

Sachgründe sind markiert und kommentiert
Via 'Lesezeichen' direkt anwählbar

DR. STEPHAN HEID
MAG. MARTIN SCHIEFER

An das
Bundesvergabeamt

Praterstraße 31
A-1020 Wien

per E-Mail: post@bva.gv.at

GZ N/0070-BVA/05/2007

27. Juli 2007

20/28/RBS-1/07/07-07-27-ef

Antragstellerin: **RBS GmbH**
Rittingergasse 69
1210 Wien

vertreten durch:

HEID SCHIEFER ■■■■
RECHTSANWÄLTE GMBH ■■■■
A-1030 Wien ■ Landstraßer Hauptstraße 88/3+4
Tel: +43 (0)1 9669 786 ■ Fax: +43 (0)1 9669 790
office@heid-schiefer.at ■ www.heid-schiefer.at

(RA-Code P 130545)
(Vollmacht erteilt gem § 10 Abs 2 AVG, § 8 Abs 1 RAO)

Auftraggeber: **ÖBB-Holding AG** (samt verbundenen Gesellschaften)
vertreten durch
ÖBB-Dienstleistungs GmbH
Clemens-Holzmeisterstraße 6
1100 Wien

wegen: Vergabeverfahren „*Monitore für Reisendeninformationsanlagen*“
(EU-Bekanntmachung 2005/S 236-233329)

WEITERE STELLUNGNAHME

1-fach
2 Beilagen

Member of Warwick and Austria Legal Network

A-1030 Wien ■ Landstraßer Hauptstraße 88/3+4 ■ Tel: +43 (0)1 9669 786 ■ Fax: +43 (0)1 9669 790
e-mail: office@heid-schiefer.at ■ internet: www.heid-schiefer.at
FN 254796 a, DVR 1065360, RA-Code P130545, UID-Nr.: ATU 613 95 047

Bankverbindung: BACA AG, Kt.Nr. 508 008210/00, BLZ. 12.000 (Kanzleikonto). BACA AG, Kt.Nr. 0522 16132/00 BLZ. 12.000 (Treuhandkonto)

Mit Telefax vom 16.7.2007 hat das Bundesvergabeamt der Antragstellerin eine Stellungnahme des (Sektoren-)Auftraggebers zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung übermittelt. Mit weiterem Telefax vom 20.7.2007 hat die Behörde die Stellungnahme des (Sektoren-)Auftraggebers zum Nachprüfungsantrag zugesandt. Zugleich ist der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt worden, bis 27.7.2007, 12.00 Uhr, zu replizieren. Nunmehr wird in Vorbereitung der mündlichen Verhandlung am 7.8.2007 zu den Schriftsätzen des (Sektoren-)Auftraggebers Stellung genommen, wobei die bisherigen Ausführungen der Antragstellerin vom 11.7.2007, 16.7.2007 und 20.7.2007 aufrecht gehalten werden.

1. Zur Antragslegitimation

1.1 In beiden Stellungnahmen führt der (Sektoren-)Auftraggeber aus, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist. Zum einen wird die Rechtsverbindlichkeit in Zweifel gezogen und zum anderen wird ein Ausschreibungswiderspruch behauptet. Losgelöst von dem Umstand, dass beide Ausscheidensgründe nicht vorliegen, steht dieses Vorbringen in diametralem Gegensatz zur bisherigen Abwicklung des Vergabeverfahrens. Die Antragstellerin ist zu keinem Verfahrenszeitpunkt mit dem allfälligen Vorliegen eines Ausscheidensgrundes konfrontiert worden. Vielmehr ist ihr vom (Sektoren-)Auftraggeber jeweils nach der nunmehr behaupteten Verwirklichung von Ausscheidensgründen ein ausschreibungskonformes Verhalten durch die Einladung zur zweiten Verfahrensstufe, die Aufforderung zur Legung eines weiteren Angebots sowie die Einladung zu Verhandlungsgesprächen bestätigt worden.

1.2 Zur Rechtsverbindlichkeit

1.2.1 Der (Sektoren-)Auftraggeber behauptet zunächst, dass die Antragstellerin aufgrund der Ausgestaltung des Teilnahmeantrags nicht zur zweiten Verfahrensstufe eingeladen hätte werden dürfen. Tatsächlich ist der Teilnahmeantrag „nur“ mit einer eingescannten Unterschrift versehen. Aus dem Ablauf der ersten Verfahrensstufe ergibt sich jedoch, dass zu keinem Zeitpunkt von einem „unverbindlichen“ Antrag ausgegangen werden konnte. Mit E-Mail vom 30.11.2005 hat der (Sektoren-)Auftraggeber die Antragstellerin zur Abgabe eines Teilnahmeantrags eingeladen. In dem betreffenden E-Mail findet sich keine Forderung nach einer bestimmten Fertigung. Bereits am 1.12.2005, 9.30 Uhr, hat der Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr Lothar Jakob,

persönlich die Teilnahmeunterlagen der in der EU-weiten Bekanntmachung genannten Ansprechperson, Herrn Ing. Friedrich Kaufmann, persönlich übergeben. Nach einer unmittelbaren ersten Sichtung hat der Vertreter des (Sektoren-)Auftraggebers die Vollständigkeit des Teilnahmeantrags bestätigt. Mit E-Mail vom 24.1.2006 ist die Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Verfahrensstufe eingeladen worden.

- 1.2.2 Überdies scheint der (Sektoren-)Auftraggeber zu verkennen, dass Teilnahmeanträge grundsätzlich nicht unterfertigt werden müssen. § 83 Abs 1 z 8 BVergG 2002 gilt nicht für Teilnahmeanträge. Eine Analogie kommt nicht in Betracht, weil für Teilnahmeanträge gänzlich andere Formvorschriften vorgesehen werden. Zudem können Teilnahmeanträge gemäß § 32 Abs 2 BVergG 2002 auch telefonisch, telegraphisch oder durch Telefax übermittelt werden. Bei den angeführten Übermittlungsformen ist bereits aus technischen Gründen eine handschriftliche Unterfertigung nicht möglich (siehe *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 11 zu § 32). Soweit der (Sektoren-)Auftraggeber schließlich auf die Entscheidung des Bundesvergabebeamten vom 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54, Bezug nimmt, ist auf den gänzlich anderen Sachverhalt zu verweisen. Anders als im gegenständlich zu beurteilenden Fall war in den betreffenden Teilnahmeunterlagen eine Unterfertigung des Antrags auf Teilnahme gefordert. Des Weiteren handelte es sich beim Teilnahmeantragssteller um eine Bewerbergemeinschaft. Nach der Unterfertigung durch ein Bewerbergemeinschaftsmitglied mittels Farbscan wurde von einem weiteren Bewerbergemeinschaftsmitglied offenkundig eine Änderung des Teilnahmeantrags vorgenommen.
- 1.2.3 Durch die Verwendung einer eingescannten Unterschrift beim Teilnahmeantrag hat somit die Antragstellerin weder gegen Vorgaben des (Sektoren-)Auftraggebers noch gegen das BVergG 2002 verstoßen. Entgegen dem nunmehrigen Vorbringen der Auftraggeberseite ist die Antragstellerin in rechtskonformer Weise zur Teilnahme an der zweiten Verfahrensstufe eingeladen worden.
- 1.2.4 Der (Sektoren-)Auftraggeber vermeint zudem in dem Umstand, dass das Angebot der Antragstellerin vom 23.11.2006 „lediglich“ eine eingescannte Unterschrift aufweist, einen Ausscheidensgrund zu erblicken. In diesem Zusammenhang ist wiederum auf

den Verfahrensablauf einzugehen. Am 7.8.2006 hat die Antragstellerin ein erstes Angebot gelegt. Dieses ist sowohl mit einer eingescannten als auch einer handschriftlichen Unterschrift ihres Geschäftsführers versehen. Am 23.11.2006 ist ein Zweitangebot Herrn Ing. Friedrich Kaufmann als ausgewiesenen Vertreter des (Sektoren-) Auftraggebers vom Geschäftsführer der Antragstellerin persönlich übergeben worden. Auf diesem Angebot befindet sich ausschließlich eine eingescannte Unterschrift. Nach entsprechender Aufforderung hat die Antragstellerin am 14.3.2007 ein Letztangebot gelegt. Dieses weist wiederum sowohl eine eingescannte als auch eine handschriftliche Unterfertigung durch den Geschäftsführer Lothar Jakob auf.

- 1.2.5 Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach ausgeführt, dass die Forderung im BVergG (1997 und 2002) nach rechtsgültiger Unterfertigung im Sinne einer zivilrechtlichen Bindung des Bieters an sein Angebot zu verstehen ist (siehe zB VwGH 15.12.2006, 2005/04/0091, und VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037). Einem Bieter darf es nicht möglich sein, ein ihm reuendes Angebot ohne (schadenersatzrechtliche) Konsequenzen zurückzuziehen. Im konkreten Fall hat die Antragstellerin insgesamt drei Angebote gelegt und lediglich das mittlere Angebot ausschließlich mit einer eingescannten Unterschrift versehen. Das betreffende Zweitangebot ist allerdings dem ausgewiesenen Auftraggebervertreter vom alleine zeichnungsberechtigten Geschäftsführer übergeben worden. Es ist zweifellos von der Verbindlichkeit des Zweitangebots der Antragstellerin auszugehen. Eine allfällige Ablehnung des Vertragsabschlusses hätte aus dem Blickwinkel der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten dieselben Konsequenzen wie bei einer handschriftlichen Fertigung (siehe zur culpa in contrahendo *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³ IV [2006], Rz 13 zu § 861). Gemäß § 83 Abs 2 BVergG 2002 hat die Antragstellerin zum Ausdruck gebracht, dass sie sich an ihr Angebot vom 23.11.2006 bindet.
- 1.2.6 Die zivilrechtliche Bindung der Angebote der Antragstellerin ist somit jedenfalls gegeben. Tatsächlich dürfte auch der (Sektoren-)Auftraggeber zu keinem Verfahrenszeitpunkt diesbezügliche Zweifel gehegt haben.

1.3 Zum behaupteten Ausschreibungswiderspruch

1.3.1 Der (Sektoren-)Auftraggeber führt weiters aus, dass die Antragstellerin durch den Verweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (in der Folge „AGB“) für den Verkauf und die Lieferung von Organisations-, Programmierleistungen und Werknutzungsbewilligungen von Softwareprodukten und die AGB für den Verkauf und die Lieferung von Büromaschinen, Büroausstattung und Informationstechnik einschließlich Datenverarbeitungsanlagen (jeweils empfohlen vom Fachverband Unternehmensberatung und Informationstechnologie der Wirtschaftskammer Österreich) im Angebot vom 7.8.2006 gegen die Vorgaben der Ausschreibung verstoßen hat. Dabei lässt er außer Acht, dass in den Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 2 – Vergabe- und Vertragsbedingungen festgeschrieben wird, dass durch die bloße Angebotslegung die AGB des ÖBB Konzerns für Lieferaufträge – Ausgabe 08.2004 anerkannt werden. In durchaus vorausschauender Weise hat der (Sektoren-)Auftraggeber eine Konstruktion gewählt, wonach losgelöst vom Inhalt eines Angebots stets die AGB des ÖBB Konzerns für Lieferaufträge Gültigkeit besitzen.

1.3.2 Weiters wird in Punkt 2 der Ausschreibungsunterlagen folgende Reihenfolge der Gültigkeit der Vertragsbestandteile vorgegeben:

- „1. Die gegenständliche Ausschreibung und alle Anlagen
2. Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für Lieferaufträge, Ausgabe 08.2004
3. Das Angebot des Bieters“

Diese Reihenfolge verdeutlicht, dass durch den Verweis auf die von der Wirtschaftskammer Österreich empfohlenen AGB kein Ausschreibungswiderspruch herbeigeführt worden ist. Die durch den Schritt der Angebotslegung anerkannten AGB des ÖBB Konzerns für Lieferaufträge gehen jedenfalls den Inhalten des Angebots vom 7.8.2006 vor. Ergänzend ist darauf zu verweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof der Reihenfolge der Vertragsbestandteile für die Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidensgrundes besondere Bedeutung beimisst (siehe VwGH 21.4.2004, 2004/04/0016).

1.3.3 Aufgrund der Inhalte der Ausschreibungsunterlagen liegt somit bei einem Verweis auf (allenfalls) abweichende AGB kein Ausschreibungswiderspruch vor. Ein Ausscheiden

gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 ist nicht möglich. Tatsächlich ist der (Sektoren-)Auftraggeber zu keinem Zeitpunkt des Zuschlagsverfahrens von einem Ausscheidensgrund ausgegangen. Nach Legung des Erstangebots am 7.8.2006 ist der Geschäftsführer der Antragsstellerin von Herrn Ing. Friedrich Kaufmann darauf aufmerksam gemacht worden, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die AGB des ÖBB Konzerns für Lieferaufträge gelten. In den folgenden Angeboten vom 23.11.2006 und 14.3.2007 ist ausdrücklich auf die AGB des ÖBB Konzerns verwiesen bzw von einer Bezugnahme auf sonstige AGB abgesehen worden.

1.4 Zum behaupteten Ausschreibungswiderspruch

In der Stellungnahme vom 16.7.2007 betont der (Sektoren-)Auftraggeber, dass die Antragstellerin „zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens Zweitgereichte“ gewesen ist. Unter Bezugnahme auf § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 wird ausgeführt, dass nur bei Auswirkungen auf den Verfahrensausgang eine Entscheidung für nichtig erklärt werden kann. Hiezu ist festzuhalten, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten eine fehlgeleitete Bestbieterermittlung zur Folge haben. Bei einem rechtskonformen Vorgehen hätte die Antragstellerin gute Chancen, den Auftrag zu erhalten, bzw wäre das Vergabeverfahren gänzlich zu überdenken. Zudem hat nach der Rechtsprechung „für die Beurteilung der Antragslegitimation die Reihung der Angebote im Rahmen der Bestbieterermittlung außer Betracht zu bleiben [...], da das Bundesvergabeamt nicht zur Durchführung einer hypothetischen Bestbieterermittlung anstelle des Auftraggebers zuständig ist“ (soweit BVA 31.8.2006, N/0062-BVA/12/2006-22 und N/0063-BVA/12/2006-19).

2. Zur Bestbieterermittlung

2.1 In den Ausführungen des (Sektoren-)Auftraggebers vom 20.7.2007 sehen wir unser bisheriges Vorbringen bestätigt. Ergänzend halten wir wie folgt fest:

2.2 Zur nachträglichen Heranziehung von Subkriterien

2.2.1 In den Ausschreibungsunterlagen werden der mit 60% gewichtete Preis und die mit 40% gewichtete Technik als alleinige Zuschlagskriterien angegeben. Weitergehende Erläuterungen sind zumindest der Antragstellerin während des gesamten Vergabever-

fahrens nicht bekannt gegeben worden. In der ergänzenden Stellungnahme vom 16.7.2007 hat die Antragstellerin die Nachvollziehbarkeit des Zuschlagskriteriums „Technik“ bezweifelt. Nunmehr ist zutage getreten, dass sich der (Sektoren-)Auftraggeber auch beim vermeintlich eindeutigen Zuschlagskriterium „Preis“ einer aufgrund der Ausschreibungsunterlagen nicht vorhersehbaren Deutung bedient hat. Neben dem Angebotspreis sind mit dem „*Stromverbrauch*“ und dem „*durch Ausfallszeiten bewirkte[n] Aufwand*“ ohne vorhergehende Offenlegung Betriebskosten berücksichtigt worden. Der (Sektoren-)Auftraggeber hat somit nachträglich eine Spezifizierung der Zuschlagskriterien vorgenommen, ohne dies den Bietern bekannt zugeben und eine entsprechende zielgerichtete Angebotslegung zu ermöglichen.

2.2.2 Nach ständiger Rechtsprechung ist ein (Sektoren-)Auftraggeber an seine Festlegungen in der Ausschreibung gebunden. Diese Bindung hat zur Folge, dass unter Berücksichtigung des in § 21 BVergG 2002 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht nachträglich von den aufgestellten Bedingungen abgewichen werden darf. Dies gilt insbesondere auch für die Zuschlagskriterien. Zuschlagskriterien dürfen vom (Sektoren-)Auftraggeber grundsätzlich nicht mehr geändert werden (soweit zB BVA 31.1.2006, 4N-119/05-30, und BVA 12.7.2005, 11N-43/05-10 und 11N-44/05-13). Dieses strikte Änderungsverbot besteht auch im Hinblick auf allfällige Subkriterien. Sowohl die nachträgliche inhaltliche Adaption als auch die Änderung der Gewichtung von Subkriterien werden von der Rechtsprechung als rechtswidrig angesehen. Die Konsequenz bildet die Nichtigerklärung der betreffenden Zuschlagsentscheidung (zB BVA 6.7.2005, 3N-37/05-18). Ebenso wird die nachträgliche Einführung von Subkriterien im Rahmen der Bestbieterermittlung als schwerer Verstoß gegen das aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz resultierende Transparenzgebot gewertet (BVA 7.11.2005, 7N-102/05-26). Hätten die Bieter von den geänderten (Sub-)Kriterien bei der Vorbereitung ihrer Angebote Kenntnis gehabt, hätte dies die Angebotsvorbereitung beeinflussen können (soweit BVA 29.3.2006, F-24/00-57).

2.2.3 Im gegenständlichen Fall hat der (Sektoren-)Auftraggeber entgegen dem Transparenzgebot nachträglich Subkriterien bei der Bestbieterermittlung herangezogen. Diese Subkriterien können aus inhaltlicher Sicht zum Teil durchaus unter die Oberkriterien eingeordnet werden. Daneben könnten allerdings zahlreiche andere Aspekte bei den

Subkriterien bewertet werden, die einen Vorteil für das Angebot der Antragstellerin darstellen würden. So fällt etwa auf, dass beim Zuschlagskriterium „Technik“ dem eher sekundären Detail einer geringeren Starttemperatur des Monitors mit 250 Punkten besonderes Gewicht beigemessen wird, während der Displayschutz und das Anbieten eines Monitors IP55 anstelle eines Monitors IP54 außer Acht gelassen wird. Insofern beinhaltet die nachträgliche Auslegung von Zuschlagskriterien durch Subkriterien ein erhebliches Willkürelement. Überdies waren gerade beim Zuschlagskriterium „Preis“ die gewählten Subkriterien keineswegs vorherzusehen, sodass ein allfälliger Verweis auf die Präklusion ins Leere geht.

2.3 Zur unterbliebenen Bekanntgabe der Leistungszusammensetzung

- 2.3.1 Hinsichtlich der unterbliebenen Bekanntgabe der Zusammensetzung der zu liefernden Monitortypen wird auf die bisherigen Ausführungen der Antragstellerin verwiesen.
- 2.3.2 Nunmehr ist zutage getreten, dass der (Sektoren-)Auftraggeber ohne Offenlegung der Bestbieterermittlung ein Verhältnis IP20 zu IP54 von 30% zu 70% zugrunde gelegt hat. Wir halten fest, dass dieses Verhältnis nicht den tatsächlichen Gegebenheiten zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotslegung (4.7.2006) entspricht. Seit Ende 2005 wird von einem Verhältnis 10% zu 90% zu Gunsten der IP54 Monitore ausgegangen. Die Begründung hierfür liegt in den Bedingungen an einem Bahnhof, bei denen IP54 Monitore die bessere Wahl darstellen. IP20 Monitore sind vor allem für Flughäfen gedacht, bei denen die Monitore meist in klimatisierten Innenräumen angebracht werden.
- 2.3.3 Dem Verhältnis zwischen IP20 und IP54 Monitore kommt wegen der Preisdifferenz bei der Bestbieterermittlung Bedeutung zu. Durch die unterbliebene Offenlegung des Verhältnisses ist es der Antragstellerin nicht ermöglicht worden, auf eine durch die tatsächlichen Gegebenheiten sachlich gerechtfertigte Zusammensetzung hinzuwirken.

2.4 Zur Beurteilung des Stromverbrauchs

- 2.4.1 Beim in der Position 8.7 des Lastenheftes angeführten Stromverbrauch handelt es sich um einen schlecht zu definierenden Wert. Dieser hängt stark von Variablen (Umgebungshelligkeit, Außentemperatur, Displayhelligkeit) ab. Die Ausschreibung sieht keine definierten Messbedingungen vor, sodass die mitgeteilten Werte nicht ver-

gleichbar sind. Grundsätzlich dürften bei der allgemein eingesetzten Technik keine großen Unterschiede zwischen den einzelnen Bieter auftreten. Ein Display von Samsung hat in jedem Gehäuse den gleichen Stromverbrauch. Das ist der einzig konstante Wert bei einer konstanten Einstellung der Displayhelligkeit. Der Stromverbrauch der Lüftung und der Heizung hängt wiederum von der Umgebungstemperatur und der Einstellung (Berücksichtigung der minimalen und maximalen Temperaturwerte im Gehäuse) ab. Letztlich besteht die Wahl zwischen einer guten Klimatisierung, die eine lange Lebensdauer des Displays zur Folge hat, und einem geringen Stromverbrauch.

2.4.2 Die für den Zuschlag ausersiehene Mitbieterin hat beim Stromverbrauch 240 Watt angegeben. Die Antragstellerin hat für die Conrac Monitore 280 Watt genannt. Es liegt die Vermutung nahe, dass die potentielle Zuschlagsempfängerin den Stromverbrauch ohne Lüfter angegeben hat. Bei einer derartigen Betriebsart liegt der Stromverbrauch bei Conrac Monitoren bei 235 Watt. Es ist allerdings zu betonen, dass ein Betrieb ohne Lüfter für den Betrieb auf einem Bahnsteig nicht typisch ist. Die Datenblätter der Conrac Monitore sind im Internet frei zugänglich, sodass unsere Ausführungen vom (Sektoren-)Auftraggeber jederzeit nachgeprüft werden können. Zudem betonen wir, dass wir größten Wert auf eine korrekte Angabe der im Lastenheft abgefragten Werte legen.

2.4.3 Letztlich ist der Stromverbrauch aufgrund der Angaben in den Angeboten nicht geeignet als Subkriterium herangezogen zu werden. Ein Vergleich zwischen den einzelnen angebotenen Produkten könnte lediglich bei einer eindeutigen Definition der Berechnung des Stromverbrauchs oder bei der Durchführung einer Teststellung in neutraler Umgebung (gleiche Displayhelligkeit, gleiche Außentemperatur und gleiche Innentemperatur im Monitor) gezogen worden. Jedenfalls sind der potentiellen Zuschlagsempfängerin zu Unrecht etwa 160 Punkte für einen geringeren Stromverbrauch zuerkannt worden.

44.000 EUR ~ 160 Punkte

2.5 Zur Beurteilung der Ausfallszeiten

2.5.1 Bei der Ermittlung des Wertes für die mittlere Betriebsdauer zwischen Ausfällen („Mean operating Time between Failures“, in der Folge „MTBF-Wert“) sind der Phantasie kaum Grenzen gesetzt. Eine Differenz von 300% ist jedoch nicht vorstell-

bar. Da wir 17.000 Stunden angegeben haben, wird die potentielle Zuschlagsempfängerin aufgrund der Ausführungen des (Sektoren-)Auftraggebers wohl 50.000 Stunden angeführt haben. Unser Lieferant Conrac verwendet Komponenten höchster Qualität. Sämtliche Lieferanten der Bieter kaufen die verwendeten Bauteile am Weltmarkt zu. Es ist daher davon auszugehen, dass von der für den Zuschlag ausersehenen Bieterin im besten Fall gleich gute Komponenten wie von Conrac verwendet werden.

- 2.5.2 Der angegebene MTBF-Wert der potentiellen Zuschlagsempfängerin ist unseriös. Dies hätte auch den Prüfern des (Sektoren-)Auftraggebers auffallen müssen. Wir können uns diesen Wert nur durch eine fehlerhafte Berechnung erklären. Während die Ermittlung des MTBF-Wertes für Einzelkomponenten weitgehend dem Schätzvermögen des Herstellers überlassen ist, existieren für die Ermittlung des MTBF-Wertes eines aus mehreren Komponenten bestehenden Gerätes genaue Bestimmungen. Anhand unserer dem Angebot beiliegenden Anlage ‚PDV4055 Ersatzteile‘ kann dies leicht nachvollzogen werden. Die MTBF-Werte unserer Komponenten liegen zwischen 80.000 Stunden und 800.000 Stunden. Der MTBF-Wert unserer Monitore liegt aber mit 17.391 Stunden weit unter dem kleinsten Wert einer Komponente (80.000 Stunden). Der Monitor als Gerät aus vielen Komponenten hat also einen 4,5 mal so geringen MTBF-Wert wie die schlechteste Komponente. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass beispielsweise zwei gleiche Komponenten zusammen nur noch über den halben MTBF-Wert der Einzelkomponente verfügen.

Beweis: - Anlage „PDV4055 Ersatzteile“ (Beilage ./1)

- 2.5.3 Wir nehmen an, dass die potentielle Zuschlagsempfängerin als MTBF-Wert einfach den Wert der schlechtesten Komponente angegeben hat. Dies ist schlichtweg falsch. Dieser vermutete Fehler unserer Mitbieterin ist wiederum dadurch begünstigt worden, dass der (Sektoren-)Auftraggeber in der Ausschreibung weder die Berechnungsart des MTBF-Wertes vorgeschrieben noch eine Offenlegung der Berechnungsart gefordert hat. Mangels Gewährleistung einer Vergleichbarkeit sind somit auch die von den Bietern angegebenen MTBF-Werte nicht geeignet, bei der Bestbieterermittlung herangezogen werden. Schließlich ist im Hinblick auf das Vorbringen des (Sektoren-)Auftraggebers klarzustellen, dass gemäß Punkt 2.17.1 der Ausschreibungsunterlagen der Auf-

80.000 EUR ~ 300 Punkte

tragnehmer innerhalb der Gewährleistungsfrist sämtliche Kosten einer Mängelbehebung einschließlich der Montage und dem Transport zu tragen hat. Es entstehen der ÖBB-Holding AG und den verbundenen Gesellschaften also keine zusätzlichen Kosten, die bei der Angebotsbewertung zu berücksichtigen wären.

2.6 Zur Beurteilung der Technik

2.6.1 Zunächst ist der Behauptung, dass unser Angebot keine Überschreitungen des im Lastenheft geforderten Mindeststandards aufweist, entgegen zu treten:

Beweis: - Auflistung der Schutzarten nach DIN 40 050/IEC 529/VDE 0470/EN 60529 (Beilage ./2)

- Die Antragstellerin hat im Letztangebot unter Position 4.2 ein im Monitor integriertes System zur Vermeidung von Anzeigefehlern angeboten. Für ein ähnliches System sind der potentiellen Zuschlagsempfängerin entsprechend den Ausführungen im Schriftsatz vom 20.7.2007 500 Punkte zuerkannt worden.

500 Punkte ~160.000 EUR

- Bereits im Erstangebot hat die Antragstellerin unter der Position 2.2 die Schutzklasse IP55 angeboten. Die Beschreibung der Schutzarten liegt als Anlage bei. Zwischen einem Monitor IP54, der einen Schutz gegen Spritzwasser (= Wasser aus Gartenschlauch ohne Druck) bietet, und einem Monitor IP55, der auch Strahlwasser (= Wasser aus einem „Kärcher-Reiniger“) standhält, besteht ein sehr wohl zu wertender Qualitätsunterschied. Dies betrifft sowohl die Reinigung des Monitorgehäuses als auch einen allfälligen Regen, der mit hoher Geschwindigkeit auf die Monitore niederprasselt.

2.6.2 Der potentiellen Zuschlagsempfängerin sind weiters 500 Punkt für eine patentierte Hardware-/Software-Lösung gegen „Black dot-Effekte“ verliehen worden. Wir nehmen an, dass mit dem "Black dot-Effekt" ein "Uneven Display" (ungleichmäßige Anzeige) gemeint ist. Dies haben wir - losgelöst von der gegenständlichen Ausschreibung - in einer Fehlerbetrachtung für den (Sektoren-)Auftraggeber bereits als eine der Fehlerarten von großen LCD Monitoren beschrieben. Die Lösung unserer Mitbieterin wird nicht näher beschrieben. Wir bezweifeln jedoch, dass diese Software auf den

Monitor-PCs des (Sektoren-)Auftraggebers lauffähig ist. Die betreffenden Monitor-PCs verwenden das Betriebssystem Linux, die unten kritisierte Software der potentiellen Zuschlagsempfängerin ist jedoch nachweislich nur unter Windows lauffähig.

Wir halten fest, dass nur Monitore ausgeschrieben worden sind. Maßnahmen bei den Monitor-PCs, die der Vermeidung von Anzeigefehlern dienen, sind hingegen Gegenstand der gesonderten Ausschreibung „AURIS - Los 4“. Eine Bewertung einer derartigen Software ist durch den Ausschreibungsgegenstand nicht gedeckt und somit sachlich nicht gerechtfertigt. Demgegenüber hat der (Sektoren-)Auftraggeber unser Maßnahmenpaket gegen Anzeigefehler nicht berücksichtigt. Die dabei vorgesehene Lösung wird unabhängig von den Monitor-PCs in der Monitor-Firmware realisiert. Es handelt sich um einen technischen Zusatz der Monitore, der in der Bewertung der gegenständlichen Ausschreibung zu berücksichtigen ist. Letztlich hat – wie der Stellungnahme des (Sektoren-)Auftraggebers zu entnehmen ist – die potentielle Zuschlagsempfängerin zu Unrecht 500 Punkte zugesprochen bekommen, während das die selbe Zielsetzung verfolgende Maßnahmenpaket der Antragstellerin ignoriert worden ist.

- 2.6.3 Vom (Sektoren-)Auftraggeber wird darauf hingewiesen, dass Temperaturen unter -25°C in Österreich durchaus üblich sind. Ohne jetzt die Frage nach Ort und Häufigkeit dieser Temperaturen zu stellen, ist anzumerken, dass es preislich keinen Unterschied macht, ob die Heizung für -25°C oder für -30°C ausgelegt ist. Wenn die Häufigkeit dieser niedrigen Temperaturen schon bei Erstellung des Lastenheftes bekannt gewesen ist, so hätte die Forderung nach -30°C dort gestellt werden bzw spätestens bei der Verhandlungsrunde eine entsprechende Option bei der Antragstellerin angefordert werden müssen.

Der von der Antragstellerin in Position 8.8 des Lastenheftes angegebene Stromverbrauch der Heizung beträgt 200 Watt. Sofern die potentielle Zuschlagsempfängerin keinen höheren Stromverbrauch für die Heizung angegeben hat, kann diese auch nicht mehr Wärme erzeugen. Der Stellungnahme des (Sektoren-)Auftraggebers vom 20.7.2007 ist jedoch zu entnehmen, dass der Stromverbrauch der Heizung bei der für den Zuschlag ausersehenen Mitbieterin deutlich geringer als bei der Antragstellerin ist. Dies ist unmöglich, zumal für eine elektrische Heizung die Faustformel „viel
250 Punkte ~80.000 EUR

Strom = viel Wärme“ gilt. Das Zusammenspiel eines einerseits geringeren Stromverbrauchs und andererseits einer um 20% tieferen Einschalttemperatur auf Seiten des erstgereihten Angebots ist nicht nachzuvollziehen.

2.6.4 Vom (Sektoren-)Auftraggeber werden in der Stellungnahme vom 20.7.2007 noch weitere Vorzüge des Angebots der potentiellen Zuschlagsempfängerin betont, die allerdings nicht Eingang in die Bewertung gefunden haben sollen. Zunächst ist zur angebotenen Software unserer Mitbieterin festzuhalten, dass diese nur die eigenen Monitore, nicht aber die bereits auf den Bahnhöfen installierten Monitore verwalten kann. Die Software ist auch nicht für die angebotenen Monitore, sondern laut www.infotronic.com nur für Monitore geeignet, die mit einem integrierten Monitor-PC der potentiellen Zuschlagsempfängerin ausgerüstet sind. Weiters ist nochmals anzumerken, dass eine Softwarelösung Gegenstand einer parallelen Ausschreibung ist. Dies ist uns mehrmals von Vertretern des (Sektoren-)Auftraggebers bestätigt worden, zumal der Lieferant der Antragstellerin über eine vergleichbare und bewährte Lösung verfügt. Das betreffende System wird etwa für die Ansteuerung der Monitore für den City-Airport-Train zwischen Wien Mitte und Flughafen Wien Schwechat verwendet

Zur Software zum Diebstahlschutz ist zu vermerken, dass ein solches System wahrscheinlich bei einer ÖBB-weiten Verteilung der Monitore mit vielen Bearbeitern nicht anwendbar ist, ohne die Wartung in unzumutbarer Weise zu behindern. Zudem ist ein Monitor schon entwendet, wenn der Dieb das Passwort vermisst. Ein einfaches Bügelschloss mit einem gesperrten Generalschlüssel verhindert den Diebstahl eines Monitors ungleich wirkungsvoller.

Schließlich haben wir den Ausführungen des (Sektoren-)Auftraggebers entnommen, dass die potentielle Zuschlagsempfängerin die Monitore mit einem Hygrometer liefert. Dieser schaltet die Heizung bei Kondenswasserbildung ein. Hiezu ist festzuhalten, dass eine Kondenswasserbildung durch einen dichten Monitor und die Lüftung verhindert wird. Die positiv bewertete Lösung dürfte mangelhafte Dichtheit durch Heizleistung kaschieren.

2.7 Zusammenfassung

Zusammenfassend ist zur Bestbieterermittlung festzuhalten, dass diese durch nachträgliche Heranziehung von Subkriterien den Vergabegrundsätzen des § 21 Abs 1 BVergG 2002 widerspricht. Überdies sind die von den einzelnen Bietern angegebenen Werte offenkundig nicht auf ihre Plausibilität hinterfragt werden. Bei Richtigstellung der Werte wäre das Angebot der Antragstellerin auch unter Berücksichtigung der nachträglich eingeführten Subkriterien an die erste Stelle zu reihen. Eine von uns überschlägig vorgenommene Bewertung auf Grundlage der nunmehr bekannten Subkriterien hat ergeben, dass unserem Angebot beim Zuschlagskriterium „Preis“ 6.000 Punkte und dem Angebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin 5.590,86 Punkte zugesprochen werden müssten. Dabei wird vom Verhältnis zwischen den Monitortypen, das der (Sektoren-)Auftraggeber herangezogen hat, ausgegangen. Überdies ist der MTBF-Wert bei beiden Bietern gleich hoch angesetzt worden. Möglicherweise wird der Punkteabstand bei verifizierten MTBF-Werten sogar noch größer. Beim Zuschlagskriterium „Technik“ müsste unser Angebot 4.000 Punkte und das Angebot der ausersehenen Zuschlagsempfängerin 3.076,92 Punkte erhalten. Bei unserer Berechnung sind die Unterschiede in den Ausführungen der Monitore IP20 und IP54 unbeachtet geblieben. Wir halten fest, dass sich die von uns angebotenen Monitore IP20 und IP55 – entsprechend dem Lastenheft und den Festlegungen des (Sektoren-)Auftraggebers am 31.7.2007 – lediglich durch das Fehlen eines Luftfilters unterscheiden. Dies erklärt die geringe Preisdifferenz zwischen den beiden Monitortypen. Aus unserer Sicht ist zu klären, ob dies auch beim Angebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin der Fall ist.

3. Anträge

Aus all den oben angeführten Gründen wiederholt die Antragstellerin die nachfolgenden Anträge:

Das Bundesvergabeamt möge

- die mit Telefax vom 27.6.2007 bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag der Infotronic SpA zu erteilen, für nichtig zu erklären;

- eine mündlichen Verhandlung durchführen und

- aussprechen, dass die ÖBB-Holding AG (samt verbundenen Gesellschaften) der obsiegenden Antragstellerin die mit der Antragstellung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt EUR 3.200,- (EUR 1.600,- für das Nachprüfungsverfahren und EUR 1.600,- für das Provisorialverfahren) bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu ersetzen hat.

RBS GmbH

Schutzarten nach DIN 40 050 / IEC 529 / VDE 0470 / EN 60529

Schutzarten werden gemäß DIN 40 050 eingeteilt

Die Schutzarten sind durch international gültige Kurzzeichen gekennzeichnet (IP =International Protection)

Der Abkürzung IP folgen zwei Ziffern

Die erste Ziffer steht für den Schutz gegen das Eindringen fester Körper

Die zweite Ziffer beschreibt den Schutzgrad gegen das Eindringen von Wasser

Schutzgrade					
für Berührungs- und Fremdkörperschutz			für Wasserschutz		
Erste Kenn-Ziffer	Schutzumfang		Zweite Kenn-Ziffer	Schutzumfang	
	Schutz gegen	Erklärung		Schutz gegen	Erklärung
0	Kein Schutz	-	0	Kein Schutz	-
1	grosse Fremdkörper	Schutz gegen zufälliges großflächiges Berühren aktiver und innerer bewegter Teile, zB mit der Hand, aber kein Schutz gegen absichtlichen Zugang zu diesen Teilen. Schutz gegen Eindringen von festen Fremdkörpern mit einem Durchmesser größer als 50mm	1	senkrecht fallendes Tropfwasser	Wassertropfen, die senkrecht fallen, dürfen keine schädliche Wirkung haben
2	mittelgrosse Fremdkörper	Schutz gegen Berühren mit den Fingern aktiver oder innerer bewegter Teile. Schutz gegen Eindringen von festen Fremdkörpern mit einem Durchmesser größer als 12 mm	2	schräg fallendes Tropfwasser	Wassertropfen, die in einem beliebigen Winkel bis 15° zur Senkrechten fallen, dürfen keine schädliche Wirkung haben
3	kleine Fremdkörper	Schutz gegen Berühren aktiver oder innerer bewegter Teile mit Werkzeugen, Drähten o.ä. mit einem Ø größer als 2,5 mm. Schutz gegen Eindringen von festen Fremdkörpern im Durchmesser größer als 2,5 mm.	3	Sprühwasser	Wasser, das in einem beliebigen Winkel bis 60° zur Senkrechten fällt, darf keine schädliche Wirkung haben
4	kornförmige Fremdkörper	Schutz gegen Berühren aktiver oder innerer bewegter Teile mit Werkzeugen, Drähten o.ä. mit einem Ø größer als 1 mm	4	Spritzwasser	Wasser, das aus allen Richtungen gegen das Betriebsmittel spritzt, darf keine schädliche Wirkung haben
5	Staubablagerung	Vollständiger Schutz gegen Berühren unter Spannung stehender oder innerer bewegter Teile. Schutz gegen schädliche Staubablagerungen. Das Eindringen von Staub ist nicht vollkommen verhindert, aber der Staub darf nicht in solchen Mengen eindringen, dass die Funktion beeinträchtigt wird	IP55 5	Strahlwasser	Ein Wasserstrahl aus einer Düse, der aus allen Richtungen gegen das Betriebsmittel gerichtet wird, darf keine schädliche Wirkung haben Schlagregen
6	Staubeintritt	Vollständiger Schutz gegen Berühren unter Spannung stehender oder innerer bewegter Teile. Schutz gegen Eindringen von Staub.	6	Überflutung	Wasser darf bei vorübergehender Überflutung, z.B. durch schwere Seen, nicht in schädlichem Maße eindringen
			7	Eintauchen	Wasser darf nicht in schädlicher Menge eindringen, wenn das Betriebsmittel unter den festgelegten Druck-/ Zeitbedingungen von 0,15 - 1 m in Wasser eingetaucht wird.
			8	Untertauchen	Wasser darf nicht in schädlicher Menge eindringen, wenn das Betriebsmittel unter definierten Bedingungen in Wasser getaucht wird
			9k	Hochdruck-/ Dampfstrahl-Reinigung	Wasser, das aus jeder Richtung unter stark erhöhtem Druck gegen das Gehäuse gerichtet ist, darf keine schädliche Wirkung haben



Anwendungen:
IP20 Bahnhofhalle
IP54 Bahnsteig ohne Dach

Beispiel: **IP 54**

1.Kennziffer **5** = staubgeschützt und Schutz gegen Zugang zu gefährdeten Teilen mit einem Draht

2.Kennziffer **4** = spritzwassergeschützt