

TE Verg Bescheid 2005/7/1 16N-36/05-36

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.07.2005

Norm

RechtsmittelRL Art2 Abs1 litb

SektorenRechtsmittelRL Art2 Abs1 litb

B-VG Art14b Abs2 Z1 litg

B-VG Art14b Abs2 Z2

BVergG 2002 §7 Abs1

BVergG §18 Abs1

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitdd

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §74

BVergG 2002 §75 Abs2

BVergG 2002 §120 Abs1

BVergG 2002 §120 Abs2

BVergG 2002 §135 Abs2

BVergG 2002 §154 Abs1 Z2

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §166

BVergG 2002 §169 Abs1 Z3 litc

BvergG 2002 §174 Abs1

BVergG 2002 §174 Abs2

BVergG 2002 §177 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

Luftfahrtgesetz §68

Luftfahrtgesetz §71 Abs2

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

3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
1. BVergG Art. 2 § 18 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006
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. LFG § 68 heute
2. LFG § 68 gültig ab 01.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/2026
3. LFG § 68 gültig von 01.07.2008 bis 31.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2008
4. LFG § 68 gültig von 27.06.2008 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2008
5. LFG § 68 gültig von 01.01.2005 bis 26.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 173/2004
6. LFG § 68 gültig von 01.08.2002 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
7. LFG § 68 gültig von 01.08.1992 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 452/1992
1. LFG § 71 heute
2. LFG § 71 gültig ab 01.07.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2008
3. LFG § 71 gültig von 27.06.2008 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2008
4. LFG § 71 gültig von 01.01.1958 bis 26.06.2008

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 1. Juli 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Dr. Ernst Reitermaier als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 Z 2 BVergG 2002 (BVergG) BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005, betreffend das Vergabeverfahren "Aufzugs- und Förderanlagen für das Projekt VIE-Skylink (Terminalerweiterung Nord-Ost) am Flughafen Wien Schwechat (AT 014)" des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Flughafen Wien, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Mai 2005 bzw. 23. Mai 2005 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 1. Juli 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Dr. Ernst Reitermaier als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 (BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,, betreffend das Vergabeverfahren "Aufzugs- und Förderanlagen für das Projekt VIE-Skylink (Terminalerweiterung Nord-Ost) am Flughafen Wien Schwechat (AT 014)" des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Flughafen Wien, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Mai 2005 bzw. 23. Mai 2005 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag vom 2. Mai 2005 "das Bundesvergabeamt möge (..) Punkt 1.2 und 1.3 des Teiles D 2 der Ausschreibungsunterlagen als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist für nichtig erklären" wird teilweise stattgegeben.

Die Festlegungen betreffend den Fahrtreppen- bzw. den Fahrsteigantrieb, dass "eine Verwendung von Bandbremsen und Bremslüftmotoren (..) nicht zulässig" ist (Punkt 1.2 - Fahrtreppen [Seite 9 der Einlage D 2] bzw. Punkt 1.3 - Fahrsteige [Seite 14 der Einlage D 2]), werden als diskriminierend gestrichen.

Das darüber hinausgehende, auf die Nichtigklärung der weiteren Inhalte der Punkte 1.2 und 1.3 der Einlage D 2 abzielende Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 20 Z 13 lit a sublit. dd, 21 Abs 1, 75 Abs 2, 162 Abs 2 Z 2 sowie 174 Abs 1 und 2 BVergG
 Rechtsgrundlage: Paragraphen 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 21 Absatz eins, 75, Absatz 2, 162, Absatz 2, Ziffer 2, sowie 174 Absatz eins und 2 BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag vom 23. Mai 2005, "das Bundesvergabeamt möge (..) gemäß § 74 AVG aussprechen, dass die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 10.000,- (..) von der Antragsgegnerin gemäß § 177 Abs 5 BVergG zu ersetzen ist", wird - soweit sich dieser auf den Antrag auf Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen bezieht - stattgegeben. Dem Antrag vom 23. Mai 2005, "das Bundesvergabeamt möge (..) gemäß Paragraph 74, AVG aussprechen, dass die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 10.000,- (..) von der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG zu ersetzen ist", wird - soweit sich dieser auf den Antrag auf Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen bezieht - stattgegeben.

Die Flughafen Wien AG, Flughafen Wien, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, ist verpflichtet der A***, vertreten durch Y***, die für den Antrag auf Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,- binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 163 Abs 1, 177 Abs 1 und 5 BVergG sowie § 74 Abs 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBl I Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004
Rechtsgrundlage: Paragraphen 163, Absatz eins, 177, Absatz eins und 5 BVergG sowie Paragraph 74, Absatz 2, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

Begründung

Mit Schreiben vom 2. Mai 2005 (OZ 1) stellte die Antragstellerin das dem Spruchpunkt I zu entnehmende Begehren. Zugleich beantragte sie eventualiter, "die Aufforderung zur Angebotsabgabe der Antragsgegnerin für nichtig (zu) erklären, weil in der Aufforderung zur Angebotsabgabe, insbesondere in Punkt 1.2 und 1.3 des Teiles D 2 der Ausschreibungsunterlagen keine sachlich gerechtfertigten technischen Spezifikationen festgelegt werden und damit keine neutrale Leistungsbeschreibung vorgenommen wurde." Zur Begründung führte sie im Wesentlichen wie folgt aus: Mit Schreiben vom 2. Mai 2005 (OZ 1) stellte die Antragstellerin das dem Spruchpunkt römisch eins zu entnehmende Begehren. Zugleich beantragte sie eventualiter, "die Aufforderung zur Angebotsabgabe der Antragsgegnerin für nichtig (zu) erklären, weil in der Aufforderung zur Angebotsabgabe, insbesondere in Punkt 1.2 und 1.3 des Teiles D 2 der Ausschreibungsunterlagen keine sachlich gerechtfertigten technischen Spezifikationen festgelegt werden und damit keine neutrale Leistungsbeschreibung vorgenommen wurde." Zur Begründung führte sie im Wesentlichen wie folgt aus:

Die Flughafen Wien AG beabsichtige in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung Aufzugs- und Förderanlagen zu beschaffen. Man habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt und sei in weiterer Folge zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Im Zuge dieser Einladung seien die Ausschreibungsunterlagen übermittelt worden. Bei deren Durchsicht habe man feststellen müssen, dass den Punkten

1.2 und 1.3 des Teiles D 2 keine neutrale Leistungsbeschreibung zu Grunde liege. Man könne sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es sich um eine unzulässige produktspezifische Leistungsbeschreibung handle. Dies ergebe sich aus exemplarisch angeführten Leistungsmerkmalen. Einem Ersuchen um Berichtigung der Ausschreibung in einem Schreiben vom 28. April 2005 habe der Auftraggeber bis dato keine Folge geleistet.

Im Einzelnen werde gefordert, dass das Fahrtreppengerüst aus Rechteckhohlprofilen anzufertigen sei. Ohne sachliche Rechtfertigung werde daher die Ausführung mit L-Profilen ausgeschlossen. Weiters werde ausdrücklich vorgegeben, dass eine Verwendung von Bandbremsen und Bremslüftmotoren nicht zulässig sei. Hinsichtlich der zusätzlichen Sicherheitseinrichtungen werde vorgegeben, dass alle Endschalter der Sicherheitseinrichtungen ohne Ausbau von Stufen oder Balustradenteilen zugänglich sein müssen. Ein sachlicher Grund für eine derartige Forderung sei nicht gegeben und auch nicht nachvollziehbar. Betreffend die Palettenketten bediene sich der Auftraggeber einer sprachlich unklaren Formulierung. Jedenfalls sei nicht ersichtlich, warum die Laufbandage aus Polyurethan mindestens 25mm breit zu sein habe. Nicht die Stärke des Materials sondern dessen Qualität habe entscheidenden Einfluss auf die Lebensdauer der Palettenkettenrollen. Zuletzt werde festgelegt, dass die Verwendung von durchgehenden Stufenkettenachsen nicht gestatten sei. Die in den Ausschreibungsunterlagen angeführte Vermeidung der Unfallgefahr sei nicht belegt und aus Sicht der Antragstellerin auch nicht gegeben. Im Gegenteil würden durchgehende Stufenkettenachsen den Vorteil bieten, dass die Biegemomente nicht auf die Stufen übertragen werden.

Zusammenfassend zeige sich, dass die exemplarisch angeführten technischen Spezifikationen ohne sachliche Rechtfertigung festgelegt worden seien. Bereits aus diesem Grund verstoße die in der Ausschreibung enthaltene Leistungsbeschreibung dem BVergG. Aber selbst für den Fall, dass das Bundesvergabeamt zu dem Ergebnis gelange, dass die einzelnen Leistungsmerkmale zumindest teilweise verständlich seien, so würden doch auf Grund ihrer Kombination die Grenzen eines freien und lauterer Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber überschritten. Daran ändere auch nichts die Möglichkeit eine technische Alternative anzubieten und die Gleichwertigkeit nachzuweisen. Auf Grund der rechtswidrigen und diskriminierenden Leistungsbeschreibung sei es der Antragstellerin nicht möglich, ein ausschreibungskonformes Hauptangebot zu legen. Überdies sei zu befürchten, dass ein formal zulässiges Alternativangebot mit Produkten der Antragstellerin ausgeschlossen werden würde. Abschließend sei anzumerken, dass durch die Einladung zur Teilnahme an der zweiten Verfahrensstufe ein hinreichend begründetes Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss dokumentiert werde. Durch die rechtswidrige Ausschreibung und den dadurch bedingten Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung drohe ein entgangener Gewinn in der Höhe von geschätzt Euro 370.000,-. Bereits angefallen seien Projektkosten und Rechtsberatungskosten in der Höhe von Euro 8.000,-.

In einer weiteren Stellungnahme vom 23. Mai 2005 (OZ 12) hielt die Antragstellerin ergänzend fest, dass es ihr auf Grund des Fehlens von betreffenden Ausschreibungsangaben überdies nicht möglich sei, die Gleichwertigkeit ihrer Produkte nachzuweisen. Hierin sei eine weitere Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zu erblicken. Hinsichtlich der Ausführung des Fahrtreppengerüsts sei nochmals festzuhalten, dass ein Unterschied zwischen einer Ausführung mit L-Fachwerksprofilen und den in der Ausschreibung geforderten Rechteckhohlprofilen lediglich in der gewählten Konstruktionsform bestehe. Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers würde mit einer Verwendung von Rechteckhohlprofilen keine signifikante Verringerung des Eigengewichts einhergehen. Überdies sei eine derartige Festlegung für die Sicherstellung eines betreffenden Eigengewichts der Konstruktion nicht erforderlich. Dies könne vielmehr durch die Vorgabe eines nicht diskriminierenden Richtwerts für die Eigengewichte der Fahrtreppen und -steige zum Ausdruck gebracht werden.

Weiters seien die Ausführungen des Auftraggebers, dass Bandbremsen nicht auf dem letzten Stand der Technik basierten, unrichtig. Man habe seit dem Jahr 2000 bei stark frequentierten Flughäfen allein in Europa über 400 Fahrtreppen mit Bandbremsen eingebaut. Es seien der Antragstellerin auch keine Fällen bekannt, in denen auf Grund einer behördlichen Verfügung ein Rückbau auf Scheibenbremsen vorgenommen hätte werden müssen. Es verwundere, dass der Auftraggeber offensichtlich Keilbremssysteme, nicht jedoch Bandbremssysteme als gleichwertig mit Backen- und Scheibenbremsen einstufte. Bandbremsen würden über zahlreiche Vorteile verfügen. So werde durch einen Hubmagneten das Bremsmoment automatisch der Fahrtrichtung angepasst. Dadurch entstehe eine der jeweiligen Fahrtrichtung entsprechende, optimale Bremswirkung. Durch Vermeidung einer abrupten Verzögerung bei Aufwärtsfahrten könne die Unfallgefahr minimiert werden. Überdies könne durch die volle Ausnützung des halben Umfangs der Brems Scheibe die Fläche des Bremsbelags wesentlich größer gehalten werden, als dies bei Scheibenbremsen der Fall sei. Dadurch ergebe sich eine Überlegenheit der Bandbremsen hinsichtlich der Lebensdauer und des Wartungsaufwands.

Der bei den zusätzlichen Sicherheitseinrichtungen ins Treffen geführte Wunsch nach Minimierung der Wartungstätigkeit stelle sich angesichts der Forderung eines innenliegenden Motors als nicht schlüssig dar. Hinsichtlich der Palettenketten sei nicht nachzuvollziehen, warum sich der Ausschreibung keine korrespondierenden Anforderungen zu den Fahrtreppen entnehmen lassen, obwohl etwa sieben mal mehr Fahrtreppen als Fahrsteige beschafft werden sollen. Ebenso gebe es keine Beispiele dafür, dass bei einer durchgehenden Stufenkettenachse die Wartung mit einem höheren Verletzungsrisiko für das Personal verbunden sei. Den diesbezüglichen Vorgaben in der Ausschreibung mangle es daher an sachlicher Rechtfertigung. Bei einem Vergleich der am Markt tätigen Mitbewerber könne zudem ersehen werden, dass die Kombination der angeführten Ausschreibungsbestimmungen einem Konkurrenten einen erheblichen Wettbewerbsvorteil verschaffe. Abschließend stellte die Antragstellerin in Ansehung der Ausführungen des VWGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091, das dem Spruchpunkt II zu entnehmende Begehren Der bei den zusätzlichen Sicherheitseinrichtungen ins Treffen geführte Wunsch nach Minimierung der Wartungstätigkeit stelle sich angesichts der Forderung eines innenliegenden Motors als nicht schlüssig dar. Hinsichtlich der Palettenketten sei nicht nachzuvollziehen, warum sich der Ausschreibung keine korrespondierenden Anforderungen zu den Fahrtreppen entnehmen lassen, obwohl etwa sieben mal mehr Fahrtreppen als Fahrsteige beschafft werden

sollen. Ebenso gebe es keine Beispiele dafür, dass bei einer durchgehenden Stufenkettenachse die Wartung mit einem höheren Verletzungsrisiko für das Personal verbunden sei. Den diesbezüglichen Vorgaben in der Ausschreibung mangle es daher an sachlicher Rechtfertigung. Bei einem Vergleich der am Markt tätigen Mitbewerber könne zudem ersehen werden, dass die Kombination der angeführten Ausschreibungsbestimmungen einem Konkurrenten einen erheblichen Wettbewerbsvorteil verschaffe. Abschließend stellte die Antragstellerin in Ansehung der Ausführungen des VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091, das dem Spruchpunkt römisch zwei zu entnehmende Begehren.

In Folge der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung am 31. Mai 2005 (OZ 13) richtete die Antragstellerin Fragen zur Auslegung der strittigen Ausschreibungsbedingungen an den Auftraggeber. Mit Schreiben vom 7. Juni 2005 (OZ 17) wurden die Antworten des Auftraggebers gegenüber dem Bundesvergabeamt kommentiert. Demnach seien einzelne Aspekte erstmals klargestellt worden. Bandbremsen würden jedoch unverändert im Rahmen eines Hauptangebotes ausgeschlossen. Fahrtreppen und -steige mit Scheiben- oder Backenbremsen könnten offensichtlich ohne weiteren Nachweis der Gleichwertigkeit als Hauptangebot angeboten werden. Für Keilbremsen sei der Nachweis der Erfüllung der Anforderungen gemäß ÖNorm EN 115 zu erbringen. Für den Ausschluss der Bandbremsen existiere unverändert keine sachliche Rechtfertigung. Es sei nicht nachzuvollziehen, warum die Antragstellerin zur Angebotsabgabe in der zweiten Stufe eingeladen worden sei, zumal dem Auftraggeber bekannt sei, dass deren Produkte ausschließlich auf Bandbremsen beruhten. Angesichts der Ausführungen des Auftraggebers in seinem Aufklärungsschreiben müssten die Anträge derzeit noch vollinhaltlich aufrechterhalten werden, da unverändert keine neutrale, eindeutige und nicht diskriminierende Leistungsbeschreibung vorliege.

In einem Schreiben vom 13. Juni 2005 (OZ 21) nahm die Antragstellerin ein weiteres Mal explizit zu den Bremssystemen Stellung. Demnach sei man verwundert, dass der Auftraggeber zwischenzeitlich sogar die Konformität der Produkte der Antragstellerin mit der ÖNorm EN 115 in Zweifel ziehe. Hierfür gebe es keinerlei Grundlage. Des Weiteren sei den Anmerkungen des Auftraggebers entgegenzuhalten, dass bei allen Bremssystemen Kräfte und Momente auftreten könnten. Dies sei kein Spezifikum von Bandbremsen. Die konstruktionsbedingte drehrichtungsabhängige Bremswirkung von Bandbremsen sei im Vergleich zu den anderen Bremssystemen keineswegs als Nachteil zu qualifizieren. Bremsgestänge könnten bei sämtlichen Produkten durch mechanische Einwirkungen deformiert werden. Überdies seien - im Gegensatz zur Darstellung des Auftraggebers - die Bremssysteme der Antragstellerin exakt einstellbar. Ein Reißen der Antriebskette führe bei jeder Bremse zum absoluten Wirkungsverlust. Es bestünden somit diesbezüglich keinerlei Unterschiede zwischen Scheiben-, Backen- oder Bandbremsen. Ein Reißen eines Bremsbandes sei bei Bandbremsen ebenso unbekannt wie eine verstärkte Verschmutzung oder Verölung. Eine gewisse Verschmutzungsgefahr bestünde bei sämtlichen Bremstypen. Zuletzt könne der Argumentation bezüglich eines erhöhten Wartungsaufwands bei Bandbremssystemen aus technischer Sicht nicht gefolgt werden. Die Argumentation des Auftraggebers könne somit die Gleichwertigkeit der Bandbremse im Vergleich zu den übrigen Bremssystemen nicht in Zweifel ziehen.

In einer Stellungnahme vom 4. Mai 2005 (OZ 4) gab der Auftraggeber zunächst bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens sich auf insgesamt Euro 12.870.000,- (exkl. USt.) belaufe. Das Vorhaben unterteile sich in ein Los 1 "Aufzugsanlagen" mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 2.931.000,- und in ein Los 2 "Förderanlagen" mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 9.939.000,-. Bislang sei das Vergabeverfahren nicht beendet worden. In einem weiteren Schreiben vom 12. Mai 2005 (OZ 7) hält der Auftraggeber fest, dass der gegenständliche Nachprüfungsantrag als überschießend einzustufen sei. Selbst wenn eine Rechtswidrigkeit einzelner Spezifikationen hervortreten sollte, sei angesichts des Vorbringens der Antragstellerin eine Nichtigerklärung der gesamten Punkte 1.2 und 1.3 der Einlage D 2 nicht zu rechtfertigen. Im Übrigen werde der Ausschreibung die ÖNorm EN 115 - Sicherheitsregeln für die Konstruktion und den Einbau von Fahrtreppen und Fahrsteigen zu Grunde gelegt. Die angebotenen Produkte hätten der besagten Norm zu entsprechen und seien für eine Lebensdauer von zumindest 25 Jahren zu dimensionieren. Die ausgeschriebenen Fahrtreppen und -steige sollten in allen wesentlichen Hauptverkehrswegen der Passagierabfertigung am Flughafen Wien eingesetzt werden. Der Ausfall einer Fahrtreppe in diesem sensiblen Bereich würde zur Sperrung des betroffenen Gates führen. Daher habe der Auftraggeber höchste Ansprüche an die Lebensdauer, Verfügbarkeit und Betriebssicherheit der Rolltreppen anzustellen. Dies wirke sich auch auf die gegenständlichen technischen Spezifikationen aus.

Für jede der in Zweifel gezogenen Ausschreibungsvorgaben existiere eine sachliche Rechtfertigung. Hinsichtlich der Ausführung des Fahrtreppengerüsts gelte es, eine besondere Verwindungssteifigkeit bei gleichzeitiger Minimierung

des Eigengewichtes zu gewährleisten. Bei Verwendung von Rechteckhohlprofilen seien die von der Förderanlage in das Gebäude eingeleiteten Auflagerkräfte geringer als bei einer Ausführung mit L-Profilen. Letztere würde ein wesentlich höheres Eigengewicht bedingen. Durch dieses zusätzliche Eigengewicht würden die Geschossdecken, auf denen die Fahrtreppen aufliegen, stärker belastet. Zum Fahrtreppenantrieb sei zu vermerken, dass in Folge behördlicher Anordnung Notstopppauslöser an den Rolltreppen des Flughafens für die Passagiere leicht sichtbar und erreichbar sein müssten. Dadurch sowie bedingt durch die allgemein starke Frequenz von Verkehrstreppen im Passagierbereich des Flughafens Wien komme es häufiger zu Notbremsungen in Folge Fehlbedienungen durch Passagiere als bei herkömmlicher Anordnung der Notstopppauslöser im Sockelbereich. Auf Grund dieser vergleichsweise hohen Beanspruchung seien besondere Anforderungen an das Bremssystem der Rolltreppen zu stellen. Diesen Anforderungen würden Scheiben- oder Backenbremsen aber weitaus besser gerecht als Bandbremsen. Letztere würden zwar ein einheitliches, allerdings nicht mehr auf den letzten Stand der Technik basierendes System darstellen. Sie würden über ein nicht konstantes Reibwertverhalten und keine Redundanz bei gerissenem Bremsband verfügen. Bandbremsen seien außerdem leicht verstellbar und neigten auf Grund ihrer offenen Bauweise zur Verschmutzung und damit zur Einschränkung ihrer Wirksamkeit. Beides führe wiederum zu einem erhöhten Wartungsaufwand und damit zu erhöhten Kosten. Überdies sei dem Auftraggeber bekannt, dass bei ca. 25 Verkehrstreppen im Bereich der Metro Rom ein aufwändiger und kostenintensiver Austausch der Bandbremsen auf Scheibenbremsen behördlich angeordnet worden sei.

Zu den zusätzlichen Sicherheitseinrichtungen sei festzuhalten, dass durch eine Zentralisierung der Sicherheitsschalter in den Wartungsgruben eine leichte und schnelle Einstellung und Kontrolle der Rolltreppen gewährleistet werde. Die Notwendigkeit eines Ausbaus von Komponenten zur Durchführung von Wartungs-, Einstellungs- oder Kontrollarbeiten werde weitestgehend vermieden. Kurze Wartungszeiten und eine rasche Durchführung würden wiederum eine hohe Verfügbarkeit der Rolltreppen sicherstellen. Bei den Palettenketten werde lediglich eine Wunschkonstruktion genannt, um eine möglichst lange Lebensdauer und leichte Erneuerbarkeit sicher zu stellen. Des Weiteren verbiete die Ausschreibung nicht generell die Verwendung von durchgehenden Stufenkettenachsen, sondern rege lediglich deren Vermeidung an. Bei richtiger Auslegung der Stufenkörper entsprechend der Ausschreibung (Steifheit gegen Durchbiegung) könne auf die Bauart mit durchgehenden Stufenkettenachsen ohnedies verzichtet werden.

Die Behauptung der Antragstellerin, die Leistungsbeschreibung könne nur von einem Bieter erfüllt werden, sei zurückzuweisen. Ein echter Wettbewerb sei jedenfalls dann gewährleistet, wenn zumindest zwei Bieter Leistungen entsprechend der vom Auftraggeber getroffenen Leistungsbeschreibung erbringen könnten. Dies sei hier entgegen der Darstellung der Antragstellerin jedenfalls der Fall. Allein in Österreich würden drei Unternehmen existieren, welche Profile und Bremssysteme entsprechend den Spezifikationen in der Ausschreibung anbieten könnten. Darüber hinaus sei der Umstand zu berücksichtigen, dass es sich im gegenständlichen Fall um eine EU-weite Ausschreibung handle. Zuletzt sei darauf zu verweisen, dass der Antragstellerin ohnedies die Möglichkeit offen stehe, eine Leistung anzubieten, deren technische Spezifikationen den in der Ausschreibung enthaltenen gleichwertig seien. Wie die Antragstellerin offensichtlich übersehen habe, habe der Auftraggeber auf die Zulässigkeit gleichwertiger technischer Spezifikationen ausdrücklich in der Einlage E 1 (Leistungsverzeichnis Fördertechnik) hingewiesen. Diese Bestimmung gehe den Vorgaben des Teiles D der Ausschreibung vor. Es werde daher beantragt, das vorliegende Begehren der Antragstellerin zur Gänze abzuweisen.

Mit Schreiben vom 6. Juni 2005 (OZ 16), eingelangt beim Bundesvergabeamt am 7. Juni 2005, hielt der Auftraggeber nochmals fest, dass der Ausschluss von Bandbremsen in Einlage D 2 sachlich gerechtfertigt sei. Zusammengefasst würden bei Bandbremsen im Gegensatz zu anderen Bremssystemen während des Bremsvorganges hohe Radialkräfte auftreten. Dies würde auf Grund der Belastungen der Wellenlager die Lebensdauer verkürzen. Bandbremsen hätten zudem konstruktionsbedingt eine drehrichtungsabhängige Bremswirkung. In bestimmten Situationen könne dies durch Selbsthemmung bis zur Sperrwirkung führen. Das bei Bandbremsen freiliegende Bremsengestänge könne im Wartungsfall beim Einstieg in den Rolltreppenschacht vergleichsweise leicht verbogen werden. Weiters seien Bandbremsen nur sehr schwer exakt justierbar, da sie das Bremsverhalten je nach Drehrichtung ändern würden. Der Abstand zwischen Bremsband und Brems Scheibe sei im gelösten Zustand bei Bandbremsen ungleichmäßig und unterliege keiner Führung. Im Falle eines Kettenbruchs der Transmissionskette wäre überhaupt keine Bremswirkung mehr gegeben. Werde zudem die Bandbremse auf der Hauptwelle situiert, müsse sie auf das Lastmoment und das Bremsmoment eingestellt werden, was zu unzulässig kurzen Bremsverzögerungen führen würde. Bei Riss eines

Bandbremsbandes oder Brechen einer Feder der Bandbremse existiere keine unmittelbare Redundanz. Im Gegensatz dazu hätten Scheiben- oder Backenbremsen eine Zweikreisausführung und würden dadurch über eine 100%ige Redundanz verfügen. Verschmutzung und Verölung führten bei Bandbremsen wegen deren offener Bauweise und wegen der relativ geringen Flächenpressung und auf Grund des dadurch reduzierten Selbstreinigungseffektes zu nicht konstantem Reibwertverhalten bzw. zu einer Reibwertverminderung. Insgesamt würden die Reinigungs- und Justierungsarbeiten bei Bandbremsen einen wesentlich höheren Wartungsaufwand gegenüber anderen Bremssystemen erfordern. Dies bewirke einerseits höhere Kosten und andererseits eine verminderte Verfügbarkeit der betreffenden Rolltreppen.

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen der Antragstellerin und des Auftraggebers, der Ausschreibungsunterlagen sowie der Ausführungen der Parteien und des nicht amtlichen Sachverständigen in den mündlichen Verhandlungen am 31. Mai 2005 und 28. Juni 2005 steht folgender, für die Entscheidung maßgeblicher Sachverhalt fest:

Im Rahmen der Terminalerweiterung Nord-Ost (Projekt VIE-Skylink) leitete die Flughafen Wien AG zur Errichtung von Aufzugs- und Förderanlagen ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung ein (siehe Auftragsbekanntmachung vom 21. Dezember 2004 im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften, OZ 2). An der Flughafen Wien AG hält die öffentliche Hand eine Beteiligung von 40%, davon entfallen jeweils 20% auf das Land Niederösterreich und das Land Wien. Weitere 10% des Aktienkapitals wurden einer Mitarbeiterstiftung übertragen. Die verbleibenden 50% der Aktien werden an der Wiener Börse gehandelt und befinden sich im Streubesitz (siehe entsprechende Unternehmensdarstellung im Geschäftsbericht für das Jahr 2004 unter www.flughafenwien.at).

Das gegenständliche Vorhaben gliedert sich in ein Los 1, dem die Lieferung und Montage von Aufzügen zu Grunde liegt und dessen geschätzter Auftragswert sich auf Euro 2.931.000,-

(exkl. USt.) beläuft, und in ein Los 2, das auf die Lieferung und Montage von Fahrtreppen und Fahrsteigen abzielt und dessen geschätzter Auftragswert Euro 9.939.000,- (exkl. USt.) beträgt (vgl. Ausführungen im Antrag vom 2. Mai 2005, OZ 1, sowie Stellungnahme des Auftraggebers vom 4. Mai 2005, OZ 4). Nach Durchführung der Bewerberauswahl wurde - neben drei weiteren Unternehmern - die Antragstellerin mit Schreiben vom 14. April 2005, eingelangt bei der Antragstellerin am 18. April 2005, zur Abgabe eines Angebotes eingeladen. Zugleich wurden die Ausschreibungsunterlagen übermittelt (soweit Schreiben des Auftraggebers vom 14. April 2005 und Bestätigung der Übermittlung mittels EMS vom 18. April 2005, Beilage zu OZ 6).(exkl. USt.) beläuft, und in ein Los 2, das auf die Lieferung und Montage von Fahrtreppen und Fahrsteigen abzielt und dessen geschätzter Auftragswert Euro 9.939.000,- (exkl. USt.) beträgt vergleiche Ausführungen im Antrag vom 2. Mai 2005, OZ 1, sowie Stellungnahme des Auftraggebers vom 4. Mai 2005, OZ 4). Nach Durchführung der Bewerberauswahl wurde - neben drei weiteren Unternehmern - die Antragstellerin mit Schreiben vom 14. April 2005, eingelangt bei der Antragstellerin am 18. April 2005, zur Abgabe eines Angebotes eingeladen. Zugleich wurden die Ausschreibungsunterlagen übermittelt (soweit Schreiben des Auftraggebers vom 14. April 2005 und Bestätigung der Übermittlung mittels EMS vom 18. April 2005, Beilage zu OZ 6).

Das Ende der Angebotsfrist war für den 2. Juni 2005, 14.00 Uhr, vorgesehen. Die Zuschlagsfrist beträgt entsprechend den Vorgaben des Auftraggebers 5 Monate ab Ende der Angebotsfrist und läuft somit mit 2. November 2005 ab (siehe Teil A - Angebotsschreiben der Ausschreibung, Beilage zu OZ 6). Alternativangebote sind nur unter der Voraussetzung der Abgabe eines wirksamen Hauptangebotes zulässig. Neben den allgemeinen Anforderungen des Teiles B haben allfällige Alternativen ua. die vorgegebenen Schachtgrößen und Deckenöffnungen einzuhalten, die vorgegebenen Mindestgeschwindigkeiten nicht zu unterschreiten sowie eine Minderung der angegebenen Oberflächenqualitäten von Verkleidungen, Bodenbelägen, Handläufen usw. hintan zu halten (siehe Punkt 3.4 des Teiles B - Vergabebestimmungen samt Anlage B-01 der Ausschreibung, Beilage zu OZ 6). Den Bieter steht es frei, ein Gesamt- oder ein Teilangebot hinsichtlich eines der beiden Lose zu erstellen. Der Auftraggeber behält sich ausdrücklich eine Teilvergabe vor (soweit Punkt 3.5 des Teiles B - Vergabebestimmungen samt Anlage B-01 der Ausschreibung, Beilage zu OZ 6 bzw. OZ 13). Als Zuschlagskriterien werden die mit 2% gewichtete Verlängerung der Gewährleistungsfrist sowie der mit 98% gewichtete Preis vorgegeben. Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Verlängerung Gewährleistungsfrist" findet sich in der Ausschreibung eine tabellarische Aufstellung der zu erlangenden Punkte. Das Kriterium "Preis" gliedert sich in die Komponente "Angebotssumme gemäß Teil A" sowie in die Komponente "Stromkosten über die Lebensdauer". Zur Stromkostenermittlung haben die Bieter Angaben betreffend die Antriebsleistung zu tätigen (siehe Punkt 4.2 des Teiles B - Vergabebestimmungen samt Anlage B-01 idF 12. Mai 2005, Beilage zu OZ 13). Das Ende der Angebotsfrist war für

den 2. Juni 2005, 14.00 Uhr, vorgesehen. Die Zuschlagsfrist beträgt entsprechend den Vorgaben des Auftraggebers 5 Monate ab Ende der Angebotsfrist und läuft somit mit 2. November 2005 ab (siehe Teil A - Angebotsschreiben der Ausschreibung, Beilage zu OZ 6). Alternativangebote sind nur unter der Voraussetzung der Abgabe eines wirksamen Hauptangebotes zulässig. Neben den allgemeinen Anforderungen des Teiles B haben allfällige Alternativen ua. die vorgegebenen Schachtgrößen und Deckenöffnungen einzuhalten, die vorgegebenen Mindestgeschwindigkeiten nicht zu unterschreiten sowie eine Minderung der angegebenen Oberflächenqualitäten von Verkleidungen, Bodenbelägen, Handläufen usw. hinten zu halten (siehe Punkt 3.4 des Teiles B - Vergabebestimmungen samt Anlage B-01 der Ausschreibung, Beilage zu OZ 6). Den Bietern steht es frei, ein Gesamt- oder ein Teilangebot hinsichtlich eines der beiden Lose zu erstellen. Der Auftraggeber behält sich ausdrücklich eine Teilvergabe vor (soweit Punkt 3.5 des Teiles B - Vergabebestimmungen samt Anlage B-01 der Ausschreibung, Beilage zu OZ 6 bzw. OZ 13). Als Zuschlagskriterien werden die mit 2% gewichtete Verlängerung der Gewährleistungsfrist sowie der mit 98% gewichtete Preis vorgegeben. Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Verlängerung Gewährleistungsfrist" findet sich in der Ausschreibung eine tabellarische Aufstellung der zu erlangenden Punkte. Das Kriterium "Preis" gliedert sich in die Komponente "Angebotssumme gemäß Teil A" sowie in die Komponente "Stromkosten über die Lebensdauer". Zur Stromkostenermittlung haben die Bieter Angaben betreffend die Antriebsleistung zu tätigen (siehe Punkt 4.2 des Teiles B - Vergabebestimmungen samt Anlage B-01 in der Fassung 12. Mai 2005, Beilage zu OZ 13).

In der technischen Baubeschreibung der Ausschreibung finden sich ua. folgende Festlegungen:

- -Strichaufzählung
Das Fahrtreppen- und Fahrsteiggerüst ist aus Rechteckhohlprofilen anzufertigen und mit einem Zink-Phosphat Anstrich gegen Rost zu versehen.
- -Strichaufzählung
Die Fahrttreppe bzw. der Fahrsteig ist mit einer Betriebsbremse auszustatten. Sie ist als großdimensionierte Scheiben- oder Backenbremse auszuführen. Eine Verwendung von Bandbremsen und Bremslüftmotoren ist nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Sowohl bei Fahrtreppen als auch Fahrsteigen müssen alle Endschalter der Sicherheitseinrichtungen (mit Ausnahme der Stufenabsenksicherung) ohne Ausbau von Stufen oder Balustradenteilen zugänglich sein.
- -Strichaufzählung
Bei Fahrtreppen sind durchgehende Stufenkettenachsen (- stangen) wegen der Unfallgefahr zu vermeiden.
- -Strichaufzählung
Bei Fahrsteigen sollen die Palettenkettenrollen vorzugsweise außerhalb der Kettenlaschen auf einer eigenen Schienenbahn laufend angeordnet werden um einen Durchmesser von 100 mm ausführen zu können und dadurch eine hohe Lebensdauer zu gewährleisten. Sie müssen eine weiche Laufbandage aus Polyurethan aufweisen (mind. 25 mm breit).

(Soweit Punkt 1.2 und Punkt 1.3 der Einlage B 2 - technische Baubeschreibung der Ausschreibung, Beilage zu OZ 6).

Mit Telefax vom 28. April 2005 wandte sich die Antragstellerin an eine Notariatskanzlei, die in den Ausschreibungsunterlagen für allfällige Auskunftserteilungen benannt wurde, sowie an eine als ausschreibende Stelle bezeichnete Planer- und Beratergemeinschaft. Dabei hielt sie fest, dass nach ihrem Dafürhalten der Ausschreibung keine neutrale Leistungsbeschreibung zu Grunde liege, und ersuchte um eine rasche Antwort und Berichtigung der betreffenden Ausschreibungsbedingungen (siehe Schreiben vom 18. April 2005, OZ 2 bzw. OZ 6). Mit Schreiben vom 2. Mai 2005 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen, auf die Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen gerichteten Antrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zuvor verständigte die rechtsfreundliche Vertretung der Antragstellerin mittels Telefax den Auftraggeber, dass die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beabsichtigt werde. Überdies wurden insgesamt Euro 10.000,- an Pauschalgebühren zur Einzahlung gebracht (siehe betreffende Nachweise, OZ 2).

In Folge der mündlichen Verhandlung am 31. Mai 2005 verfasste die Antragstellerin ein weiteres Schreiben an den Auftraggeber, in dem Aufklärung betreffend die Ausführung des Fahrtreppen- und Fahrsteiggerüsts, des Fahrtreppen und Fahrsteigantriebes, der zusätzlichen Sicherheitseinrichtungen sowie der Paletten- und Stufenketten begehrt wird. Überdies wird angefragt, welche messbaren Kriterien hinsichtlich eines Nachweises der Gleichwertigkeit vom Auftraggeber herangezogen werden (vgl. Ausführungen der Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 31. Mai

2005, OZ 13, und Schreiben vom 1. Juni 2005, Beilage zu OZ 15). Im an sämtliche Bieter ergangenen Antwortschreiben vom 3. Juni 2005 führte der Auftraggeber im Einzelnen wie folgt aus: In Folge der mündlichen Verhandlung am 31. Mai 2005 verfasste die Antragstellerin ein weiteres Schreiben an den Auftraggeber, in dem Aufklärung betreffend die Ausführung des Fahrtreppen- und Fahrsteiggerüsts, des Fahrtreppen und Fahrsteigantriebes, der zusätzlichen Sicherheitseinrichtungen sowie der Paletten- und Stufenketten begehrt wird. Überdies wird angefragt, welche messbaren Kriterien hinsichtlich eines Nachweises der Gleichwertigkeit vom Auftraggeber herangezogen werden vergleiche Ausführungen der Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 31. Mai 2005, OZ 13, und Schreiben vom 1. Juni 2005, Beilage zu OZ 15). Im an sämtliche Bieter ergangenen Antwortschreiben vom 3. Juni 2005 führte der Auftraggeber im Einzelnen wie folgt aus:

- -Strichaufzählung
Für die Herstellung der Fahrtreppen- und Fahrsteiggerüste sind als Hauptangebote alle Profilarten zulässig, sofern die Anforderungen des Punktes 5.3 der ÖNorm EN 115 erfüllt sind und die in beiliegenden Stellungnahmen von Ingenieurbüros angegebenen Auflagerlasten nicht überschritten werden.
- -Strichaufzählung
Hinsichtlich des Fahrtreppen- und Fahrsteigantriebes sind grundsätzlich alle Bremssysteme, welche die Anforderungen des Punktes 12.4 der ÖNorm EN 115 erfüllen, mit Ausnahme der in Einlage D 2 angeführten Bandbremsen zulässig.
- -Strichaufzählung
Die geforderten Sicherheitseinrichtungen müssen mit einem Endschalter ausgestattet sein. Diese Endschalter, ausgenommen die Endschalter für die Stufen- bzw. Palettenabsenksicherung, müssen ohne Ausbau von Stufen bzw. Paletten und Balustradenteilen zugänglich sein. Zusätzliche Sicherheitseinrichtungen, wie zB. Initiatoren, die nicht als Endschalter ausgeführt sind, sind im Hauptangebot ohne Gleichwertigkeitsnachweis zulässig.
- -Strichaufzählung
Palettenkettenrollen sollen vorzugsweise außerhalb der Kettenlaschen auf einer eigenen Schienenbahn laufend angeordnet werden, um einen Durchmesser von 100 mm ausführen zu können. Abweichungen von den angegebenen Durchmessern sind zulässig, sofern eine Lebensdauer des Systems von 25 Jahren ebenfalls gewährleistet ist.
- -Strichaufzählung
Durchgehende Stufen- und Palettenkettenachsen sind ohne Gleichwertigkeits-nachweise zulässig.

(Siehe Schreiben des Auftraggebers vom 3. Juni 2005, Beilage zu OZ 16).

Hierauf wurde vom Bundesvergabeamt mittels Bescheid vom 14. Juni 2005 (OZ 23) K*** zum nicht amtlichen Sachverständigen bestellt. In der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005 nahm dieser hinsichtlich des Ausschlusses von Bandbremsen eingehend Stellung. Aus der Zusammenschau der sachverständigen Aussagen und des diesbezügliche Parteienvorbringens kommt für die gegenständliche Entscheidung folgenden Festlegungen Relevanz zu:

- -Strichaufzählung
Der einschlägigen ÖNorm EN 115 kann kein Ausschluss eines spezifischen Bremssystems entnommen werden (soweit der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005, OZ 29).
- -Strichaufzählung
Es existieren Bandbremsen, die sich durch eine drehrichtungsabhängige Bremswirkung auszeichnen. Dies ist etwa bei der bei Fahrtreppen und -steigen üblicherweise verwendeten einfachen Bandbremse der Fall. Das Verhältnis der Bremswirkung bei der Auf- und Abwärtsfahrt wird durch die Konstruktion festgelegt. Bei Backenbremsen kann, grundsätzlich allerdings nur wenn es sich um ein "Zweikreisssystem" ("Doppelbackenbremsen") handelt, eine drehrichtungsabhängige Bremswirkung erzielt werden. Das betreffende Verhältnis wird dabei zu Beginn des Betriebs fix eingestellt (vgl. die Ausführungen des Sachverständigen sowie von B*** in der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005, OZ 29). Es existieren Bandbremsen, die sich durch eine drehrichtungsabhängige Bremswirkung auszeichnen. Dies ist etwa bei der bei Fahrtreppen und -steigen üblicherweise verwendeten einfachen Bandbremse der Fall. Das Verhältnis der Bremswirkung bei der Auf- und Abwärtsfahrt wird durch die Konstruktion festgelegt. Bei Backenbremsen kann, grundsätzlich allerdings nur wenn es sich um ein "Zweikreisssystem" ("Doppelbackenbremsen") handelt, eine drehrichtungsabhängige Bremswirkung

erzielt werden. Das betreffende Verhältnis wird dabei zu Beginn des Betriebs fix eingestellt vergleiche die Ausführungen des Sachverständigen sowie von B*** in der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005, OZ 29).

- -Strichaufzählung

Bandbremsen entsprechen unverändert dem Stand der Technik (soweit der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005, OZ 29).

- -Strichaufzählung

Hinsichtlich der Bremssicherheit ("Redundanz") ist anzumerken, dass bei Versagen eines tragenden Elements bei sämtlichen Bremssystemen die Bremswirkung verloren geht. Bei Fahrtreppen und -steigen sind keine Fälle eines Bandrisses bekannt (vgl. die - diesbezüglich unwidersprochenen - Aussagen des Sachverständigen sowie von C***i in der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005, OZ 29). Hinsichtlich der Bremssicherheit ("Redundanz") ist anzumerken, dass bei Versagen eines tragenden Elements bei sämtlichen Bremssystemen die Bremswirkung verloren geht. Bei Fahrtreppen und -steigen sind keine Fälle eines Bandrisses bekannt vergleiche die - diesbezüglich unwidersprochenen - Aussagen des Sachverständigen sowie von C***i in der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005, OZ 29).

- -Strichaufzählung

Allfällige Verschmutzungen der Bremsen sind durch eine entsprechende Konstruktion hintan zu halten. Dem jeweiligen Bremssystem kommt diesbezüglich grundsätzlich keine Bedeutung zu (soweit der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005, OZ 29).

- -Strichaufzählung

Die Wartungsfreundlichkeit wird ebenfalls durch die Konstruktion und nicht durch das Bremssystem bestimmt (siehe wiederum Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005, OZ 29).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv und in Klammer angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen keine Bedenken ergeben. Die Ausführungen des Sachverständigen, gegen dessen Bestellung keine Einwände erhoben wurden, in der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005 stellten sich als (in sich) schlüssig dar. Das Partein Vorbringen - sofern dieses den Aussagen des Sachverständigen widersprach - und insbesondere die in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Ausdrücke aus dem Internet (Beilage zu OZ 29) veranlassten den Senat nicht, die Richtigkeit der "Expertise" in Zweifel zu ziehen.

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. Abs 2 leg.cit. hält fest, dass dieses Bundesgesetz auch für Auftragsvergaben durch andere Einrichtungen zur Anwendung gelangt, sofern diese eine der in § 120 Abs 2 BVergG genannten Tätigkeiten ausüben. Handelt es sich hierbei überdies um nicht öffentliche Unternehmen, so gilt dieses Bundesgesetz nur dann, wenn eine der in § 120 Abs 2 BVergG genannten Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, ausgeübt werden. § 120 Abs 2 Z 2 lit b BVergG zählt ua. die Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr mit Flughäfen zu den Sektorentätigkeiten.

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. Absatz 2, leg.cit. hält fest, dass dieses Bundesgesetz auch für Auftragsvergaben durch andere Einrichtungen zur Anwendung gelangt, sofern diese eine der in

Paragraph 120, Absatz 2, BVergG genannten Tätigkeiten ausüben. Handelt es sich hierbei überdies um nicht öffentliche Unternehmen, so gilt dieses Bundesgesetz nur dann, wenn eine der in Paragraph 120, Absatz 2, BVergG genannten Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, ausgeübt werden. Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 2, Litera b, BVergG zählt ua. die Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr mit Flughäfen zu den Sektorentätigkeiten.

Die im gegenständlichen Fall als Auftraggeber auftretende Flughafen Wien AG betreibt den Flughafen Wien in Schwechat. Sie kann dies nur auf Grund einer gemäß § 68 Luftfahrtgesetz, BGBl. Nr. 253/1957 idF BGBl. I Nr. 173/2004, vom (nunmehr) Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) zu erteilenden Zivilflugplatz-Bewilligung. § 71 Abs 2 Luftfahrtgesetz ist überdies zu entnehmen, dass der Erteilung der Zivilflugplatz-Bewilligung eine Bedarfsprüfung voranzugehen hat und von einer Bewilligung grundsätzlich dann abzusehen ist, wenn bereits im Umkreis von 100 km ein bewilligter und in Betrieb befindlicher Flughafen situiert ist. Demnach ist festzuhalten, dass die Flughafen Wien AG ein geographisch abgegrenztes Gebiet zur Versorgung mit einem Flughafen nutzt und somit eine Sektorentätigkeit ausübt (zu den diesbezüglichen gemeinschafts-rechtlichen Zusammenhängen siehe EuGH vom 11. Juli 1991, Rs C-247/89, Kommission/Portugal, Slg 1991, I-03659). Da dies auf Grund eines von der zuständigen Behörde eingeräumten Rechts erfolgt, kann zudem von einer - wohl mit negativem Ausgang versehenen - Prüfung abgesehen werden, inwiefern es sich bei der Flughafen Wien AG um eine öffentliche Einrichtung iSd § 7 Abs 1 Z 2 BVergG handelt. Die im gegenständlichen Fall als Auftraggeber auftretende Flughafen Wien AG betreibt den Flughafen Wien in Schwechat. Sie kann dies nur auf Grund einer gemäß Paragraph 68, Luftfahrtgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 253 aus 1957, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 173 aus 2004,, vom (nunmehr) Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) zu erteilenden Zivilflugplatz-Bewilligung. Paragraph 71, Absatz 2, Luftfahrtgesetz ist überdies zu entnehmen, dass der Erteilung der Zivilflugplatz-Bewilligung eine Bedarfsprüfung voranzugehen hat und von einer Bewilligung grundsätzlich dann abzusehen ist, wenn bereits im Umkreis von 100 km ein bewilligter und in Betrieb befindlicher Flughafen situiert ist. Demnach ist festzuhalten, dass die Flughafen Wien AG ein geographisch abgegrenztes Gebiet zur Versorgung mit einem Flughafen nutzt und somit eine Sektorentätigkeit ausübt (zu den diesbezüglichen gemeinschafts-rechtlichen Zusammenhängen siehe EuGH vom 11. Juli 1991, Rs C-247/89, Kommission/Portugal, Slg 1991, I-03659). Da dies auf Grund eines von der zuständigen Behörde eingeräumten Rechts erfolgt, kann zudem von einer - wohl mit negativem Ausgang versehenen - Prüfung abgesehen werden, inwiefern es sich bei der Flughafen Wien AG um eine öffentliche Einrichtung iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handelt.

Bei der Zuordnung eines Vergabevorgangs zum Sektorenbereich ist weiters zu hinterfragen, ob die konkrete Leistung dem Zweck einer Sektorentätigkeit dient (siehe Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu § 120). Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen, ein privater Auftraggeber kann wiederum von der Anwendung des Vergaberechts gänzlich absehen. Im gegenständlichen Fall besteht kein Zweifel, dass die Ausrüstung eines Terminals mit Aufzügen und Förderanlagen dem Funktionieren eines für den internationalen Luftverkehr bestimmten Flughafens dient (vgl. EuGH vom 11. Juli 1991, Rs C-247/89, Kommission/Portugal, Slg 1991, I-03659 und BVA vom 1. März 2000, N-52/99-22). Es wird daher auch aus der gebotenen funktionalen Sicht eine Sektorentätigkeit ausgeübt. Bei der Zuordnung eines Vergabevorgangs zum Sektorenbereich ist weiters zu hinterfragen, ob die konkrete Leistung dem Zweck einer Sektorentätigkeit dient (siehe Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu Paragraph 120,). Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen, ein privater Auftraggeber kann wiederum von der Anwendung des Vergaberechts gänzlich absehen. Im gegenständlichen Fall besteht kein Zweifel, dass die Ausrüstung eines Terminals mit Aufzügen und Förderanlagen dem Funktionieren eines für den internationalen Luftverkehr bestimmten Flughafens dient vergleiche EuGH vom 11. Juli 1991, Rs C-247/89, Kommission/Portugal, Slg 1991, I-03659 und BVA vom 1. März 2000, N-52/99-22). Es wird daher auch aus der gebotenen funktionalen Sicht eine Sektorentätigkeit ausgeübt.

Während angesichts der zuvor getätigten Ausführungen, die Flughafen Wien AG unbestrittener Maßen bei der Auftragsvergabe dem eingeschränkten Vergaberegime Berücksichtigung zu schenken hat, verbleibt die Frage, inwiefern das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung berufen ist. § 135 Abs 2 BVergG ist hiezu zu entnehmen, dass das

Bundesvergabeamt seine Befugnis (ausschließlich) gegenüber Auftraggebern, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, auszuüben hat. Wie bereits festgehalten, hält der Bund derzeit keine Beteiligungen an der Flughafen Wien AG. Aus Sicht der öffentlichen Hand bestehen "lediglich" Minderheitsbeteiligungen der Länder Niederösterreich und Wien, im Übrigen ist ein Überwiegen privater Teilhabe gegeben. Diesem Umstand kommt insofern entscheidende Bedeutung zu, als keiner, die Kompetenz der Länder normierenden Tatbestände des Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG als einschlägig angesehen werden kann. Es verbleibt somit der "Auffangtatbestand" des Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG, sodass der gegenständliche Auftraggeber dem Vollziehungsbereich des Bundes zugerechnet werden muss (siehe auch Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 52 und Gutknecht, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich der Sektorenregelungen des Bundesvergabegesetzes 2002, in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 [2004] 93). Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes hinsichtlich der Auftraggeberzuordnung ist somit gegeben. Während angesichts der zuvor getätigten Ausführungen, die Flughafen Wien AG unbestrittener Maßen bei der Auftragsvergabe dem eingeschränkten Vergaberegime Berücksichtigung zu schenken hat, verbleibt die Frage, inwiefern das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung berufen ist. Paragraph 135, Absatz 2, BVergG ist hiezu zu entnehmen, dass das Bundesvergabeamt seine Befugnis (ausschließlich) gegenüber Auftraggebern, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, auszuüben hat. Wie bereits festgehalten, hält der Bund derzeit keine Beteiligungen an der Flughafen Wien AG. Aus Sicht der öffentlichen Hand bestehen "lediglich" Minderheitsbeteiligungen der Länder Niederösterreich und Wien, im Übrigen ist ein Überwiegen privater Teilhabe gegeben. Diesem Umstand kommt insofern entscheidende Bedeutung zu, als keiner, die Kompetenz der Länder normierenden Tatbestände des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG als einschlägig angesehen werden kann. Es verbleibt somit der "Auffangtatbestand" des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG, sodass der gegenständliche Auftraggeber dem Vollziehungsbereich des Bundes zugerechnet werden muss (siehe auch Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 52 und Gutknecht, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich der Sektorenregelungen des Bundesvergabegesetzes 2002, in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 [2004] 93). Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes hinsichtlich der Auftraggeberzuordnung ist somit gegeben.

Angesichts eines geschätzten Gesamtauftragswertes von Euro 12.870.000,- (exkl. USt.) ist das gegenständliche Bauvorhaben dem Oberschwellenbereich zu zuordnen. Der Antrag wurde am 2. Mai 2005 dem ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich zuständigen Senat 16 zugewiesen. Dieser hat nunmehr über die Anträge auf Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungspassagen sowie auf Kostenersatz zu befinden.

B. Antrag auf Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen (Spruchpunkt I) B. Antrag auf Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen (Spruchpunkt römisch eins)

1. 1. Ziffer eins
Zulässigkeit

Gemäß § 20 Z 13 lit a sublit dd BVergG können in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ua. die Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gesondert angefochten werden. Für beide Entscheidungen beträgt die Anfechtungsfrist im Oberschwellenbereich 14 Tage, wobei bei einer Aufforderung zur Angebotsabgabe die Frist gemäß § 169 Abs 1 Z 3 lit c BVergG mit dem Zugang der Aufforderung beginnt und lit d leg.cit. bei den sonstigen Festlegungen auf die Kenntnis bzw. den Zeitpunkt des Kennenmüssens abstellt. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG können in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ua. die Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gesondert angefochten werden. Für beide Entscheidungen beträgt die Anfechtungsfrist im Oberschwellenbereich 14 Tage, wobei bei einer Aufforderung zur Angebotsabgabe die Frist gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 3, Litera c, BVergG mit dem Zugang der Aufforderung beginnt und Litera d, leg.cit. bei den sonstigen Festlegungen auf die Kenntnis bzw. den Zeitpunkt des Kennenmüssens abstellt.

Im konkreten Fall wurden nun die Ausschreibungsunterlagen gemeinsam mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe mit Schreiben vom 14. April 2005 verschickt. Aus den Vergabeunterlagen kann - unwidersprochen von Seiten des Auftraggebers - entnommen werden, dass dieses Schreiben samt Unterlagen am 18. April 2005 bei der Antragstellerin eingelangt ist. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde am 2. Mai 2005 beim Bundesvergabeamt eingebracht. In ihren Ausführungen lässt die Antragstellerin offen, ob die bekämpften Ausschreibungsbestimmungen als Teil der

Entscheidung "Aufforderung zur Angebotsabgabe" oder als eigenständige "sonstige Festlegung während der Angebotsfrist" zu verstehen ist. Dies kann tatsächlich dahinstehen, zumal bei beiden Sichtweisen von einer fristgerechten Antragstellung auszugehen ist. Wenngleich den Materialien diesbezüglich kaum Erhellendes zu entnehmen ist, dürfte der Gesetzgeber die Unterlagen der zweiten Stufe eines Verhandlungsverfahrens grundsätzlich der Entscheidung "Aufforderung zur Angebotsabgabe" zuordnen. Unter sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist dürften demgegenüber insbesondere Berichtigungen der Unterlagen verstanden werden (siehe Thienel, Gesondert und verbunden anfechtbare Entscheidungen, in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 [2004] 389). Immerhin kann in diesem Zusammenhang als gesichert angesehen werden, dass der Gesetzgeber bei der Kategorisierung der anfechtbaren Entscheidungen den hier aus inhaltlicher Sicht zu verwendenden Begriff der Ausschreibung ausschließlich den Unterlagen der ersten Verfahrensstufe, somit den Bewerbungsunterlagen, zugeordnet hat.

Die Antragstellerin begehrt die Nichtigerklärung der Punkte

1.2 und 1.3 des Teiles D 2 der Ausschreibungsunterlagen für die zweite Verfahrensstufe. Losgelöst von der

in weiterer Folge zu klärenden Begründetheit stellt sich die Frage der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens. Mitunter wird vertreten, dass nach der Konzeption des Vergaberechtsschutzes ausschließlich die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung insgesamt möglich sei (siehe zu dieser Problematik Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 54 zu § 174). Demgemäß wäre der gegenständliche Antrag als unzulässig einzustufen. Allerdings ist einer derartigen Annäherung entgegenzuhalten, dass § 174 Abs 2 BVergG in Umsetzung von Art 2 Abs 1 lit b RechtsmittelRL bzw. Sektoren-RechtsmittelRL ausdrücklich die "Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale (..) in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens" vorsieht. Der Nachprüfungsbehörde kann daher einzelne Passagen der Ausschreibung nichtig erklären (soweit bereits BVA 29.4.2003, 5N-28/03-18, und UVS Stmk 3.5.2004, 44.15-2/2004-18, RPA 2004, 265 [Merl]). Hiefür sprechen vor allem volkswirtschaftliche Erwägungen. Die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen soll nicht zwingend die gänzliche Beendigung eines Vergabeverfahrens bedingen. Im Gegenzug muss es aber auch einem Unternehmer möglich sein, im Rahmen eines gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrags die Streichung einzelner (Ausschreibungs) Bedingungen zu begehren. Der Wortlaut des § 174 Abs 2 BVergG stellt zudem klar, dass eine Teilnichtigerklärung nicht nur im Hinblick auf eine vom Gesetzgeber in § 20 Z 13 BVergG oder vom Auftraggeber als Ausschreibung titulierte Entscheidung möglich ist. Ausdrücklich wird von "jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens" gesprochen. In weiterer Folge zu klärenden Begründetheit stellt sich die Frage der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens. Mitunter wird vertreten, dass nach der Konzeption des Vergaberechtsschutzes ausschließlich die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung insgesamt möglich sei (siehe zu dieser Problematik Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 54 zu Paragraph 174.). Demgemäß wäre der gegenständliche Antrag als unzulässig einzustufen. Allerdings ist einer derartigen Annäherung entgegenzuhalten, dass Paragraph 174, Absatz 2, BVergG in Umsetzung von Artikel 2, Absatz eins, Litera b, RechtsmittelRL bzw. Sektoren-RechtsmittelRL ausdrücklich die "Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale (..) in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens" vorsieht. Der Nachprüfungsbehörde kann daher einzelne Passagen der Ausschreibung nichtig erklären (soweit bereits BVA 29.4.2003, 5N-28/03-18, und UVS Stmk 3.5.2004, 44.15-2/2004-18, RPA 2004, 265 [Merl]). Hiefür sprechen vor allem volkswirtschaftliche Erwägungen. Die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen soll nicht zwingend die gänzliche Beendigung eines Vergabeverfahrens bedingen. Im Gegenzug muss es aber auch einem Unternehmer möglich sein, im Rahmen eines gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrags die Streichung einzelner (Ausschreibungs) Bedingungen zu begehren. Der Wortlaut des Paragraph 174, Absatz 2, BVergG stellt zudem klar, dass eine Teilnichtigerklärung nicht nur im Hinblick auf eine vom Gesetzgeber in Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG oder vom Auftraggeber als Ausschreibung titulierte Entscheidung möglich ist. Ausdrücklich wird von "jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens" gesprochen.

Des Weiteren sind keine Aspekte durch das Vorbringen des Auftraggebers und die Ermittlungen der Behörde zutage getreten, die gemäß § 166 BVergG die Zulässigkeit der Anträge ausschließen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur inhaltlichen Behandlung der Anträge berufen. Des Weiteren sind keine Aspekte durch das Vorbringen des

Auftraggebers und die Ermittlungen der Behörde zutage getreten, die gemäß Paragraph 166, BVergG die Zulässigkeit der Anträge ausschließen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur inhaltlichen Behandlung der Anträge berufen.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Begründetheit

§ 18 Abs 1 BVergG hält fest, dass bei Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, die sich auf die Ausübung einer Sektorentätigkeit gründen, allein die Bestimmungen des ersten, fünften und sechsten Teils sowie des fünften Hauptstücks des vierten Teils dieses Bundesgesetzes anzuwenden sind. § 120 Abs 1 BVergG normiert ergänzend, dass auf besagte Sektorenvergaben - unbeschadet der zuvor ins Treffen geführten Bestimmung - ausschließlich die §§ 21, 22, 30, 37, 41, 42, 79 Abs 2 und 4, 81 bis 85, 104, 105, 116 bis 118 dieses Gesetzes sowie jene Vorschriften, auf die im fünften Hauptstück des vierten Teils verwiesen wird, zur Anwendung gelangen. Sofern eine Sektorentätigkeit ausgeübt wird, kann somit eine Reihe zentraler Bestimmungen des BVergG nicht herangezogen werden. Nach ständiger Rechtsprechung ist daher im Sektorenbereich den "Allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens" gemäß § 21 BVergG besondere Bedeutung beizumessen, um ein gewisses Regulativ für den gewollten weiten Handlungsspielraum der jeweiligen Auftraggeber zu schaffen (siehe etwa Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 176 mwN). Paragraph 18, Absatz eins, BVergG hält fest, dass bei Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, die sich auf die Ausübung einer Sektorentätigkeit gründen, allein die Bestimmungen des ersten, fünften und sechsten Teils sowie des fünften Hauptstücks des vierten Teils dieses Bundesgesetzes anzuwenden sind. Paragraph 120, Absatz eins, BVergG normiert ergänzend, dass auf besagte Sektorenvergaben - unbeschadet der zuvor ins Treffen geführten Bestimmung - ausschließlich die Paragraphen 21, 22, 30, 37, 41, 42, 79, Absatz 2 und 4, 81 bis 85, 104, 105, 116 bis 118 dieses Gesetzes sowie jene Vorschriften, auf die im fünften Hauptstück des vierten Teils verwiesen wird, zur Anwendung gelangen. Sofern eine Sektorentätigkeit ausgeübt wird, kann somit eine Reihe zentraler Bestimmungen des BVergG nicht herangezogen werden. Nach ständiger Rechtsprechung ist daher im Sektorenbereich den "Allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens" gemäß Paragraph 21, BVergG besondere Bedeutung beizumessen, um ein gewisses Regulativ für den gewollten weiten Handlungsspielraum der jeweiligen Auftraggeber zu schaffen (siehe etwa Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 176 mwN).

Gemäß § 21 Abs 1 BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, zu vergeben. Damit soll ua. die Entwicklung und Sicherstellung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens bezweckt werden (siehe AB 1118 BlgNR XXI. GP 27). Zugangs- und Teilnahmebeschränkungen sollen möglichst hintan gehalten werden. Im Schrifttum wird das Ziel des BVergG vorgegeben, möglichst vielen Unternehmern den Zugang zum organisierten Parallelwettbewerb eines Vergabeverfahrens zu gewährleisten und damit letztlich eine sparsame, wirtschaftliche und zweckmäßige Beschaffung sicherzustellen (soweit Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex* 1999, 523; dem folgend Öhler, Zum Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP - Tagungsband zum 1. Jahresforum 2003 [2004] 11 mwN). Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, zu vergeben. Damit soll ua. die Entwicklung und Sicherstellung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens bezweckt werden (siehe Ausschussbericht 1118 BlgNR römisch 21. Gesetzgebungsperiode 27). Zugangs- und Teilnahmebeschränkungen sollen möglichst hintan gehalten werden. Im Schrifttum wird das Ziel des BVergG vorgegeben, möglichst vielen Unternehmern den Zugang zum organisierten Parallelwettbewerb eines Vergabeverfahrens zu gewährleisten und damit letztlich eine sparsame, wirtschaftliche und zweckmäßige Beschaffung sicherzustellen (soweit Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex* 1999, 523; dem folgend Öhler, Zum Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP - Tagungsband zum 1. Jahresforum 2003 [2004] 11 mwN).

Da § 74 BVergG und somit das Gebot zur neutralen Leistungsbeschreibung bei einer Sektorenvergabe keine Geltung besitzt, ist das gegenständliche Vorgehen des Auftraggebers allein anhand der Vergabegrundsätze des § 21 Abs 1 BVergG zu hinterfragen. Durch den Wettbewerbsgrundsatz werden nun - entsprechend den zuvor getätigten Ausführungen - Auftraggeber verpflichtet, die anzubietende Leistung grundsätzlich so zu umschreiben, dass so viele

Unternehmer geeignet sind und Angebote legen können, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet wird (siehe wiederum Öhler, Zum Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP - Tagungsband zum 1. Jahresforum 2003 [2004] 11f). Wenngleich dem Auftraggeber beizupflichten ist, dass ihm als "Herr des Verfahrens" grundsätzlich eine Systementscheidung obliegt, so ist nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes eine Ausschreibungsbestimmung zumindest dann nach ihrer sachlichen Rechtfertigung zu hinterfragen, wenn damit eine beträchtliche Einschränkung des Bieterkreises einhergeht (siehe BVA 30.9.2002, N-41/02-27, RPA 2002, 293 [Ditz] = ZVB 2002/123 [Latzenhofer] = bbl 2003/31; ähnlich BVA 29.3.2003, 5N-28/03-18, und BVA 5.1.2005, 1N-128/04-20). Da Paragraph 74, BVergG und somit das Gebot zur neutralen Leistungsbeschreibung bei einer Sektorenvergabe keine Geltung besitzt, ist das gegenständliche Vorgehen des Auftraggebers allein anhand der Vergabegrundsätze des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG zu hinterfragen. Durch den Wettbewerbsgrundsatz werden nun - entsprechend den zuvor getätigten Ausführungen - Auftraggeber verpflichtet, die anzubietende Leistung grundsätzlich so zu umschreiben, dass so viele Unternehmer geeignet sind und Angebote legen können, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet wird (siehe wiederum Öhler, Zum Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP - Tagungsband zum 1. Jahresforum 2003 [2004] 11f). Wenngleich dem Auftraggeber beizupflichten ist, dass ihm als "Herr des Verfahrens" grundsätzlich eine Systementscheidung obliegt, so ist nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes eine Ausschreibungsbestimmung zumindest dann nach ihrer sachlichen Rechtfertigung zu hinterfragen, wenn damit eine beträchtliche Einschränkung des Bieterkreises einhergeht (siehe BVA 30.9.2002, N-41/02-27, RPA 2002, 293 [Ditz] = ZVB 2002/123 [Latzenhofer] = bbl 2003/31; ähnlich BVA 29.3.2003, 5N-28/03-18, und BVA 5.1.2005, 1N-128/04-20).

Im gegenständlichen Fall bedient sich der Auftraggeber eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Insgesamt wurden vier Unternehmer zur Angebotsabgabe eingeladen. Unter diesen befindet sich die Antragsstellerin, die hinsichtlich der Errichtung von Fahrtreppen und Fahrsteigen über einen bedeutenden Weltmarktanteil verfügt. Überdies konnte die Antragstellerin glaubhaft darlegen, dass sie bei Beibehaltung des Ausschlusses von Bandbremsen weder ein mit Chancen versehenes Hauptangebot noch eine zulässige Alternative legen könnte. Angesichts des überschaubaren Bieterkreises in der zweiten Verfahrensstufe gelangte der Senat zur Überzeugung, dass mit dem faktischen Ausschluss der Antragsstellerin eine beträchtliche Reduzierung des Bieterkreises verbunden wäre. In Ansehung der zuvor getätigten Ausführungen war daher die sachliche Rechtfertigung der Vorgabe einer Unzulässigkeit von Bandbremsen zu erkunden. Hiefür bedurfte es - mangels einschlägiger Fachkunde des Senats - der Beiziehung eines nicht amtlichen Sachverständigen auf dem Gebiet der Fördertechnik.

In der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005 legte der Sachverständige zunächst dar, dass Bandbremsen zum einen in der maßgeblichen ÖNorm EN 115 (vom 1. Mai 1995) Deckung finden und zum anderen (unverändert) dem Stand der Technik entsprechen. Die in der mündlichen Verhandlung von Seiten des Auftraggebers pauschal getroffene Aussage, wonach es sich bei Bandbremsen um kein modernes, in die Zukunft weisendes System handle, wurde durch den Sachverständigen nicht bestätigt. Die vermeintlichen Nachteile eines Bandbremssystems im Hinblick auf eine stärkere Verschmutzung bzw. Verölung sowie eine erschwerte Wartung konnte der Sachverständige durch seine plausible Darlegung, dass hiefür nicht die Wahl des Bremssystems sondern die jeweilige Konstruktion maßgeblich sei, entkräften. Somit verbleiben als allfällige Rechtfertigung für einen (kategorischen) Ausschluss von Bandbremsen die ins Treffen geführte Unmöglichkeit, die drehrichtungsabhängige Bremswirkung einzustellen, sowie der gänzliche Verlust der Bremswirkung bei einem Bandriss.

Zu den beiden verbliebenen Rechtfertigungsgründen ist zu vermerken, dass sich die Argumente des Auftraggebers ausschließlich auf die Verwendung eines "Zweikreisystems", somit insbesondere die Verwendung zweier Backenbremsen ("Doppelbackenbremsen") stützen. Die maßgeblichen Passagen der Punkte 1.2 bzw. 1.3 des Teiles D 2 der Ausschreibung nehmen diesbezüglich jedoch keine Differenzierung vor. Bandbremsen werden kategorisch abgelehnt; Backen- und Scheibenbremsen werden ohne Forderung nach einer "doppelten Ausführung" präferiert. Dies wird zudem durch das Antwortschreiben des Auftraggebers vom 3. Juni 2003 bestätigt. Demnach bedarf es - mit Ausnahme der Bandbremsen - bei Verwendung eines Bremssystems, das der ÖNorm EN 115 entspricht, keines weiteren Gleichwertigkeitsnachweises. In der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005 wurde jedoch sowohl vom Sachverständigen als auch von Vertretern des Auftraggebers nachvollziehbar festgehalten, dass Backenbremsen nicht zwingend als "Doppelbackenbremsen" ausgeführt werden. Insofern geht die Argumentation des Auftraggebers ins Leere und stellt sich die sowohl hinsichtlich der Fahrtreppen als auch der Fahrsteige verwendete Formulierung "eine

Verwendung von Bandbremsen und Bremslüftmotoren ist nicht zulässig" als sachlich nicht gerechtfertigt dar. Der Senat hatte des Weiteren nicht zu prüfen, ob nicht auch Bandbremsen in "doppelter Bauweise" konzipiert und errichtet werden (können). Überdies erwecken die beiden, vom Auftraggeber vorgebrachten Rechtfertigungsgründe im Lichte der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung den Eindruck, dass sie lediglich "hilfsweise" herangezogen wurden. Weder konnte die Notwendigkeit eines nachträglichen Justierens der drehrichtungsabhängigen Bremswirkung dargelegt, noch ein Beispiel für den Riss eines Bremsbandes bei einer Bandbremse bei Fahrtreppen und Fahrsteigen benannt werden.

Ergänzend ist auf die auch im Sektorenbereich zu berücksichtigende Bestimmung des § 75 Abs 2 BVergG zu verweisen. Demnach sind technische Spezifikationen unter Bezugnahme primär auf nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden, festzulegen. Dies ist im gegenständlichen Fall durch Zugrundelegung der ÖNorm EN 115 prinzipiell erfolgt. Hinsichtlich des Ausschlusses von Bandbremsen ist der Auftraggeber jedoch von den Vorgaben des Punktes 12.4. der besagten ÖNorm abgegangen. Der Senat verkennt nicht, dass es einem Auftraggeber - wie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht - möglich sein muss, über ein einschlägiges Normenwerk hinausgehende technische Anforderungen zu formulieren. Hiefür bedarf es jedoch einer sachlichen Rechtfertigung, ein bloßes Abzielen auf eine Minimierung des Bieterkreises reicht nicht aus (siehe etwa Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 277). Im gegenständlichen Fall konnte der Auftraggeber - insbesondere im Lichte der zuvor angestrebten Erwägungen - ein sachliches Abgehen von den Vorgaben der ÖNorm EN 115 nicht dartun. Ergänzend ist auf die auch im Sektorenbereich zu berücksichtigende Bestimmung des Paragraph 75, Absatz 2, BVergG zu verweisen. Demnach sind technische Spezifikationen unter Bezugnahme primär auf nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden, festzulegen. Dies ist im gegenständlichen Fall durch Zugrundelegung der ÖNorm EN 115 prinzipiell erfolgt. Hinsichtlich des Ausschlusses von Bandbremsen ist der Auftraggeber jedoch von den Vorgaben des Punktes 12.4. der besagten ÖNorm abgegangen. Der Senat verkennt nicht, dass es einem Auftraggeber - wie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht - möglich sein muss, über ein einschlägiges Normenwerk hinausgehende technische Anforderungen zu formulieren. Hiefür bedarf es jedoch einer sachlichen Rechtfertigung, ein bloßes Abzielen auf eine Minimierung des Bieterkreises reicht nicht aus (siehe etwa Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 277). Im gegenständlichen Fall konnte der Auftraggeber - insbesondere im Lichte der zuvor angestrebten Erwägungen - ein sachliches Abgehen von den Vorgaben der ÖNorm EN 115 nicht dartun.

Gemäß § 174 Abs 1 Z 2 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine als rechtswidrig erkannte Entscheidung bzw. Ausschreibungsvorgabe nur insoweit für nichtig zu erklären, als diese für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Dadurch wird sichergestellt, dass nur jene Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, zu einer Nichtigklärung führen (soweit zB Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 12 zu § 174 mwN). Im gegenständlichen Fall ist davon auszugehen, dass es der Antragstellerin durch Wegfall des Ausschlusses von Bandbremssystemen möglich ist, ein chancenreiches, allenfalls für die Zuschlagserteilung in Betracht zu ziehendes Angebot zu legen. Es ist somit die geforderte Relevanz für den Verfahrensausgang des rechtswidrigen Ausschlusses von Bandbremsen und Bremslüftmotoren gegeben, sodass entsprechend Spruchpunkt I eine "Streichung" vorzunehmen war. Hinsichtlich der übrigen Inhalte der Punkte 1.2 und 1.3 des Ausschreibungsteiles D 2 wurden von der Antragstellerin keine Rechtswidrigkeiten aufgezeigt bzw. hat sich deren Vorbringen im Zuge des Ermittlungsverfahrens "relativiert", sodass diesbezüglich mittels Abweisung vorzugehen war. Gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine als rechtswidrig erkannte Entscheidung bzw. Ausschreibungsvorgabe nur insoweit für nichtig zu erklären, als diese für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Dadurch wird sichergestellt, dass nur jene Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, zu einer Nichtigklärung führen (soweit zB Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 12 zu Paragraph 174, mwN). Im gegenständlichen Fall ist davon auszugehen, dass es der Antragstellerin durch Wegfall des Ausschlusses von Bandbremssystemen möglich ist, ein chancenreiches, allenfalls für die Zuschlagserteilung in Betracht zu ziehendes Angebot zu legen. Es ist somit die geforderte Relevanz für den Verfahrensausgang des rechtswidrigen Ausschlusses von Bandbremsen und Bremslüftmotoren gegeben, sodass entsprechend Spruchpunkt römisch eins eine "Streichung" vorzunehmen war. Hinsichtlich der übrigen Inhalte der Punkte 1.2 und 1.3 des Ausschreibungsteiles D 2 wurden von der Antragstellerin keine Rechtswidrigkeiten aufgezeigt bzw. hat sich deren Vorbringen im Zuge des Ermittlungsverfahrens "relativiert", sodass diesbezüglich mittels Abweisung vorzugehen war.

C. Antrag auf Auferlegung eines Pauschalkostenersatzes (Spruchpunkt II)C. Antrag auf Auferlegung eines Pauschalkostenersatzes (Spruchpunkt römisch zwei)

1. 1.Ziffer eins

Zulässigkeit

§ 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 sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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 Bundesvergabebeamtes, BGBl II Nr. 324/2002. Abs 5 leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabebeamten auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat. 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 sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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 Bundesvergabebeamtes, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 324 aus 2002, Absatz 5, leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabebeamten 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 hierzu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH 6.4.2005, 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 bisheriger Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA 13.5.2005, 4N- 17/05-49; dem ua. folgend BVA 17.5.2005, 4N-17/05-50; BVA 23.5.2005, 6N-41/05-7; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15; BVA 9.6.2005, 17N-54/05-15; BVA 13.6.2005, 17N-57/05-11, sowie BVA 24.6.2005, 13N-48/05-18). 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 hierzu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, 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 bisheriger Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA 13.5.2005, 4N- 17/05-49; dem ua. folgend BVA 17.5.2005, 4N-17/05-50; BVA 23.5.2005, 6N-41/05-7; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15; BVA 9.6.2005, 17N-54/05-15; BVA 13.6.2005, 17N-57/05-11, sowie BVA 24.6.2005, 13N-48/05-18).

Das Bundesvergabeamt hat daher über den gegenständlichen Antrag vom 23. Mai 2005, dem Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr aufzuerlegen, zu entscheiden. Nachdem sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Hauptsache zuständigen Behörde richtet, hat im Oberschwellenbereich über die Kosten betreffend den Nachprüfungsantrag gemäß § 163 Abs 1 BVergG der jeweilige Senat zu befinden. Hinsichtlich der Pauschalgebühr, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezahlt wurde, hat hingegen gemäß § 154 Abs 1 Z 2 BVergG der einzelne Senatsvorsitzende eine Entscheidung zu treffen (siehe BVA 17.5.2005, 4N-17/05-50, und BVA 23.5.2005, 6N-41/05-7). Der gegenständliche Spruchpunkt II nimmt demzufolge ausschließlich auf den Ersatz der für die beantragte Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen entrichteten Pauschalgebühr Bezug. Die Entscheidung über den Ersatzanspruch, sofern dieser auf die Pauschalgebühr für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzielt, bleibt wiederum einer (alleinigen) Entscheidung des Vorsitzenden des

Senats 16 vorbehalten. Das Bundesvergabeamt hat daher über den gegenständlichen Antrag vom 23. Mai 2005, dem Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr aufzuerlegen, zu entscheiden. Nachdem sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Hauptsache zuständigen Behörde richtet, hat im Oberschwellenbereich über die Kosten betreffend den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG der jeweilige Senat zu befinden. Hinsichtlich der Pauschalgebühr, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezahlt wurde, hat hingegen gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG der einzelne Senatsvorsitzende eine Entscheidung zu treffen (siehe BVA 17.5.2005, 4N-17/05-50, und BVA 23.5.2005, 6N-41/05-7). Der gegenständliche Spruchpunkt römisch zwei nimmt demzufolge ausschließlich auf den Ersatz der für die beantragte Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen entrichteten Pauschalgebühr Bezug. Die Entscheidung über den Ersatzanspruch, sofern dieser auf die Pauschalgebühr für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzielt, bleibt wiederum einer (alleinigen) Entscheidung des Vorsitzenden des Senats 16 vorbehalten.

1. 2. Ziffer 2

Inhaltliche Begründetheit

Am 2. Mai 2005 begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Punkte 1.2 und 1.3 des Teiles D 2 der Ausschreibungsunterlagen. Zugleich brachte sie den Nachweis über eine entrichtete Pauschalgebühr von insgesamt Euro 10.000,- (jeweils Euro 5.000,- für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) bei. Mit Schreiben vom 23. Mai 2005 wurde der Antrag auf Auferlegung des Pauschalgebühreneratzes gestellt. In weiterer Folge trat im Zuge des Ermittlungsverfahrens zutage, dass der ua. bekämpfte Ausschluss von Bandbremsen einer sachlichen Rechtfertigung entbehrt. Die übrigen Vorgaben der Punkte 1.2. und 1.3 stellten sich hingegen - teils bedingt durch ergänzende Ausführungen des Auftraggebers - nicht als rechtswidrig dar (siehe Spruchpunkt I). Am 2. Mai 2005 begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Punkte 1.2 und 1.3 des Teiles D 2 der Ausschreibungsunterlagen. Zugleich brachte sie den Nachweis über eine entrichtete Pauschalgebühr von insgesamt Euro 10.000,- (jeweils Euro 5.000,- für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) bei. Mit Schreiben vom 23. Mai 2005 wurde der Antrag auf Auferlegung des Pauschalgebühreneratzes gestellt. In weiterer Folge trat im Zuge des Ermittlungsverfahrens zutage, dass der ua. bekämpfte Ausschluss von Bandbremsen einer sachlichen Rechtfertigung entbehrt. Die übrigen Vorgaben der Punkte 1.2. und 1.3 stellten sich hingegen - teils bedingt durch ergänzende Ausführungen des Auftraggebers - nicht als rechtswidrig dar (siehe Spruchpunkt römisch eins).

Hinsichtlich eines zentralen Aspekts war der Antrag auf Nichtigerklärung erfolgreich. Der sachlich ungerechtfertigte Ausschluss von Bandbremsen wurde gestrichen. Der Antragstellerin ist es nach ihrem plausiblen Vorbringen nunmehr möglich, ein chancenreiches Angebot zu legen. Angesichts des ins Treffen geführten Beschwerdepunkts eines Rechts "auf rechtskonforme, nicht diskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen" ist daher von einem teilweisen Obsiegen der Antragstellerin gemäß § 177 Abs 5 BVergG auszugehen (siehe hiezu R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 533). In diesem Zusammenhang ist überdies zu vermerken, dass bei der Beurteilung des Obsiegens in § 56 - des in vielerlei Hinsicht für das BVergG als Vorbild herangezogenen - VwGG im Falle einer Klaglosstellung ebenfalls auf die Beschwerdepunkte abzustellen ist (siehe zB Mayer, B-VG3 [2002] Pkt. I zu § 56 VwGG). Dem Auftraggeber war somit entsprechend Spruchpunkt II der Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr von Euro 5.000,- binnen 4 Wochen ab Bescheidzustellung aufzuerlegen. Hinsichtlich eines zentralen Aspekts war der Antrag auf Nichtigerklärung erfolgreich. Der sachlich ungerechtfertigte Ausschluss von Bandbremsen wurde gestrichen. Der Antragstellerin ist es nach ihrem plausiblen Vorbringen nunmehr möglich, ein chancenreiches Angebot zu legen. Angesichts des ins Treffen geführten Beschwerdepunkts eines Rechts "auf rechtskonforme, nicht diskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen" ist daher von einem teilweisen Obsiegen der Antragstellerin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG auszugehen (siehe hiezu R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 533). In diesem Zusammenhang ist überdies zu vermerken, dass bei der Beurteilung des Obsiegens in Paragraph 56, - des in vielerlei Hinsicht für das BVergG als Vorbild herangezogenen - VwGG im Falle einer Klaglosstellung ebenfalls auf die Beschwerdepunkte abzustellen ist (siehe zB Mayer, B-VG3 [2002] Pkt. römisch eins zu Paragraph 56, VwGG). Dem Auftraggeber war somit entsprechend Spruchpunkt römisch zwei der Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr von Euro 5.000,- binnen 4 Wochen ab Bescheidzustellung aufzuerlegen.

Schlagworte

Sektorenvergabe, Zuständigkeit, Streichen von Ausschreibungsbestimmungen, Pauschalgebühr, Kostenersatz;

Dokumentnummer

VERGT_20050701_16N_36_05_36_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