit sei ein Teil der österreichischen Sicherheits- und Verteidigungsdoktrin. Hiezu werde auf eine Entschliebung des Nationalrates vom 12. Dezember 2001 verwiesen. Wie schon der VWGH in seiner Entscheidung vom 21. Dezember 2005 festgestellt habe, stellten gepanzerte Ketten- und Gefechtsfahrzeuge einen wesentlichen Teil der Sicherung des Staatsgebietes und damit auch der Souveränität der Republik Österreich dar. Auch Funkgeräte, welche das einwandfreie Zusammenarbeiten und den sicheren Kontakt in der Befehlskette sicherstellten, wären ein wesentlicher Aspekt der Sicherung und Verteidigung des österreichischen Staatsgebietes. Ein Verfahren nach dem BVergG 2002 hätte auch nicht den geforderten Leistungskriterien der Sicherheit entsprochen. Die Leistungsbeschreibung habe bei einer öffentlichen Ausschreibung bereits jede Forderung, die das Bundesheer an das zu beschaffende Gerät stelle, im Detail eindeutig und vollständig zu enthalten. Das bedeutet, dass Sicherheitsbedenken bestünden, wenn zu viele Einzelheiten zur Übertragung der Informationen, der Verschlüsselungen und des Schutzes gegen Störmaßnahmen in den Angebotsunterlagen öffentlich zugänglich gemacht werden würden. Somit könnte dieses Verfahren nicht sowohl das erforderliche Maß an Vertraulichkeit, als auch die notwendige Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung erfüllen. Im Übrigen werde auf ein Schreiben der Antragstellerin, worin die Antragstellerin selbst von Sicherheitsproblemen betreffend eine Demonstration des bereits bei der britischen Armee im Einsatz befindlichen Funkgerätesystems berichtet, hingewiesen.

Ergänzend führte der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 11. Mai 2006 - unter Bezugnahme auf die Schlussanträge von GA Alber vom 3. April 2003 in der Rs C-252/01, Kommission/Königreich Belgien Rz 39, aus, dass bei der Beurteilung, ob Sicherheitsinteressen eines Staates berührt werden könnten, den Mitgliedsstaaten ein weiterer Spielraum zukomme. Nur im Fall von offensichtlichen Zweifeln an einer diesbezüglichen Behauptung, sollte der Gerichtshof (EuGH) in eine nähere Prüfung eintreten, ob dies tatsächlich der Fall sei.

In der Leistungsbeschreibung sei u.a. gefordert, dass die Bieter die für eine Nutzung in Österreich zur Verfügung stehenden Algorithmen und Schlüssel zu beschreiben hätten. Dies seien äußerst vertrauliche Mitteilungen. Nur die Tatsache, dass das Vergabeverfahren nach nationalen Vorschriften, und nicht nach dem BVergG (2002) abgewickelt werde, ermögliche es den Firmen diese Angaben zu machen. Bei der Gefahr einer Offenlegung im Rahmen eines Rechtsschutzverfahrens nach dem BVergG wären diese für das österreichische Bundesheer bei dieser Beschaffung unbedingt notwendigen Informationen nicht zu erhalten gewesen.

Die Bieter hätten generell bei der Lieferung von Kriegsmaterial aus dem Bereich der Hochtechnologie, wie z.B. die zu beschaffenden Funkgeräte besonderes Interesse an einer vertraulichen Behandlung. Daher führten die Mitgliedstaaten der EU die Beschaffung von Kriegsmaterial durchwegs nach nationalen Vorschriften unter Verweis auf die Ausnahmebestimmung nach dem Art. 296 EGV durch. Die Bieter hätten generell bei der Lieferung von Kriegsmaterial aus dem Bereich der Hochtechnologie, wie z.B. die zu beschaffenden Funkgeräte besonderes Interesse an einer vertraulichen Behandlung. Daher führten die Mitgliedstaaten der EU die Beschaffung von Kriegsmaterial durchwegs nach nationalen Vorschriften unter Verweis auf die Ausnahmebestimmung nach dem Artikel 296, EGV durch.

In der mündlichen Verhandlung am 12. Mai 2006 wurde auf die in den Stellungnahmen enthaltenen Ausführungen noch einmal verwiesen und darüber hinaus ausgeführt, dass es aus Geheimhaltungsinteresse nicht opportun wäre, wenn die einzelnen Bieter Kenntnis von einzelnen angebotenen Leistungen der Mitbewerber erhalten würden. In einem solchen Fall könnten Informationen dazu verwendet werden, den ordnungsgemäßen Betrieb des Funksystems zu beeinträchtigen. Es handle sich um militärische Geheimnisse, die einen militärischen Einsatz gewährleisten. Eine ordnungsgemäße Kommunikation und somit ein wesentliches Sicherheitsinteresse wäre gefährdet.

Von der Antragstellerin wurde nicht entgegengehalten, dass militärische Geheimhaltungsinteressen nicht vorliegen würden. In der Kernaussage wurde auch nicht widersprochen, dass der militärische Funkbetrieb aus sicherheitspolitischen Überlegungen sensibel zu handhaben ist. Dies ist auch aus einem von der Antragstellerin stammenden Schreiben betreffend eine Demonstration bei der britischen Armee an das Bundesministerium für Landesverteidigung, welches vom Auftraggeber vorgelegt wurde, ersichtlich.

Die Antragstellerin kritisierte, dass der Auftraggeber wegen wesentlicher Sicherheitsinteressen von der Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002 Abstand nimmt, gleichzeitig jedoch ein Vergabeverfahren nach den Bestimmungen der ÖNORM A 2050 in einer veralteten Fassung vornimmt.

Dazu wird vom zur Entscheidung berufenen Senat hingewiesen, dass er nicht zur Entscheidung berufen ist, ob die vom Auftraggeber gewählte Vorgangsweise hinsichtlich einer Beschaffung auf der Grundlage der ÖNORM A 2050 den wesentlichen Sicherheitsinteressen entspricht oder nicht. In diesem Zusammenhang hat der Senat einzig zu entscheiden, ob wesentliche Sicherheitsinteressen es rechtfertigen, eine Beschaffung von Kriegsmaterial außerhalb der Bestimmungen des BVergG 2002 durchzuführen.

Die vom Auftraggeber dargelegte Erforderlichkeit hinsichtlich des Vorliegens wesentlicher Sicherheitsinteressen bei der Beschaffung des verfahrensgegenständlichen militärischen Funksystems ist - auch unter Vergleich der wesentlichen Sicherheitsinteressen bei der Anschaffung von Panzerkettengliedern für militärische Einsatzfahrzeuge mit dem Vorliegen der wesentlichen Sicherheitsinteressen für die gesamte militärische Kommunikation auf Funkbasis - nicht als unvertretbar zu erkennen. Im Hinblick darauf, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Bestimmung der jeweiligen Sicherheitsinteressen Sache des Mitgliedstaates ist und den jeweiligen nationalen Behörden zukommt (vgl. das Urteil des EuGH vom 11. März 2003 in der Rechtssache C-186/01, Alexander Dory/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2003, Seite I-2479, Rand Nr. 32 und 36, dort zur Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer, und das Urteil des EuGH vom 16. Oktober 2003 in der Rechtssache C-252/01, Kommission/Königreich Belgien, Slg. 2003, Rand Nr. 30, im Zusammenhang mit den "wesentlichen Interessen der Sicherheit" in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 92/50/EWG), hat der Auftraggeber in nicht unvertretbarer Weise dargetan, dass die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zur Wahrung der dargelegten wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich ist. Von der Möglichkeit der Einholung einer Vorabentscheidung zu dieser Frage wurde kein Gebrauch gemacht, da dem Senat unter Bezugnahme auf die zuvor zitierte Rechtsprechung des EuGH klar ist, dass die Bestimmung der jeweiligen Sicherheitsinteressen Sache des Mitgliedstaates ist und den jeweiligen nationalen Behörden zukommt. Die vom Auftraggeber dargelegte Erforderlichkeit hinsichtlich des Vorliegens wesentlicher Sicherheitsinteressen bei der

Beschaffung des verfahrensgegenständlichen militärischen Funksystems ist - auch unter Vergleich der wesentlichen Sicherheitsinteressen bei der Anschaffung von Panzerkettengliedern für militärische Einsatzfahrzeuge mit dem Vorliegen der wesentlichen Sicherheitsinteressen für die gesamte militärische Kommunikation auf Funkbasis - nicht als unvertretbar zu erkennen. Im Hinblick darauf, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Bestimmung der jeweiligen Sicherheitsinteressen Sache des Mitgliedstaates ist und den jeweiligen nationalen Behörden zukommt vergleiche das Urteil des EuGH vom 11. März 2003 in der Rechtssache C-186/01, Alexander Dory/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2003, Seite I-2479, Rand Nr. 32 und 36, dort zur Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer, und das Urteil des EuGH vom 16. Oktober 2003 in der Rechtssache C-252/01, Kommission/Königreich Belgien, Slg. 2003, Rand Nr. 30, im Zusammenhang mit den "wesentlichen Interessen der Sicherheit" in Artikel 4, Absatz 2, der Richtlinie 92/50/EWG), hat der Auftraggeber in nicht unvertretbarer Weise dargetan, dass die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zur Wahrung der dargelegten wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich ist. Von der Möglichkeit der Einholung einer Vorabentscheidung zu dieser Frage wurde kein Gebrauch gemacht, da dem Senat unter Bezugnahme auf die zuvor zitierte Rechtsprechung des EuGH klar ist, dass die Bestimmung der jeweiligen Sicherheitsinteressen Sache des Mitgliedstaates ist und den jeweiligen nationalen Behörden zukommt.

Im Übrigen enthält das Vorbringen der Antragstellerin keinerlei Vorbringen dahingehend, dass im Anlassfall die in Art. 296 Abs. 1 Lit. b EGV angeführten Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt gefährdet wären. Im Übrigen enthält das Vorbringen der Antragstellerin keinerlei Vorbringen dahingehend, dass im Anlassfall die in Artikel 296, Absatz eins, Lit. b EGV angeführten Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt gefährdet wären.

Aus diesen Gründen kommt das Bundesvergabeamt im durchgeführten Verfahren zum Ergebnis, dass Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV Abwendung findet und somit gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 das Bundesvergabegesetz 2002 nicht gilt und somit eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nicht gegeben ist. Aus diesen Gründen kommt das Bundesvergabeamt im durchgeführten Verfahren zum Ergebnis, dass Artikel 296, Absatz eins, Litera b, EGV Abwendung findet und somit gemäß Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 das Bundesvergabegesetz 2002 nicht gilt und somit eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nicht gegeben ist.

Hingewiesen wird auch, dass selbst wenn das Bundesvergabeamt zur Auffassung seiner Zuständigkeit gelangt wäre, der Nachprüfungsantrag gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 zurückzuweisen gewesen wäre. Dazu wird ausgeführt, dass die Antragstellerin in nicht unvertretbarer Argumentation die Anfechtbarkeit der nicht ausdrücklich als gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichneten Auftraggeberentscheidung, kein Verfahren nach dem BVergG 2002 durchzuführen, fordert. Dabei übersieht jedoch die Antragstellerin, dass es auch für einen diesbezüglich zulässigen Nachprüfungsantrag eine Präklusionsfrist geben muss bzw. auch gibt. Sie ist nach Auffassung des Senates in § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 zu finden. Demnach sind Anträge auf Nachprüfung einer (gesondert anfechtbaren) Entscheidung in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem die Antragstellerin von der (gesondert anfechtbaren) Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Dadurch dass die Antragstellerin am 9. Jänner 2006 ohne formalisierte Ausschreibungsbekanntmachung, wie sie das BVergG 2002 insbesondere im Oberschwellenbereich fordert, eingeladen wurde ein Angebot zu legen und aus dem Wortlaut der Einladung zur Angebotslegung hätte sie erkennen müssen, dass der Auftraggeber kein Vergabeverfahren nach dem BVergG 2002 durchführt. Das bedeutet, die 14-Tagesfrist hätte am 9. Jänner 2006 zu laufen begonnen und der Nachprüfungsantrag vom 8. Mai 2006 wäre lange nach Ablauf dieser Frist und somit verspätet eingelangt, sodass aus diesem Grund ein zulässiger Nachprüfungsantrag als verspätet eingebracht zurückzuweisen gewesen wäre. Hingewiesen wird auch, dass selbst wenn das Bundesvergabeamt zur Auffassung seiner Zuständigkeit gelangt wäre, der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zurückzuweisen gewesen wäre. Dazu wird ausgeführt, dass die Antragstellerin in nicht unvertretbarer Argumentation die Anfechtbarkeit der nicht ausdrücklich als gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichneten Auftraggeberentscheidung, kein Verfahren nach dem BVergG 2002 durchzuführen, fordert. Dabei übersieht jedoch die Antragstellerin, dass es auch für einen diesbezüglich zulässigen Nachprüfungsantrag eine Präklusionsfrist geben muss bzw. auch gibt. Sie ist nach Auffassung des Senates in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zu finden. Demnach sind Anträge auf Nachprüfung einer (gesondert anfechtbaren) Entscheidung in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem die Antragstellerin von der (gesondert anfechtbaren) Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Dadurch dass die Antragstellerin am 9. Jänner 2006 ohne formalisierte Ausschreibungsbekanntmachung, wie sie das BVergG 2002 insbesondere im Oberschwellenbereich fordert, eingeladen wurde ein Angebot zu legen und aus

dem Wortlaut der Einladung zur Angebotslegung hätte sie erkennen müssen, dass der Auftraggeber kein Vergabeverfahren nach dem BVergG 2002 durchführt. Das bedeutet, die 14-Tagesfrist hätte am 9. Jänner 2006 zu laufen begonnen und der Nachprüfungsantrag vom 8. Mai 2006 wäre lange nach Ablauf dieser Frist und somit verspätet eingelangt, sodass aus diesem Grund ein zulässiger Nachprüfungsantrag als verspätet eingebracht zurückzuweisen gewesen wäre.

zu Spruchpunkt II.: zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Aus Spruchpunkt I dieses Bescheides ergibt sich, dass in der gegenständlichen Angelegenheit das BVergG 2002 nicht gilt. Das bedeutet, dass dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) nicht stattgegeben wurde. Aus Spruchpunkt römisch eins dieses Bescheides ergibt sich, dass in der gegenständlichen Angelegenheit das BVergG 2002 nicht gilt. Das bedeutet, dass dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) nicht stattgegeben wurde.

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

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 Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da unter Bezugnahme auf § 319 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 die Antragstellerin weder teilweise obsiegt hat noch dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde liegen die Voraussetzungen für einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren weder für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf einstweilige Verfügung vor, sodass einem Ersatzbegehren der entrichteten Pauschalgebühren nicht stattgegeben werden konnte. Da unter Bezugnahme auf Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 die Antragstellerin weder teilweise obsiegt hat noch dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde liegen die Voraussetzungen für einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren weder für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf einstweilige Verfügung vor, sodass einem Ersatzbegehren der entrichteten Pauschalgebühren nicht stattgegeben werden konnte.

zu Spruchpunkt III.: zu Spruchpunkt römisch drei.:

Gemäß § 329 Abs. 3 2. Satz BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, 2. Satz BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind.

Wie aus Spruchpunkt I. dieses Bescheides ersichtlich ist, besteht bezüglich des verfahrensgegenständlichen Beschaffungsvorganges keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes. Im Bescheid vom 26. April 2006, N/0026-BVA/05/2006-8, der zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte, ging das Bundesvergabeamt vorläufig davon aus, dass es zuständig sei. Da sich jedoch im Nachprüfungsverfahren herausstellte, dass eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nicht besteht, war unter Bezugnahme auf § 329 Abs. 3 2. Satz BVergG 2006 und entsprechend einem in der mündlichen Verhandlung am 12. Mai 2006 gestellten Antrag des Auftraggebers die einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirksamkeit aufzuheben. Wie aus Spruchpunkt römisch eins. dieses Bescheides ersichtlich ist, besteht bezüglich des verfahrensgegenständlichen Beschaffungsvorganges keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes. Im Bescheid vom 26. April 2006, N/0026-BVA/05/2006-8, der zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte, ging das Bundesvergabeamt vorläufig davon aus, dass es zuständig sei. Da sich jedoch im Nachprüfungsverfahren herausstellte,

dass eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nicht besteht, war unter Bezugnahme auf Paragraph 329, Absatz 3, 2. Satz BVergG 2006 und entsprechend einem in der mündlichen Verhandlung am 12. Mai 2006 gestellten Antrag des Auftraggebers die einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirksamkeit aufzuheben.

Schlagworte

Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Kriegsmaterial, Sicherheitsinteressen, Aufhebung einer einstweiligen Verfügung durch Senat im Hauptverfahren;

Dokumentnummer

VERGT_20060519_N_0026_BVA_05_2006_21_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