

TE Verg Bescheid 2005/10/25 16N-91/05-20

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.10.2005

Norm

SektorenRL Art2 Abs2

SektorenRL Art5 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BvergG 2002 §19 Abs1

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

BvergG 2002 §21 Abs1

BvergG 2002 §22

BVergG 2002 §85 Abs4

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §120 Abs2 Z3

BVergG 2002 §132 Abs3

BvergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §165 Abs2

BVergG 2002 §167

BVergG 2002 §169 Abs2 Z1 lita

BvergG 2002 §174 Abs1 Z2

BvergG 2002 §177 Abs1

BvergG 2002 §177 Abs5

AVG §39 Abs2

AVG §74

SigG §2 Z3

E-Procurement-V §2 Z4

BundesbahnG §2

BundesbahnG §29

BundesbahnG §30

BundesbahnG §31

BundesbahnG §32

BundesbahnG §41

1. AVG § 39 heute

2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002

4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 74 heute

2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008

3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

1. SigG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 30.06.2016 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 50/2016

2. SigG § 2 gültig von 30.12.2000 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2000

3. SigG § 2 gültig von 01.01.2000 bis 29.12.2000

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 25. Oktober 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 Z 2 BundesvergabeGesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005, betreffend das Vergabeverfahren "Lärmschutzmaßnahmen Ostbahn Himberg und Gramatneusiedl (AZ PE/31/27/45/05-427-05)" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 27. September 2005 bzw. der B***, vertreten durch Y***, vom 3. Oktober 2005 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 25. Oktober 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BundesvergabeGesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,, betreffend das Vergabeverfahren "Lärmschutzmaßnahmen Ostbahn Himberg und Gramatneusiedl (AZ PE/31/27/45/05-427-05)" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 27. September 2005 bzw. der B***, vertreten durch Y***, vom 3. Oktober 2005 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 27. September 2005 auf "Nichtigerklärung der mit Telefax vom 20.9.2005 mitgeteilten Entscheidung der Antragsgegnerin, B*** den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung)", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1, 21 Abs 1, 22, 163 Abs 1, 174
Rechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 21, Absatz eins, 22, 163, Absatz eins, 174

Abs 1 Z 2 BVerG sowie § 2 Z 3 Signaturgesetz
Absatz eins, Ziffer 2, BVerG sowie Paragraph 2, Ziffer 3, Signaturgesetz (SigG), BGBl I Nr. 190/1999 idF BGBl I Nr. 152/2001 (SigG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 190 aus 1999, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 152 aus 2001,

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 27. September 2005 "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Antrag auf Nichtigerklärung [...] entrichtete Pauschalgebühr [...] in der Höhe von [...] Euro 2.500,- [...] binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs 1 und 5 BVerG sowie § 74
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz eins und 5 BVerG sowie Paragraph 74

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991

(AVG), BGBl Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004 (AVG), Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

III.römisch drei.

Dem Antrag der B***, vertreten durch Y***, vom 3. Oktober 2005 "der Antragstellerin den Ersatz der von uns bezahlten Pauschalgebühr für den Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren in Höhe von Euro 1.250,- aufzuerlegen" wird stattgegeben.

Die A***, vertreten durch X***, ist als Antragstellerin verpflichtet, der B***, vertreten durch Y***, die für den Teilnahmeantrag entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 1.250,- binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs 1 und 5 BVergG sowie § 74 AVGRchtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz eins und 5 BVergG sowie Paragraph 74, AVG

Begründung

Mit Schreiben vom 27. September 2005 (OZ 1) stellte die Antragstellerin das den Spruchpunkten I und II zu entnehmende Begehren. Zur Begründung führte sie aus, dass der Auftraggeber ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich durchgeführt habe. Als einziges Zuschlagskriterium werde in den Vergabebestimmungen der Preis genannt. Die Angebotsfrist sei am 31. August 2005 zu Ende gegangen. Die Angebotsabgabe sollte nach den Ausschreibungsunterlagen ausschließlich auf elektronischem Weg erfolgen. Man habe fristgerecht ein elektronisches Hauptangebot abgegeben, bei dem es sich nach den Ergebnissen der Angebotsverlesung um das preislich günstigste handle. Dennoch habe der Auftraggeber mit Telefax vom 20. September 2005 seine Absicht mitgeteilt, den Zuschlag einem Mitbieter zu erteilen. Auf Grund einer weiteren Anfrage der Antragstellerin habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung dahingehend begründet, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden sei. Die Dateien des Angebots seien entweder überhaupt nicht oder nicht mit einer sicheren elektronischen Signatur versehen worden. Weiters weise eine KSV-Abfrage über die Antragstellerin "ein erhöhtes Risiko" aus. Mit Schreiben vom 27. September 2005 (OZ 1) stellte die Antragstellerin das den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei zu entnehmende Begehren. Zur Begründung führte sie aus, dass der Auftraggeber ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich durchgeführt habe. Als einziges Zuschlagskriterium werde in den Vergabebestimmungen der Preis genannt. Die Angebotsfrist sei am 31. August 2005 zu Ende gegangen. Die Angebotsabgabe sollte nach den Ausschreibungsunterlagen ausschließlich auf elektronischem Weg erfolgen. Man habe fristgerecht ein elektronisches Hauptangebot abgegeben, bei dem es sich nach den Ergebnissen der Angebotsverlesung um das preislich günstigste handle. Dennoch habe der Auftraggeber mit Telefax vom 20. September 2005 seine Absicht mitgeteilt, den Zuschlag einem Mitbieter zu erteilen. Auf Grund einer weiteren Anfrage der Antragstellerin habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung dahingehend begründet, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden sei. Die Dateien des Angebots seien entweder überhaupt nicht oder nicht mit einer sicheren elektronischen Signatur versehen worden. Weiters weise eine KSV-Abfrage über die Antragstellerin "ein erhöhtes Risiko" aus.

Die vom Auftraggeber relevierten Ausscheidensgründe würden nicht bestehen. Der Inhalt der eingeholten KSV-Auskunft könne schon allein deshalb keinen Ausscheidensgrund begründen, weil in der Ausschreibung kein Eignungskriterium festgelegt worden sei, wonach die Bieter einen bestimmten KSV-Rating-Wert nachzuweisen hätten. Der Auftraggeber habe in der Ausschreibung nicht einmal einen darauf gerichteten Eignungsnachweis verlangt. Darüber hinaus sei eine KSV-Auskunft allein jedenfalls nicht geeignet, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Bieters in Zweifel zu ziehen. Hinsichtlich der beanstandeten Unterfertigungsform sei zunächst festzuhalten, dass nur für jene Angebotsteile eine digitale Signatur vorgesehen worden sei, denen für die Angebotsbewertung Relevanz zukomme. Dieser Anforderung sei die Antragstellerin durch eine einfache elektronische Signatur einer der übermittelten Dateien nachgekommen. Trotz des Umstands, dass es sich um eine einfache elektronische Signatur handle, könne die Authentizität des Angebots nicht in Zweifel gezogen werden. Unter den gegebenen Umständen sei das Fehlen einer sicheren Signatur zumindest als behebbarer Mangel zu qualifizieren. Es könne ein Vergleich zur Rechtsprechung des VWGH betreffend das Fehlen einer firmenmäßigen Fertigung gezogen werden.

In ihrer Stellungnahme vom 12. Oktober 2005 (OZ 16) trat die Antragstellerin einer Behauptung des Auftraggebers entgegen, wonach lediglich eine sichere elektronische Signatur ausschließlich dem Signator zugeordnet werden könne. Elektronische Signaturen seien nach § 2 Abs 1 SigG elektronische Daten, die der Authentifizierung, also der Feststellung der Identität des Signators dienen. Um diesen Zweck erfüllen zu können, müsse grundsätzlich jede elektronische Signatur, also auch eine einfache elektronische Signatur einer Person zugeordnet sein. Unterschiede bestünden lediglich hinsichtlich des Verfahrens der Ausstellung sowie der Sicherheit des Zertifikats vor Entwendung durch Dritte.

Gerade die von der Antragstellerin verwendete Signatur entspreche jedenfalls dem Erfordernis der eindeutigen Zuordnung. Die Antragstellerin habe ihr Angebot mit dem Signatur-erstellungsschlüssel eines gültigen "a-sign-Premium"- Geheimhaltungszertifikats unterschrieben. Dieses Zertifikat sei zwar kein qualifiziertes Zertifikat und könne insofern nicht zur Erstellung einer sicheren elektronischen Signatur verwendet werden, es erfülle dennoch dieselben Voraussetzungen wie ein qualifiziertes Zertifikat. Besagtes Zertifikat werde nämlich ausschließlich gemeinsam mit einem - qualifizierten - "a-sign-Premium"-Signaturzertifikat ausgegeben und befinde sich auf derselben Chipkarte. Somit setze auch das in Rede stehende einfache Zertifikat eine solche Identitätsprüfung voraus und erfülle dieselben Sicherheitsanforderungen wie ein qualifiziertes Zertifikat. In ihrer Stellungnahme vom 12. Oktober 2005 (OZ 16) trat die Antragstellerin einer Behauptung des Auftraggebers entgegen, wonach lediglich eine sichere elektronische Signatur ausschließlich dem Signator zugeordnet werden könne. Elektronische Signaturen seien nach Paragraph 2, Absatz eins, SigG elektronische Daten, die der Authentifizierung, also der Feststellung der Identität des Signators dienen. Um diesen Zweck erfüllen zu können, müsse grundsätzlich jede elektronische Signatur, also auch eine einfache elektronische Signatur einer Person zugeordnet sein. Unterschiede bestünden lediglich hinsichtlich des Verfahrens der Ausstellung sowie der Sicherheit des Zertifikats vor Entwendung durch Dritte. Gerade die von der Antragstellerin verwendete Signatur entspreche jedenfalls dem Erfordernis der eindeutigen Zuordnung. Die Antragstellerin habe ihr Angebot mit dem Signatur-erstellungsschlüssel eines gültigen "a-sign-Premium"- Geheimhaltungszertifikats unterschrieben. Dieses Zertifikat sei zwar kein qualifiziertes Zertifikat und könne insofern nicht zur Erstellung einer sicheren elektronischen Signatur verwendet werden, es erfülle dennoch dieselben Voraussetzungen wie ein qualifiziertes Zertifikat. Besagtes Zertifikat werde nämlich ausschließlich gemeinsam mit einem - qualifizierten - "a-sign-Premium"-Signaturzertifikat ausgegeben und befinde sich auf derselben Chipkarte. Somit setze auch das in Rede stehende einfache Zertifikat eine solche Identitätsprüfung voraus und erfülle dieselben Sicherheitsanforderungen wie ein qualifiziertes Zertifikat.

Im Übrigen sei entgegen der Ausführungen des Auftraggebers auch die Unverfälschbarkeit des abgegebenen Angebots gewährleistet. Bei der gegenständlich verwendeten einfachen Signatur sei ebenfalls ein so genannter "Hashwert" erstellt worden. Mit Hilfe des öffentlichen Schlüssels des Signators könne der Empfänger die Unverfälschbarkeit des übermittelten Dokuments überprüfen. Diese Vorgehensweise sei bei einer sicheren elektronischen Signaturen und bei der im konkreten Fall verwendeten einfachen Signatur dieselbe. Bei einer sicheren elektronischen Signatur komme lediglich die Verwendung eines so genannten "Secure Viewers" hinzu. Dieser solle bei der Signaturerstellung sicherstellen, dass der Signator nur das am Monitor ersichtliche unterschreibt. Echtheit und Unverfälschbarkeit seien aber bei beiden Arten von Signaturen gleichermaßen sichergestellt.

Des Weiteren gehe der von der Teilnehmeantragstellerin erhobene Vorwurf der Unterpreisigkeit ins Leere. Ein bloßer Preisvergleich sei keinesfalls ausreichend, eine Unterpreisigkeit zu begründen. Zum behaupteten Fehlen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei anzumerken, dass die geforderten Eignungsnachweise in der gegenständlichen Ausschreibung festgelegt worden seien. Angesichts des relativ geringen Auftragswertes sei es nachvollziehbar, dass die Ausschreibung diesbezüglich keine allzu hohen Anforderungen enthalte. Wenn nunmehr der Auftraggeber nachträglich von seinen eigenen Festlegungen abweichen möchte, so geschehe dies offensichtlich bloß zu dem Zweck, die rechtswidrige Ausscheidensentscheidung bzw. rechtswidrige Zuschlagsentscheidung aufrecht zu erhalten. Überdies relativiere sich der vom Auftraggeber kritisierte Ratingwert von 444 in der KSV-Auskunft. Dieser Wert liege nämlich im Mittelfeld einer siebenteiligen Ratingskala. Abschließend sei der Behauptung der Teilnehmeantragstellerin, es mangle der Antragstellerin an der technischen Leistungsfähigkeit, entgegen zu treten. Die Antragstellerin habe die für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit maßgeblichen Erklärungen und Belege auf der Internetplattform des Auftraggebers hinterlegt. Dies betreffe sowohl die für die Leistungserbringung erforderlichen Geräte als auch Referenzen. Die Referenzen beruhen wiederum auf Tätigkeiten für die frühere C***, aus der sich zu einem erheblichen Teil der Personalstand der Antragstellerin rekrutiere. Angesichts der erfolgten Hinterlegung von entsprechenden Nachweisen auf der Internetplattform des Auftraggebers sei auch der Vorwurf eines unvollständigen Angebots als relativiert anzusehen.

In einer ersten Stellungnahme vom 29. September 2005 (OZ 6) teilte der Auftraggeber mit, dass sich der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauvorhabens auf rund Euro 1.180.000,- (exkl USt.) belaufe. Der verfahrensgegenständliche Auftrag sei bislang weder vergeben worden, noch habe man das Vergabeverfahren mittels Widerruf beendet. In einer weiteren Stellungnahme vom 3. Oktober 2005 (OZ 9) merkte der Auftraggeber an, dass es ihm sehr wohl möglich sein müsse, auch nicht in der Ausschreibung genannte Nachweise einzufordern. Andernfalls

könne dem Grundsatz, wonach Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu vergeben sind, nicht in hinreichender Weise nachgekommen werden. Die Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit habe vor allem den Zweck, dass die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen bis zum Vertragsende durch den Auftragnehmer gewährleistet werde. Die KSV-Auskunft über die Antragstellerin weise in der Gesamtbewertung ein Rating von 444 aus. Dieses sei mit erhöhtem Risiko umschrieben. Es sei unrichtig, dass der Auftraggeber die Feststellung der mangelnden finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit lediglich auf die Ergebnisse der KSV-Auskunft gegründet habe. Die der Auskunft zu entnehmenden Fakten seien vielmehr zum Teil vom Geschäftsführer der Antragstellerin im Ergebnis bestätigt worden. So habe der Geschäftsführer im Aufklärungsgespräch ausgeführt, dass man sich bisher an drei Vergabeverfahren beteiligt habe und nunmehr auf den ersten großen Auftrag hoffe. Gerade im Hinblick auf den sehr niedrigen Angebotspreis der Antragstellerin, sei besonderes Augenmerk auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu legen. Im Übrigen hätte ein weiterer öffentlicher Auftraggeber die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin festgestellt. Der Geschäftsführer der Antragstellerin habe gegenüber dem Auftraggeber selbst erklärt, dass ihre Angebote in zwei Vergabeverfahren der oberösterreichischen Landesregierung ausgeschieden worden seien. Auch in diesen beiden Verfahren habe sie das preislich günstigste Angebot gelegt; nach zwischenzeitig erfolgter telefonischer Auskunft habe der zuständige Sachbearbeiter mitgeteilt, dass das Ausscheiden wegen mangelnder technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit erfolgt sei.

Des Weiteren habe die Antragstellerin entgegen den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage sowie entgegen den gesetzlichen Bestimmungen nicht sämtliche bewertungsrelevante Bestandteile des Angebotes mit einer sicheren elektronischen Signatur versehen. § 83 Abs 1 Z 8 BVergG stelle nur eine sichere elektronische Signatur einer rechtsgültigen Unterfertigung durch den Bieter bei einem Angebot in Papierform gleich. Die Ansicht der Antragstellerin der Verbesserbarkeit der einfachen elektronischen Signatur gehe somit mangels Verbindlichkeit des Angebotes ins Leere. Auch ein Sektorenauftraggeber habe das Gebot der Prüfung der Verschlüsselung und elektronischen Unversehrtheit und der Authentizität zu berücksichtigen. Die von der Antragstellerin herangezogene Nichtdiskriminierungsklausel des § 3 Abs 2 SigG stelle einzig darauf ab, dass einfache Signaturen im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht verboten werden dürften. Allerdings würden bereits die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum SigG vorsehen, dass lediglich bei Transaktionen mit geringem wirtschaftlichen Wert und bei Massentransaktionen mit einfachen, keine besonderen Sicherheitsanforderungen erfüllenden Signaturverfahren das Auslangen gefunden werden könne. Dies bedeute jedoch nicht, dass nicht sondergesetzliche Regelungen die Verwendung von sicheren elektronischen Signaturen vorsehen könnten. Dies sei etwa im BVergG der Fall. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin seien lediglich sichere elektronische Signaturen in der Lage, den Signator zu identifizieren. Hervorzuheben sei zudem, dass der Grund für die Forderung nach einer sicheren elektronischen Signatur bei der Angebotsabgabe auch im Ausschluss jeglicher Manipulationsmöglichkeit zu sehen sei. Bei einer sicheren elektronischen Signatur sei das Originaldokument entweder grundsätzlich unveränderbar oder eine Veränderung würde jedenfalls bemerkt. Nur mit der sicheren elektronischen Signatur könne man die Grundsätze der Echtheit und Unverfälschtheit einhalten. Des Weiteren habe die Antragstellerin entgegen den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage sowie entgegen den gesetzlichen Bestimmungen nicht sämtliche bewertungsrelevante Bestandteile des Angebotes mit einer sicheren elektronischen Signatur versehen. Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG stelle nur eine sichere elektronische Signatur einer rechtsgültigen Unterfertigung durch den Bieter bei einem Angebot in Papierform gleich. Die Ansicht der Antragstellerin der Verbesserbarkeit der einfachen elektronischen Signatur gehe somit mangels Verbindlichkeit des Angebotes ins Leere. Auch ein Sektorenauftraggeber habe das Gebot der Prüfung der Verschlüsselung und elektronischen Unversehrtheit und der Authentizität zu berücksichtigen. Die von der Antragstellerin herangezogene Nichtdiskriminierungsklausel des Paragraph 3, Absatz 2, SigG stelle einzig darauf ab, dass einfache Signaturen im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht verboten werden dürften. Allerdings würden bereits die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum SigG vorsehen, dass lediglich bei Transaktionen mit geringem wirtschaftlichen Wert und bei Massentransaktionen mit einfachen, keine besonderen Sicherheitsanforderungen erfüllenden Signaturverfahren das Auslangen gefunden werden könne. Dies bedeute jedoch nicht, dass nicht sondergesetzliche Regelungen die Verwendung von sicheren elektronischen Signaturen vorsehen könnten. Dies sei etwa im BVergG der Fall. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin seien lediglich sichere elektronische Signaturen in der Lage, den Signator zu identifizieren. Hervorzuheben sei zudem, dass der Grund für die Forderung nach einer sicheren elektronischen Signatur bei der Angebotsabgabe auch im Ausschluss jeglicher

Manipulationsmöglichkeit zu sehen sei. Bei einer sicheren elektronischen Signatur sei das Originaldokument entweder grundsätzlich unveränderbar oder eine Veränderung würde jedenfalls bemerkt. Nur mit der sicheren elektronischen Signatur könne man die Grundsätze der Echtheit und Unverfälschtheit einhalten.

In einer abschließenden Stellungnahme vom 11. Oktober 2005 (OZ 15) hielt der Auftraggeber fest, dass die Antragstellerin seit 23. Februar 2005 auf der Internetplattform @-AVA des Auftraggebers als Lieferant angelegt worden sei. Damit hätte die Antragstellerin auch Zugang zu den Informationsseiten für Lieferanten. Überdies sei der Antragstellerin - wie auch den anderen Lieferanten - am 21. März 2005 ein Infomail zugegangen, in dem auf die Notwendigkeit der Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur hingewiesen worden sei.

Die für die Zuschlagserteilung ausersehene Bieterin beantragte mit Schreiben vom 3. Oktober 2005 (OZ 10) die Teilnahme am Nachprüfungsverfahren einzuräumen, den Antrag auf Nichtigerklärung der Antragstellerin zurück- bzw. in eventu abzuweisen sowie der Antragstellerin den Ersatz der von ihr bezahlten Pauschalgebühr aufzuerlegen. Begründend führte sie aus, dass nur eine sichere elektronische Signatur die Unverfälschbarkeit von Daten gewähren könne. Es könne daher keinesfalls von einem behebbaren Mangel ausgegangen werden. Des Weiteren sei das Angebot der Antragstellerin massiv unterpreisig und fehle der Antragstellerin die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Die operative Tätigkeit sei erst mit Juli 2005 aufgenommen worden. Die Bilanzsumme für das Geschäftsjahr 2004 betrage Euro 82.841,96. Zur technischen Leistungsfähigkeit sei anzumerken, dass die Antragstellerin angesichts der erst jüngst erfolgten Aufnahme der Geschäftstätigkeit keine Referenzen vorgelegen könne. Dies bedinge auch, dass das Angebot der Antragstellerin als nicht vollständig anzusehen sei. Die Ausscheidensentscheidung sei daher zu Recht erfolgt.

In einer weiteren Stellungnahme vom 18. Oktober 2005 (OZ 18) hält die Teilnahmeantragstellerin fest, dass jedes Angebot eine rechtsgültige Unterfertigung des Bieters bzw. bei elektronisch übermittelten Angeboten eine sichere elektronische Signatur zu enthalten habe. Das BVerfG sehe bestimmte Formerfordernisse für Angebote vor. Werde die gesetzliche Form nicht eingehalten, führe das zivilrechtlich jedenfalls zu Unwirksamkeit von Willenserklärungen. Schon allein aus diesem Grund sei ein elektronisches Angebot ohne sichere elektronische Signatur im Vergaberecht auf Grund besonderer Formerfordernisse als unwirksam und unverbindlich anzusehen. Auch im normalen Geschäftsverkehr durchaus verbindliche mündliche Angebote würden im Vergaberecht für den Zuschlag nicht in Betracht kommen, weil es an der rechtsgültigen Unterschrift, also an der vergabegesetzlich geforderten Form mangle. Im Bereich der elektronischen Angebote biete nur eine sichere elektronische Signatur ein Äquivalent zum Erfordernis der rechtsgültigen Unterfertigung. Lediglich eine solche erfülle nach dem SigG das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift.

Im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit habe die Antragstellerin offenbar bloß Referenzen der C*** herangezogen. Die Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit könnten durch allfällige Referenzen der C*** jedoch keinesfalls substituiert werden. Bei der C*** handle es sich keineswegs um einen Subunternehmer. Diese habe vielmehr ein eigenes Angebot gelegt. Eine Doppelverwertung von Referenzen müsse ausgeschlossen werden. Die Ausführungen der Antragstellerin würden zudem den Schluss nahe legen, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung eine gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen der Antragstellerin und der weiteren Bieterin C*** bestanden habe. Bestätige sich dieser Verdacht, so sei von einer wettbewerbswidrigen Absprache auszugehen und das Angebot der Antragstellerin auch aus diesem Grund auszuschneiden.

Zuletzt sei anzumerken, dass beim gegenständlichen Auftrag die Kosten für die Baustelleneinrichtung, die zeitgebundenen Kosten der Baubetriebszeit und die Baustellenräumung etwa 10- 13% des Gesamtpreises ausmachen müssten. Es sei davon auszugehen, dass der eklatante Unterpreis der Antragstellerin auch insbesondere darauf zurückzuführen sei, dass die diesbezüglichen Positionen nicht plausibel kalkuliert worden seien.

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen der Antragsteller, der Teilnahmeantragstellerin und des Auftraggebers, der Ausschreibungsunterlagen sowie der Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2005 wurde folgender, für die Entscheidung maßgeblicher Sachverhalt festgestellt:

Für die Errichtung von Lärmschutzwänden an der Ostbahn und der Pottendorferstrecke in den Gemeindegebieten von Himberg und Gramatneusiedl leitete die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ein offenes Verfahren ein (siehe Vergabebekanntmachung, Beilage zu OZ 7). Der Auftragswert wurde im Vorfeld auf Euro 1.180.000,-

(exkl. USt.) geschätzt (siehe Stellungnahme des Auftraggebers vom 29. September 2005, OZ 6). Die Abwicklung des Vergabeverfahrens erfolgt ausschließlich in elektronischer Form über die Internetplattform @-AVA des ÖBB-Konzerns

(soweit Vergabebekanntmachung und Position 01 00.A223 G der Ausschreibung, jeweils Beilage zu OZ 7). Die Antragstellerin wurde bereits am 23. Februar 2005 als Lieferant auf der betreffenden Plattform vermerkt. In Folge dieser Registrierung hatte sie auch Zugang zu Informationen des Auftraggebers über die Verwendung der sicheren elektronischen Signatur bei der Angebotseinreichung (siehe Stellungnahme des Auftraggebers vom 11. Oktober 2005, OZ 15).

Nach einer Bewerbung wurde den einzelnen interessierten Unternehmen der elektronische Zugang zu den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben (siehe Bewerbungen und betreffende Antwortmails des Auftraggebers, Beilage zu OZ 7). Hinsichtlich der Eignung wird in der Ausschreibung auf die Notwendigkeit einer gesonderten Unterlagen Vorlage hingewiesen, sofern der jeweilige Unternehmer "die Eignungsnachweise nicht in aktueller Ausgabe auf der Internetplattform @-AVA des ÖBB Konzerns hinterlegt hat bzw. beim [Auftraggeber] nicht ausreichend bekannt [sind] oder die geforderten Unterlagen nicht bereits mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt wurden". Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit werden "Unterlagen, aus denen hervorgeht, dass der Unternehmer seine Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern und Abgaben erfüllt", verlangt. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit wird die Beibringung einer "Referenzliste über die Vorhaben der letzten fünf Jahre, insbesondere solcher Vorhaben, die dem Ausschreibungsgegenstand entsprechen", gefordert (soweit Position 01 00.A3 der Ausschreibung, Beilage zu OZ 7). Zur Einreichung der Angebote wird in der Ausschreibung ua. ausgeführt, dass "der Bieter [...] all jene Angebotsteile, die für die Angebotsbewertung relevant sind, mit einer sicheren elektronischen Signatur zu versehen und dies in eine einzige Datei ('zip-file') zu packen [hat]. Die Datei ist mit dem Namen des Bieters zu bezeichnen" (Position 01 00.A522 0 der Ausschreibung, Beilage zu OZ 7). Der Zuschlag soll zudem dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden (Position 01 00.A411 0 der Ausschreibung, Beilage zu OZ 7).

Die Angebotsfrist endete am 31. August 2005. Die Antragstellerin reichte fristgerecht ein Angebot mit einer Summe von Euro 575.702,82 (exkl. USt. und inkl. Nachlass von 8%) ein. Die Angebotssumme der preislich nächstgereihten potentiellen Zuschlagsempfängerin beläuft sich auf Euro 788.029,33 (exkl. USt.). Die weiteren eingelangten Angebote weisen Summen zwischen Euro 892.668,22 und Euro 1.387.565,95 (jeweils exkl. USt.) auf (soweit Angebotsöffnungsprotokoll vom 31. August 2005, Beilage zu OZ 7).

Das Angebot der Antragstellerin setzt sich mit einem Ö-Norm Datenträger im Dateiformat "dtn" und zwei "pdf-Dateien", die jeweils ein identisches Begleitschreiben, ein identisches Kurz-Leistungsverzeichnis und ein übereinstimmendes K3-Blatt enthalten, aus insgesamt drei Dateien zusammen. Nur eine der "pdf-Dateien" wurde mit einer einfachen elektronischen Signatur versehen (siehe Angebotsprüfungsprotokoll, Beilage zu OZ 7, sowie übereinstimmendes Parteienvorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2005, OZ 19). Besagte Signatur beruht auf einem Zertifikat mit der Bezeichnung "asign-Premium-Enc". Dieses ist im Fall des Geschäftsführers der Antragstellerin auf derselben Chipkarte wie jenes qualifizierte Zertifikat, das für eine sichere elektronische Signatur zu verwenden ist, zu finden. Der von der Antragstellerin benutzten Signatur liegt zudem die Erstellung eines "Hashwertes" zugrunde, der in weiterer Folge durch den Empfänger der signierten Sendung, in der konkreten Konstellation somit durch den Auftraggeber, mit dem öffentlichen Schlüssel des Absenders überprüft werden kann. Anders als bei der sicheren elektronischen Signatur kommt bei dieser einfachen Erscheinungsform kein "Secure Viewer" zum Einsatz (vgl. Stellungnahme der Antragstellerin vom 12. Oktober 2005, OZ 16, und Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2005, OZ 19). Das Angebot der Antragstellerin setzt sich mit einem Ö-Norm Datenträger im Dateiformat "dtn" und zwei "pdf-Dateien", die jeweils ein identisches Begleitschreiben, ein identisches Kurz-Leistungsverzeichnis und ein übereinstimmendes K3-Blatt enthalten, aus insgesamt drei Dateien zusammen. Nur eine der "pdf-Dateien" wurde mit einer einfachen elektronischen Signatur versehen (siehe Angebotsprüfungsprotokoll, Beilage zu OZ 7, sowie übereinstimmendes Parteienvorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2005, OZ 19). Besagte Signatur beruht auf einem Zertifikat mit der Bezeichnung "asign-Premium-Enc". Dieses ist im Fall des Geschäftsführers der Antragstellerin auf derselben Chipkarte wie jenes qualifizierte Zertifikat, das für eine sichere elektronische Signatur zu verwenden ist, zu finden. Der von der Antragstellerin benutzten Signatur liegt zudem die Erstellung eines "Hashwertes" zugrunde, der in weiterer Folge durch den Empfänger der signierten Sendung, in der konkreten Konstellation somit durch den Auftraggeber, mit dem öffentlichen Schlüssel des Absenders überprüft

werden kann. Anders als bei der sicheren elektronischen Signatur kommt bei dieser einfachen Erscheinungsform kein "Secure Viewer" zum Einsatz vergleiche Stellungnahme der Antragstellerin vom 12. Oktober 2005, OZ 16, und Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2005, OZ 19).

Mit Telefax vom 20. September 2005 teilte der Auftraggeber den Bietern seine Absicht mit, der B*** den Zuschlag zu erteilen. Mit Telefax vom selben Tag ersuchte die Antragstellerin den Auftraggeber um schriftliche Bekanntgabe der "Basis (Gründe)" der Zuschlagsentscheidung. In einem Schreiben vom - ebenfalls - 20. September 2005 erwiderte der Auftraggeber der Antragstellerin, dass "Ihr Angebot [...] nicht den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes in der geltenden Fassung [entspricht], da die Dateien aus denen sich das Angebot zusammensetzt entweder überhaupt nicht oder nur mit einer einfachen elektronischen Signatur versehen sind." Weiters weist die "im Zuge der Angebotsprüfung durchgeführte KSV-Abfrage über Ihr Unternehmen ein erhöhtes Risiko" aus. Das Angebot der Antragstellerin wurde daher ausgeschieden (siehe betreffende Schreiben, jeweils Beilage zu OZ 7).

Mit Schriftsatz vom 27. September 2005 beantragte die Antragstellerin, die Zuschlagsentscheidung nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen sowie dem Auftraggeber die von ihr entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen (OZ 1). Mit Bescheid vom 30. September 2005 untersagte das Bundesvergabeamt dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 27. Oktober 2005, die Zuschlagserteilung. Zugleich wurde dem Auftraggeber aufgetragen, der Antragstellerin die für das Provisorialverfahren entrichtete Pauschalgebühr von Euro 2.500,- binnen vier Wochen zu erstatten (OZ 8). Mittels e-mail vom 3. Oktober 2005 stellte der für die Zuschlagserteilung ausersehene Bieter einen Antrag auf Teilnahme (OZ 10).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

A. Zuständigkeit und anzuwendende Rechtsvorschriften Gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BVergG gilt dieses Bundesgesetz ua. für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und (b) zumindest teilrechtsfähig ist und (c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, durchgeführt werden. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH stellen im Allgemeinen Tätigkeiten, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar (soweit EuGH vom 10. November 1998, C-360/96, "BFI Holding", Rz 50f; vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C-260/99, "Agorà und Excelsior", Rz 37 sowie vom 27. Februar 2003, C- 373/00, "Truley", Rz 50). Dies ist auch für die Errichtung einer leistungsfähigen Schieneninfrastruktur anzunehmen.

A. Zuständigkeit und anzuwendende Rechtsvorschriften Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG gilt dieses Bundesgesetz ua. für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und (b) zumindest teilrechtsfähig ist und (c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind, durchgeführt werden. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH stellen im Allgemeinen Tätigkeiten, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar (soweit EuGH vom 10. November 1998, C-360/96, "BFI Holding", Rz 50f; vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C-260/99, "Agorà und Excelsior", Rz 37 sowie vom 27. Februar 2003, C- 373/00, "Truley", Rz 50). Dies ist auch für die Errichtung einer leistungsfähigen Schieneninfrastruktur anzunehmen.

§ 120 Abs 1 BVergG hält fest, dass bei Ausübung einer der in Abs 2 angeführten Tätigkeiten ein dem BVergG

unterliegender Auftraggeber "lediglich" einem eingeschränkten Regelungsregime Berücksichtigung zu schenken hat. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die konkrete Leistung dem Zweck der jeweiligen (Sektoren)Tätigkeit dient (siehe etwa EuGH vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, "Strabag/Kostmann vs. ÖBB", insb. Rz 37; BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36; BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41; BVA vom 19. September 2005, 16F- 10/02-21; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu § 120). Es muss somit ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Ausschreibungsgegenstand und der betreffenden Tätigkeit gegeben sein. Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen. In Abweichung von Art 2 Abs 2 SektorenRL 1993, aber in Entsprechung zu Art 5 Abs 1 SektorenRL 2004 zählt nun § 120 Abs 2 Z 3 BVergG ua. "die Bereitstellung" und "das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" zu den Sektorentätigkeiten.Paragraph 120, Absatz eins, BVergG hält fest, dass bei Ausübung einer der in Absatz 2, angeführten Tätigkeiten ein dem BVergG unterliegender Auftraggeber "lediglich" einem eingeschränkten Regelungsregime Berücksichtigung zu schenken hat. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die konkrete Leistung dem Zweck der jeweiligen (Sektoren)Tätigkeit dient (siehe etwa EuGH vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, "Strabag/Kostmann vs. ÖBB", insb. Rz 37; BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36; BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41; BVA vom 19. September 2005, 16F- 10/02-21; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu Paragraph 120,). Es muss somit ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Ausschreibungsgegenstand und der betreffenden Tätigkeit gegeben sein. Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen. In Abweichung von Artikel 2, Absatz 2, SektorenRL 1993, aber in Entsprechung zu Artikel 5, Absatz eins, SektorenRL 2004 zählt nun Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG ua. "die Bereitstellung" und "das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" zu den Sektorentätigkeiten.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren tritt die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Auftraggeber auf. Diese wurde gemäß §§ 29 iVm 41 Bundesbahngesetz, BGBl Nr. 825/1992 idFBGBl I Nr. 180/2004, mit Ablauf des 31. Dezember 2004 - nach diversen Abspaltungen - aus den ÖBB geschaffen. Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind insbesondere die vormaligen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte) und Kraftwerke der ÖBB verblieben. Überdies wurde die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gemäß § 32 Bundesbahngesetz als übernehmende Gesellschaft mit der HL-AG verschmolzen. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind nach § 30 leg.cit. zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht wiederum zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§§ 2 Bundesbahngesetz). Entsprechend § 31 leg.cit. obliegt der ÖBB-Infrastruktur Bau AG insbesondere die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen, soweit sie über die Wartung oder Instandsetzung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit im Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur. Gemäß § 35 Abs 1 Bundesbahngesetz hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG ihre Schieneninfrastruktur samt den Anlagen und Einrichtungen für das Bereitstellen sonstiger Leistungen als Eisenbahninfrastrukturunternehmen mittels Nutzungsvertrag zur Verfügung zu stellen. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG tritt somit - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos als Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur auf (siehe bereits BVA vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-19, ZVB 2005, 187 mit Anm. Grasböck; BVA vom 18. August 2005, 16N-80/05-6, und BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41).Im gegenständlichen Vergabeverfahren tritt die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Auftraggeber auf. Diese wurde gemäß Paragraphen 29, in Verbindung mit 41 Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 825 aus 1992, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 180 aus 2004,, mit Ablauf des 31. Dezember 2004 - nach diversen Abspaltungen - aus den ÖBB geschaffen. Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind insbesondere die vormaligen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte) und Kraftwerke der ÖBB verblieben. Überdies wurde die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gemäß Paragraph 32, Bundesbahngesetz als übernehmende Gesellschaft mit der HL-AG verschmolzen. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind nach Paragraph 30, leg.cit. zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht wiederum zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraphen 2, Bundesbahngesetz). Entsprechend Paragraph 31, leg.cit. obliegt der ÖBB-Infrastruktur Bau AG insbesondere die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen, soweit sie über die

Wartung oder Instandsetzung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit im Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur. Gemäß Paragraph 35, Absatz eins, Bundesbahngesetz hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG ihre Schieneninfrastruktur samt den Anlagen und Einrichtungen für das Bereitstellen sonstiger Leistungen als Eisenbahninfrastrukturunternehmen mittels Nutzungsvertrag zur Verfügung zu stellen. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG tritt somit - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos als Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur auf (siehe bereits BVA vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-19, ZVB 2005, 187 mit Anmerkung Grasböck; BVA vom 18. August 2005, 16N-80/05-6, und BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41).

Es handelt sich somit bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG um eine öffentliche Einrichtung, die eine Sektorentätigkeit ausübt. Die gegenständliche Errichtung von Lärmschutzwänden wird zum einen durch die Ausübung der Sektorentätigkeit bedingt, zum anderen dient sie gerade dieser. Durch entsprechende lärmschutztechnische Vorkehrungen ist es dem Auftraggeber (weiterhin) möglich, auf den betreffenden Strecken entsprechende Personen- und Güterbeförderungen vorzunehmen. Des Weiteren wird durch den geschätzten Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens von Euro 1.180.000,- (exkl. USt.) der - auf Grund der mit 1. März 2005 in Kraft getretenen Schwellenwerte-Verordnung 2005, BGBl II Nr 56/2005 - der Entscheidung zugrunde zu legende Schwellenwert von Euro 5.923.000,- bei weitem nicht erreicht. Es handelt sich demnach um die Vergabe eines Bauauftrags im Sektorenbereich, der zudem im Unterschwellenbereich angesiedelt ist. Es handelt sich somit bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG um eine öffentliche Einrichtung, die eine Sektorentätigkeit ausübt. Die gegenständliche Errichtung von Lärmschutzwänden wird zum einen durch die Ausübung der Sektorentätigkeit bedingt, zum anderen dient sie gerade dieser. Durch entsprechende lärmschutztechnische Vorkehrungen ist es dem Auftraggeber (weiterhin) möglich, auf den betreffenden Strecken entsprechende Personen- und Güterbeförderungen vorzunehmen. Des Weiteren wird durch den geschätzten Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens von Euro 1.180.000,- (exkl. USt.) der - auf Grund der mit 1. März 2005 in Kraft getretenen Schwellenwerte-Verordnung 2005, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 56 aus 2005, - der Entscheidung zugrunde zu legende Schwellenwert von Euro 5.923.000,- bei weitem nicht erreicht. Es handelt sich demnach um die Vergabe eines Bauauftrags im Sektorenbereich, der zudem im Unterschwellenbereich angesiedelt ist.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG gelangen bei einer Sektorenvergabe im Unterschwellenbereich allein die Bestimmungen des ersten, fünften und sechsten Teils sowie die §§ 21, 22, 23, 44, 74, 128 Abs 1 bis 3 und 6, 131 Abs 1 und 132 dieses Bundesgesetzes zur Anwendung. Einer Reihe von Bestimmungen, auf die sich die Parteien in ihrem Vorbringen gestützt haben, kommt somit im konkreten Fall grundsätzlich keine Relevanz zu. Vielmehr bilden insbesondere die allgemeinen Grundsätze des § 21 Abs 1 BVergG den Prüfungsmaßstab für das Vorgehen des Auftraggebers. Dies mag aus verfassungsrechtlicher Sicht möglicherweise bedenklich erscheinen. Es stellt jedoch ein vom Gesetzgeber gewolltes Ergebnis dar, das zudem in der Rechtsprechung des VfGH Deckung findet, wonach im Unterschwellenbereich ein vereinfachtes, vergabespezifisches Regime vorgesehen werden kann (vgl Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21. GP 22; VfGH vom 26. Februar 2002, G 351 - 355/0, RPA 2002, 124 mit Anm Gölles = ZfVB 2002/1675 und BVA vom 4. März 2004, 16N- 8/04-14). Entsprechend der Diktion des Schrifttums sehen sich folglich sowohl die Parteien als auch das Bundesvergabeamt mit einem im Vergleich zum klassischen Bereich und im Vergleich zum Sektorenbereich in der Oberschwelle mit einem "doppelt verdünnten" Vergaberegime konfrontiert (soweit Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 1 zu § 19). Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG gelangen bei einer Sektorenvergabe im Unterschwellenbereich allein die Bestimmungen des ersten, fünften und sechsten Teils sowie die Paragraphen 21, 22, 23, 44, 74, 128, Absatz eins bis 3 und 6, 131 Absatz eins und 132 dieses Bundesgesetzes zur Anwendung. Einer Reihe von Bestimmungen, auf die sich die Parteien in ihrem Vorbringen gestützt haben, kommt somit im konkreten Fall grundsätzlich keine Relevanz zu. Vielmehr bilden insbesondere die allgemeinen Grundsätze des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG den Prüfungsmaßstab für das Vorgehen des Auftraggebers. Dies mag aus verfassungsrechtlicher Sicht möglicherweise bedenklich erscheinen. Es stellt jedoch ein vom Gesetzgeber gewolltes Ergebnis dar, das zudem in der Rechtsprechung des VfGH Deckung findet, wonach im Unterschwellenbereich ein vereinfachtes, vergabespezifisches Regime vorgesehen werden kann vergleiche Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 22; VfGH vom 26. Februar 2002, G 351 - 355/0, RPA 2002, 124 mit Anmerkung Gölles = ZfVB 2002/1675 und BVA vom 4. März 2004, 16N- 8/04-14). Entsprechend der Diktion des Schrifttums sehen sich folglich sowohl die Parteien als auch das Bundesvergabeamt mit einem im Vergleich

zum klassischen Bereich und im Vergleich zum Sektorenbereich in der Oberschwelle mit einem "doppelt verdünnten" Vergaberegime konfrontiert (soweit Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 1 zu Paragraph 19.).

B. Zulässigkeit und Zusammensetzung der Behörde

Der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag zielt auf die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20. September 2005 ab. Er richtet sich somit in Entsprechung zu § 20 Z 13 lit a sublit aa BVergG gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antrag langte des Weiteren am 27. September 2005 beim Bundesvergabeamt ein. Er ist demnach losgelöst von der Frage, ob hinsichtlich der Anfechtung - wie dies der undifferenzierte Wortlaut des § 169 Abs 2 Z 1 lit a BVergG vermuten lässt - die Stillhaltefrist des § 100 Abs 2 BVergG von 14 Tagen oder doch die eigentlich einschlägige Stillhaltefrist des § 132 Abs 3 BVergG von einer Woche zu beachten ist (siehe Thienel, Gesondert und verbunden anfechtbare Entscheidungen, in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 [2004] 413ff), als jedenfalls rechtzeitig einzustufen. Begründet wird der Nachprüfungsantrag mit dem zu unrecht erfolgten Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin. Wie auch immer dieses Vorgehen des Auftraggebers inhaltlich zu bewerten ist, hat man der Antragsstellerin die Antragslegitimation zu zubilligen, droht ihr doch - entsprechend dem Wortlaut des § 163 Abs 1 BVergG - gerade durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden (VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202, ZVB 2004/5 mit Anm. Gruber). Da im Übrigen den Formalvorgaben des § 166 BVergG in hinreichender Weise entsprochen wurde, kann dem vorliegenden Nachprüfungsantrag die Zulässigkeit nicht abgesprochen werden. Der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag zielt auf die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20. September 2005 ab. Er richtet sich somit in Entsprechung zu Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antrag langte des Weiteren am 27. September 2005 beim Bundesvergabeamt ein. Er ist demnach losgelöst von der Frage, ob hinsichtlich der Anfechtung - wie dies der undifferenzierte Wortlaut des Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, BVergG vermuten lässt - die Stillhaltefrist des Paragraph 100, Absatz 2, BVergG von 14 Tagen oder doch die eigentlich einschlägige Stillhaltefrist des Paragraph 132, Absatz 3, BVergG von einer Woche zu beachten ist (siehe Thienel, Gesondert und verbunden anfechtbare Entscheidungen, in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 [2004] 413ff), als jedenfalls rechtzeitig einzustufen. Begründet wird der Nachprüfungsantrag mit dem zu unrecht erfolgten Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin. Wie auch immer dieses Vorgehen des Auftraggebers inhaltlich zu bewerten ist, hat man der Antragsstellerin die Antragslegitimation zu zubilligen, droht ihr doch - entsprechend dem Wortlaut des Paragraph 163, Absatz eins, BVergG - gerade durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden (VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202, ZVB 2004/5 mit Anmerkung Gruber). Da im Übrigen den Formalvorgaben des Paragraph 166, BVergG in hinreichender Weise entsprochen wurde, kann dem vorliegenden Nachprüfungsantrag die Zulässigkeit nicht abgesprochen werden.

Die für die Zuschlagserteilung ausersehene Bieterin stellte am 3. Oktober 2005 einen schriftlichen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren. Angesichts der Unmöglichkeit der Verständigung der Bieter vom Eingang eines Nachprüfungsantrags vor dem 27. September 2005 ist dieser Teilnahmeantrag gemäß § 165 Abs 2 BVergG rechtzeitig beim Bundesvergabeamt eingelangt. Zudem wurde den weiteren Vorgaben der §§ 165 Abs 2 und 167 BVergG Genüge geleistet, sodass die potentielle Zuschlagsempfängerin ihre Parteistellung gewahrt hat. Die im Teilnahmeantrag formulierten Anträge auf Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags und Auferlegung der entrichteten Pauschalgebühr sind im Rahmen der folgenden Ausführungen zu behandeln. Die für die Zuschlagserteilung ausersehene Bieterin stellte am 3. Oktober 2005 einen schriftlichen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren. Angesichts der Unmöglichkeit der Verständigung der Bieter vom Eingang eines Nachprüfungsantrags vor dem 27. September 2005 ist dieser Teilnahmeantrag gemäß Paragraph 165, Absatz 2, BVergG rechtzeitig beim Bundesvergabeamt eingelangt. Zudem wurde den weiteren Vorgaben der Paragraphen 165, Absatz 2 und 167 BVergG Genüge geleistet, sodass die potentielle Zuschlagsempfängerin ihre Parteistellung gewahrt hat. Die im Teilnahmeantrag formulierten Anträge auf Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags und Auferlegung der entrichteten Pauschalgebühr sind im Rahmen der folgenden Ausführungen zu behandeln.

Mit Verfügung des Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes vom 27. September 2005 wurde der verfahrenseinleitende Antrag dem ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Da der maßgebliche Schwellenwert jedoch bei weitem nicht erreicht wird, hat gemäß § 154 Abs 1 Z 1 BVergG der Vorsitzende des Senats 16 als Einzelrichter eine Entscheidung zu treffen. Mit Verfügung des Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes vom 27.

September 2005 wurde der verfahrenseinleitende Antrag dem ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Da der maßgebliche Schwellenwert jedoch bei weitem nicht erreicht wird, hat gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG der Vorsitzende des Senats 16 als Einzelrichter eine Entscheidung zu treffen.

C. Zur Zuschlags- bzw. Ausscheidensentscheidung (Spruchpkt. I) Gemäß § 21 Abs 1 BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu vergeben. § 22 Abs 1 BVergG hält fest, dass grundsätzlich jeder Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern, sofern der Auftraggeber ausnahmsweise nichts anderes festlegt, wahlweise auch elektronisch abgewickelt werden kann. Abs 2 leg.cit. gibt vor, dass eine elektronische Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Angeboten und Dokumenten, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen, unter Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur gemäß § 2 Z 3 SigG zu erfolgen hat. Nach Abs 3 leg.cit. muss die gewählte Art der elektronischen Informationsübermittlung jedenfalls sicherstellen, dass die Echtheit, Unverfälschtheit und die Vertraulichkeit der übermittelten Informationen gewährleistet ist. § 22 Abs 6 BVergG schreibt ergänzend vor, dass ua. Angebote, sofern sie ausschließlich in elektronischer Form erstellt bzw. übermittelt werden, in jener Form und mit jenem Inhalt, den sie zum Zeitpunkt des Einlangens beim Auftraggeber haben, zu kennzeichnen sind, sodass ein nachträgliches Verändern des Inhalts sowie des Zeitpunktes des Einlangens beim Auftraggeber feststellbar ist.

C. Zur Zuschlags- bzw. Ausscheidensentscheidung (Spruchpkt. römisch eins) Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu vergeben. Paragraph 22, Absatz eins, BVergG hält fest, dass grundsätzlich jeder Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern, sofern der Auftraggeber ausnahmsweise nichts anderes festlegt, wahlweise auch elektronisch abgewickelt werden kann. Absatz 2, leg.cit. gibt vor, dass eine elektronische Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Angeboten und Dokumenten, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen, unter Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur gemäß Paragraph 2, Ziffer 3, SigG zu erfolgen hat. Nach Absatz 3, leg.cit. muss die gewählte Art der elektronischen Informationsübermittlung jedenfalls sicherstellen, dass die Echtheit, Unverfälschtheit und die Vertraulichkeit der übermittelten Informationen gewährleistet ist. Paragraph 22, Absatz 6, BVergG schreibt ergänzend vor, dass ua. Angebote, sofern sie ausschließlich in elektronischer Form erstellt bzw. übermittelt werden, in jener Form und mit jenem Inhalt, den sie zum Zeitpunkt des Einlangens beim Auftraggeber haben, zu kennzeichnen sind, sodass ein nachträgliches Verändern des Inhalts sowie des Zeitpunktes des Einlangens beim Auftraggeber feststellbar ist.

Wenngleich mit § 85 Abs 4 BVergG auf einer Bestimmung beruhend, die bei Sektorenvergaben im Unterschwellenbereich nicht herangezogen werden kann, ist überdies auf die Inhalte der E-Procurement-Verordnung 2004 (E-Procurement-V), BGBl II Nr. 183/2004, zu verweisen. Deren § 10 Abs 3 hält ebenfalls ausdrücklich fest, dass der Bieter Angebote mit einer sicheren elektronischen Signatur zu versehen hat. Weiters wird in Abs 2 leg.cit. gefordert, dass der Bieter bei der Erstellung des Angebotes sicherzustellen hat, dass nach der Übermittlung des Angebotes dem Auftraggeber die Prüfung der Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit des Angebotes möglich ist. § 2 Z 4 E-Procurement-V verweist wiederum bei der Umschreibung der sicheren elektronischen Signatur auf die Anforderungen des § 2 Z 3 SigG.

Wenngleich mit Paragraph 85, Absatz 4, BVergG auf einer Bestimmung beruhend, die bei Sektorenvergaben im Unterschwellenbereich nicht herangezogen werden kann, ist überdies auf die Inhalte der E-Procurement-Verordnung 2004 (E-Procurement-V), Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 183 aus 2004,, zu verweisen. Deren Paragraph 10, Absatz 3, hält ebenfalls ausdrücklich fest, dass der Bieter Angebote mit einer sicheren elektronischen Signatur zu versehen hat. Weiters wird in Absatz 2, leg.cit. gefordert, dass der Bieter bei der Erstellung des Angebotes sicherzustellen hat, dass nach der Übermittlung des Angebotes dem Auftraggeber die Prüfung der Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit des Angebotes möglich ist. Paragraph 2, Ziffer 4, E-Procurement-V verweist wiederum bei der Umschreibung der sicheren elektronischen Signatur auf die Anforderungen des Paragraph 2, Ziffer 3, SigG.

Die sowohl im BVergG als auch in der E-Procurement-V ins Treffen geführte Z 3 des § 2 SigG verlangt, dass eine sichere elektronische Signatur (a) ausschließlich dem Signator zugeordnet ist, (b) die Identifizierung des Signators ermöglicht,

(c) mit Mitteln erstellt wird, die der Signator unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann, (d) mit den Daten, auf die sie sich bezieht, so verknüpft ist, dass jede nachträgliche Veränderung der Daten festgestellt werden kann, sowie (e) auf einem qualifizierten Zertifikat beruht und unter Verwendung von technischen Komponenten und Verfahren, die den Sicherheitsanforderungen dieses Bundesgesetzes und der auf seiner Grundlage ergangenen Verordnung entsprechen, erstellt wird. Im Zuge des Vergabekontrollverfahrens ist nun hervorgekommen, dass einer sicheren elektronischen Signatur gemäß SigG bzw. Signaturverordnung (SigV), BGBl II Nr. 30/2000 idF BGBl II Nr. 527/2004, die Verwendung einer spezifischen Signaturerstellungsoftware zugrunde liegt. Besagter "Secure Viewer" verhindert zum einen, dass der Signator Informationen mit unterschreibt, die er gar nicht unterschreiben will (soweit Blaha, Das E-Government-Gesetz, die E-Procurement-Verordnung und das elektronische Vergabeverfahren, RPA 2004, 230). Zum anderen soll ausgeschlossen werden, dass im Laufe der Angebotsprüfung neue Informationen im unterfertigten Dokument zutage treten. Unwidersprochen wurde vom Auftraggeber ua. in der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2005 die Möglichkeit aufgezeigt, zunächst nicht sichtbare Inhalte in ein ohne "Secure Viewer" signiertes Dokument einfließen zu lassen. Diese können sodann etwa durch farbliche Änderung des Bildschirmhintergrunds sichtbar gemacht werden. Denkbar ist zudem, dass durch mehrmaligen Download bzw. mehrmaliges Ausdrucken vorerst verborgene Programmbotschaften hervorkommen. Aus der Sicht des Auftraggebers kann somit bei Unterbleiben der Verwendung eines "Secure Viewer" eine nach der Angebotsöffnung eintretende Angebotsänderung nicht ausgeschlossen werden. Die sowohl im BVergG als auch in der E-Procurement-V ins Treffen geführte Ziffer 3, des Paragraph 2, SigG verlangt, dass eine sichere elektronische Signatur (a) ausschließlich dem Signator zugeordnet ist, (b) die Identifizierung des Signators ermöglicht, (c) mit Mitteln erstellt wird, die der Signator unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann, (d) mit den Daten, auf die sie sich bezieht, so verknüpft ist, dass jede nachträgliche Veränderung der Daten festgestellt werden kann, sowie (e) auf einem qualifizierten Zertifikat beruht und unter Verwendung von technischen Komponenten und Verfahren, die den Sicherheitsanforderungen dieses Bundesgesetzes und der auf seiner Grundlage ergangenen Verordnung entsprechen, erstellt wird. Im Zuge des Vergabekontrollverfahrens ist nun hervorgekommen, dass einer sicheren elektronischen Signatur gemäß SigG bzw. Signaturverordnung (SigV), Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 30 aus 2000, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 527 aus 2004,, die Verwendung einer spezifischen Signaturerstellungsoftware zugrunde liegt. Besagter "Secure Viewer" verhindert zum einen, dass der Signator Informationen mit unterschreibt, die er gar nicht unterschreiben will (soweit Blaha, Das E-Government-Gesetz, die E-Procurement-Verordnung und das elektronische Vergabeverfahren, RPA 2004, 230). Zum anderen soll ausgeschlossen werden, dass im Laufe der Angebotsprüfung neue Informationen im unterfertigten Dokument zutage treten. Unwidersprochen wurde vom Auftraggeber ua. in der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2005 die Möglichkeit aufgezeigt, zunächst nicht sichtbare Inhalte in ein ohne "Secure Viewer" signiertes Dokument einfließen zu lassen. Diese können sodann etwa durch farbliche Änderung des Bildschirmhintergrunds sichtbar gemacht werden. Denkbar ist zudem, dass durch mehrmaligen Download bzw. mehrmaliges Ausdrucken vorerst verborgene Programmbotschaften hervorkommen. Aus der Sicht des Auftraggebers kann somit bei Unterbleiben der Verwendung eines "Secure Viewer" eine nach der Angebotsöffnung eintretende Angebotsänderung nicht ausgeschlossen werden.

Die Antragstellerin hat ihr Angebot - wie sie selber einräumt - mit einer einfachen elektronischen Signatur versehen. Sie weicht somit sowohl von den gesetzlichen als auch den Vorgaben der Ausschreibung ab. Besagte einfache Signatur beruht auf einem Zertifikat, das von einem Anbieter eines qualifizierten Zertifikats ausgegeben wird. Im Fall der Antragstellerin befinden sich beide Zertifikate auf derselben Chipkarte. Es kann somit eine zweifelsfreie Zuordnung der einfachen Signatur vorgenommen werden, sodass die Echtheit nicht in Zweifel zu ziehen ist. Bei der von der Antragstellerin verwendeten einfachen Signatur wurde zudem mit Hilfe von Hashfunktionen eine Prüfsumme erstellt (siehe hierzu etwa Brenn, Signaturgesetz [1999] 39f und Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH, 4 Jahre Signaturgesetz [2004] 15f). Dies verhindert eine generelle Änderung des signierten Angebots im Nachhinein, ein nachträgliches Hervorkommen von Angebotsinhalten kann dieser Vorgang jedoch nicht abwenden. Hiefür bedarf es - wie zuvor aufgezeigt - eines "Secure Viewer". Eine derartige Software gelangte bei der gegenständlichen einfachen elektronischen Signatur - wie von der Antragstellerin eingestanden und am signierten Dateiformat (pdf) zu ersehen - nicht zur Anwendung. Insofern kann die Möglichkeit einer Manipulation, die zwar im Vorfeld der Angebotslegung vorgenommen wird, aber erst nachträglich zu ersehen ist, nicht ausgeschlossen werden.

Zur Verlesung anlässlich einer Angebotsöffnung hat der VwGH ausgeführt, dass diese nicht nur der Transparenz des Vergabeverfahrens dient, sondern auch präventive Wirkung hinsichtlich der Manipulation der Angebote hat. "Werden Teile des Angebots in gesetzwidriger Weise nicht verlesen, so ist die [...] geforderte Relevanz der Rechtswidrigkeit für

den Ausgang des Vergabeverfahrens [...] nicht erst dann gegeben, wenn eine Manipulation [...] vorliegt. In einem solchen Fall wäre eine Nichtigerklärung ohnehin schon auf Grund dieser Manipulation - die jedenfalls den Vergabegrundsätzen gemäß § 21 BVergG widerspricht - möglich. Vielmehr ist die Relevanz bereits dann gegeben, wenn durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde" (VwGH 21. Dezember 2004, 2004/04/0100). Diese Erwägungen treffen auch für den gegenständlichen Fall zu. Durch die im BVergG und in der E-Procurement-V verankerten Forderung, Angebote mit einer sicheren elektronischen Signatur zu versehen, soll sowohl seitens der Bieter als auch des Auftraggebers jegliche Möglichkeit einer Manipulation nach Ablauf der Angebotsfrist ausgeschlossen werden. Dies kann - wie die vorhergehenden Ausführungen zeigen - letztlich nur bei sicherer elektronischer Signatur und der damit einhergehenden Verwendung eines qualifizierten Zertifikats und eines "Secure Viewer" sichergestellt werden. Losgelöst von im Einzelfall tatsächlich vorgenommen Manipulationen ist somit das Fehlen einer sicheren elektronischen Signatur stets als gemäß § 174 Abs 1 Z 2 BVergG für den Ausgang des Verfahrens relevant einzustufen, sodass entgegen der Sichtweise der Antragstellerin eine Mängelbehebung nicht in Betracht zu ziehen ist. Dies ist auch vor dem Hintergrund einer weiteren Aussage des VwGH zur Angebotsöffnung zu sehen, wonach diese "nicht wiederholbar ist und dabei gemachte Fehler nicht sanierungsfähig sind" (VwGH 24. September 2003, 2000/04/0106). Ebenso (und im Unterschied zu einem Angebot in Papierform) kann eine bereits einfach signierte Datei schwerlich ein zweites Mal qualifiziert signiert werden. Zur Verlesung anlässlich einer Angebotsöffnung hat der VwGH ausgeführt, dass diese nicht nur der Transparenz des Vergabeverfahrens dient, sondern auch präventive Wirkung hinsichtlich der Manipulation der Angebote hat. "Werden Teile des Angebots in gesetzwidriger Weise nicht verlesen, so ist die [...] geforderte Relevanz der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens [...] nicht erst dann gegeben, wenn eine Manipulation [...] vorliegt. In einem solchen Fall wäre eine Nichtigerklärung ohnehin schon auf Grund dieser Manipulation - die jedenfalls den Vergabegrundsätzen gemäß Paragraph 21, BVergG widerspricht - möglich. Vielmehr ist die Relevanz bereits dann gegeben, wenn durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde" (VwGH 21. Dezember 2004, 2004/04/0100). Diese Erwägungen treffen auch für den gegenständlichen Fall zu. Durch die im BVergG und in der E-Procurement-V verankerten Forderung, Angebote mit einer sicheren elektronischen Signatur zu versehen, soll sowohl seitens der Bieter als auch des Auftraggebers jegliche Möglichkeit einer Manipulation nach Ablauf der Angebotsfrist ausgeschlossen werden. Dies kann - wie die vorhergehenden Ausführungen zeigen - letztlich nur bei sicherer elektronischer Signatur und der damit einhergehenden Verwendung eines qualifizierten Zertifikats und eines "Secure Viewer" sichergestellt werden. Losgelöst von im Einzelfall tatsächlich vorgenommen Manipulationen ist somit das Fehlen einer sicheren elektronischen Signatur stets als gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG für den Ausgang des Verfahrens relevant einzustufen, sodass entgegen der Sichtweise der Antragstellerin eine Mängelbehebung nicht in Betracht zu ziehen ist. Dies ist auch vor dem Hintergrund einer weiteren Aussage des VwGH zur Angebotsöffnung zu sehen, wonach diese "nicht wiederholbar ist und dabei gemachte Fehler nicht sanierungsfähig sind" (VwGH 24. September 2003, 2000/04/0106). Ebenso (und im Unterschied zu einem Angebot in Papierform) kann eine bereits einfach signierte Datei schwerlich ein zweites Mal qualifiziert signiert werden.

Die Forderung nach sicherer elektronischer Signatur im Vergaberecht rechtfertigt sich durch dessen spezifische Bedeutung. Zu einem bestimmten Zeitpunkt haben für die Verfahrensteilnehmer ersichtlich und dokumentierbar die Angebotsergebnisse festzustehen. Nur so kann ein den Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber und der Gewährleistung eines fairen und lauter Wettbewerbs genügender Verfahrensablauf sichergestellt werden. Dies lässt sich auch anhand des bei Sektorenvergaben im Unterschwellenbereich geltenden § 22 Abs 6 BVergG ersehen. Mit der von der Antragstellerin verwendeten (durchaus komplexen) einfachen Signatur findet man im "normalen" Geschäftsverkehr zweifellos das Auslangen, im öffentlichen Auftragswesen ist dies jedoch als nicht ausreichend einzustufen. Das Angebot der Antragstellerin wurde demnach wegen fehlender sicherer elektronischer Signatur in rechtskonformer Weise gemäß - dem gegenständlich nur hilfsweise heranzuziehenden (siehe zB BVA vom 4. März 2004, 16N-8/04-14, und Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 176 mwN) - § 98 Z 8 BVergG vom Vergabeverfahren ausgeschieden. In Ansehung der Grundsätze des § 39 Abs 2 AVG waren die weiteren gegenüber der Antragstellerin ins Treffen geführten Ausscheidenstatbestände nicht zu hinterfragen. Desgleichen bedurfte es keiner gesonderten Behandlung der Anträge des Auftraggebers und der Teilnahmeantragstellerin auf Zurück- bzw. Abweisung des Hauptantrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Forderung nach sicherer elektronischer Signatur im Vergaberecht rechtfertigt sich durch dessen spezifische Bedeutung. Zu einem

bestimmten Zeitpunkt haben für die Verfahrensteilnehmer ersichtlich und dokumentierbar die Angebotsergebnisse festzustehen. Nur so kann ein den Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber und der Gewährleistung eines fairen und lauten Wettbewerbs genügender Verfahrensablauf sichergestellt werden. Dies lässt sich auch anhand des bei Sektorenvergaben im Unterschwellenbereich geltenden Paragraph 22, Absatz 6, BVergG ersehen. Mit der von der Antragstellerin verwendeten (durchaus komplexen) einfachen Signatur findet man im "normalen" Geschäftsverkehr zweifellos das Auslangen, im öffentlichen Auftragswesen ist dies jedoch als nicht ausreichend einzustufen. Das Angebot der Antragstellerin wurde demnach wegen fehlender sicherer elektronischer Signatur in rechtskonformer Weise gemäß - dem gegenständlich nur hilfsweise heranzuziehenden (siehe zB BVA vom 4. März 2004, 16N-8/04-14, und Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 176 mwN) - Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG vom Vergabeverfahren ausgeschieden. In Ansehung der Grundsätze des Paragraph 39, Absatz 2, AVG waren die weiteren gegenüber der Antragstellerin ins Treffen geführten Ausscheidenstatbestände nicht zu hinterfragen. Desgleichen bedurfte es keiner gesonderten Behandlung der Anträge des Auftraggebers und der Teilnahmeantragstellerin auf Zurück- bzw. Abweisung des Hauptantrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

D. Zu den Anträgen auf Kostenersatz (Spruchpkt. II und III)§ 74 Abs 1 AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Abs 2 leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß § 177 Abs 1 BVergG sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang X des BVergG bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, BGBl II Nr. 324/2002. Abs 5 leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat.D. Zu den Anträgen auf Kostenersatz (Spruchpkt. römisch zwei und römisch drei) Paragraph 74, Absatz eins, AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Absatz 2, leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVergG sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang römisch zehn des BVergG bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 324 aus 2002., Absatz 5, leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat.

In den Materialien zum BVergG wird ausgeführt, dass es sich beim in § 177 Abs 5 BVergG vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt und dieser bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisherigen Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 17. Mai 2005, 4N-17/05- 50; BVA vom 23. Mai 2005, 6N-41/05-7; BVA vom 3. Juni 2005, 17N-50/05-15; BVA vom 9. Juni 2005, 17N-54/05-15; BVA vom 13. Juni 2005, 17N-57/05-11; BVA vom 24. Juni 2005, 13N-48/05-18, sowie BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41). Das Bundesvergabeamt hat daher über den Antrag der Antragstellerin vom 27. September 2005, dem Auftraggeber den Ersatz der für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 2.500,- aufzutragen, sowie den Antrag der Teilnahmeantragstellerin vom 3. Oktober 2005 auf Ersatz der von ihr entrichteten Gebühr durch die Antragstellerin zu entscheiden. Da sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Hauptsache zuständigen Behörde richtet, hat im Unterschwellenbereich über die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 163 Abs 1 BVergG angefallenen Kosten der jeweilige einzelne Senatsvorsitzende zu befinden.In den Materialien zum BVergG wird ausgeführt, dass es sich beim in Paragraph 177, Absatz 5, BVergG vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt und dieser bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und

2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratrschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisherigen Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 17. Mai 2005, 4N-17/05- 50; BVA vom 23. Mai 2005, 6N-41/05-7; BVA vom 3. Juni 2005, 17N-50/05-15; BVA vom 9. Juni 2005, 17N-54/05-15; BVA vom 13. Juni 2005, 17N-57/05-11; BVA vom 24. Juni 2005, 13N-48/05-18, sowie BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41). Das Bundesvergabeamt hat daher über den Antrag der Antragstellerin vom 27. September 2005, dem Auftraggeber den Ersatz der für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 2.500,- aufzutragen, sowie den Antrag der Teilnahmeantragstellerin vom 3. Oktober 2005 auf Ersatz der von ihr entrichteten Gebühr durch die Antragstellerin zu entscheiden. Da sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Hauptsache zuständigen Behörde richtet, hat im Unterschwellenbereich über die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG angefallenen Kosten der jeweilige einzelne Senatsvorsitzende zu befinden.

Angesichts des zu Recht erfolgten Ausscheidens ihres Angebots vermochte die Antragstellerin nicht darzulegen, dass sie in einem der von ihr geltend gemachten Rechte verletzt wurde. Es kann daher im auf die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung abzielenden Verfahren nicht von einem teilweisen Obsiegen gemäß § 177 Abs 5 BVergG ausgegangen werden, sodass entsprechend Spruchpunkt II abweislich zu entscheiden war. Demgegenüber obsiegte die Teilnahmeantragstellerin durch die Abweisung des Antrags auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Rolle der Antragsgegnerin gemäß § 177 Abs 5 BVergG fällt dabei der (Haupt)Antragstellerin zu (siehe etwa BVA vom 15. Juli 2005, 17N-56/05-33; ebenfalls vom 15. Juli 2005, 17N-57/05-29, sowie BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41), sodass dieser im Spruchpunkt III der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 1.250,- aufzuerlegen war. Angesichts des zu Recht erfolgten Ausscheidens ihres Angebots vermochte die Antragstellerin nicht darzulegen, dass sie in einem der von ihr geltend gemachten Rechte verletzt wurde. Es kann daher im auf die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung abzielenden Verfahren nicht von einem teilweisen Obsiegen gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG ausgegangen werden, sodass entsprechend Spruchpunkt römisch zwei abweislich zu entscheiden war. Demgegenüber obsiegte die Teilnahmeantragstellerin durch die Abweisung des Antrags auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Rolle der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG fällt dabei der (Haupt)Antragstellerin zu (siehe etwa BVA vom 15. Juli 2005, 17N-56/05-33; ebenfalls vom 15. Juli 2005, 17N-57/05-29, sowie BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41), sodass dieser im Spruchpunkt römisch drei der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 1.250,- aufzuerlegen war.

Schlagworte

elektronische Signatur, sichere Signatur, Mängelbehebung, Ausscheiden eines Angebots;

Dokumentnummer

VERGT_20051025_16N_91_05_20_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