

**Entscheidende Behörde**

Bundesvergabeamt

**Entscheidungsdatum**

05.07.2002

**Geschäftszahl**

N-16/02-28

**Text**

BESCHEID:

Der Senat 7 des Bundesvergabeamtes hat am 25. Juni 2002 durch den Richter Dr. Wigbert ZIMMERMANN als Vorsitzenden und die Beisitzer Generalanwalt iR Dr. Peter REINDL als Mitglied der Auftraggeberseite und Arch. Dipl.-Ing. Gernot SCHAMP als

Mitglied der Auftragnehmerseite wie folgt entschieden:

Spruch:

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) BGBl I Nr. 56/1997 idF BGBl I Nr. 27/1998, BGBl I Nr. 80/1999, BGBl I Nr. 120/1999, BGBl I Nr. 125/2000, BGBl I Nr. 136/2001, betreffend das Vergabeverfahren "Bereitstellung eines österreichweiten digitalen Bündelfunkdienstes nach dem TETRA 25-Standard" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Inneres, dieser vertreten durch die ARGE X\*\*\*, diese vertreten durch Y\*\*\*, werden die Anträge der 1. A\*\*\* GmbH, 2. B\*\*\* Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 3. C\*\*\* Gesellschaft mbH, und 4. D\*\*\* Aktiengesellschaft, als E\*\*\* Konsortium, alle vertreten durch Z\*\*\* vom 13. Mai 2002,

das Bundesvergabeamt möge

"die Zuschlagsentscheidung zugunsten F\*\*\* GmbH vom 12.4.2002 für nichtig erklären, insbesondere die damit verbundene Entscheidung des Antragsgegners, F\*\*\* GmbH nicht vom gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden, für nichtig erklären",

mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 113 Abs. 2 Z 2 iVm §§ 3 Abs. 1 Z 3 und 3 Abs. 2 BVergG

Begründung:

Die Antragsteller stellten am 13. Mai 2002 das im Spruch ersichtliche Begehren und führten in der Begründung im wesentlichen folgendes aus:

Gegenstand der Ausschreibung sei ein Finanzierungsleasing. Entgegen der vom Auftraggeber vertretenen Auffassung seien Fernsprechdienstleistungen und sonstige Dienstleistungen im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG bei wirtschaftlicher und vergaberechtlicher Betrachtung nicht Gegenstand der Ausschreibung gewesen. Vor allem sei die Ausnahmebestimmung nach § 3 Abs. 1 Z 3 verfassungskonform und äußerst

eingeschränkt auszulegen. Auch die Analyse der angefragten "Telekommunikationsleistungen" beweise, dass das

ausgeschriebene ADONIS - System zu einem überwiegenden Anteil Funktionen abfrage, die nicht unter die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG subsumiert werden könnten. Die Ausschreibung fordere vom ADONIS-System Datenübertragungen, also weder Fernsprechdienstleistungen noch Mobilfunk oder Funkrufdienste. Der geschätzte Nettobarwert des Auftrags für die Errichtung des ADONIS-Systems, dessen Instandhaltung und Betrieb für 15 Jahre ohne Bereitstellungen des Auftraggebers betrage ca. EURO 900

Millionen, davon würden ca. EURO 580 Millionen (64%) auf die Errichtungskosten und ca. EURO 320 Millionen (36%) auf den Betrieb entfallen. Hinzu komme noch die Lieferung von Endgeräten in Höhe von mehr als EURO 70 Millionen für die gesamte Vertragszeit. Die Lieferleistungen würden überwiegen, sodass die für Lieferaufträge geltenden Bestimmungen des BVerG Geltung finden würden.

Die Antragsteller führten in der Begründung zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung detailliert nachfolgende Rechtswidrigkeiten im Vergabeverfahren an:

- a) Beabsichtigte Zuschlagserteilung an ein Unternehmen, das an Vorarbeiten beteiligt war
- b) Unterlassene bzw. nicht ausreichende Prüfung des Angebots des Bestbieters
- c) Gleichbehandlung - Vergleich der Angebote auf einer gleichen Basis
- d) Unrichtige Anwendung des Bewertungsmodus - unrichtige Zuordnung der Bewertung der aus dem Forderungskatalog ableitbaren Subkriterien zu den Zuschlagskriterien
- e) Unrichtige Bewertung der von den Antragsteller angebotenen Fertigstellung der Funktionalitäten
- f) Weitere unrichtige Bewertung des Angebots der Antragsteller im einzelnen

Der Auftraggeber nahm am 16. Mai 2002 zum Antrag Stellung und führte insbesondere nachfolgendes aus:

Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes werde bestritten, da der Auftrag zur Vergabe des Funkprojekts ADONIS als Dienstleistungsauftrag über FernsprechkonzeSSIONen, Mobilfunk, Funkrufdienst und Satellitenkommunikation im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 3 BVerG von dessen Anwendungsbereich ausgenommen sei. Der Auftraggeber wies auf die Anlage C (Bekanntmachung der Ausschreibung) hin, in der bereits von einer Dienstleistung mit der CPV Klassifizierung "Fernsprech- und Datenübertragungsdienste" die Rede sei. Der Auftrag habe eine Laufzeit von ca. 4 Jahren Teilbetrieb (bis Ende 2005) und danach 15 Jahre Vollbetrieb. Die Dienstleistungskomponente betrage also etwa das fünffache der Lieferkomponente. Auch aus den mit den Angeboten sämtlicher Bieter (sohin auch der Antragsteller) vorgelegten Businessplänen gehe eindeutig hervor, dass die Dienstleistungskomponente die Lieferkomponente bei weitem übersteige. Selbst wenn man aber unterstellen würde, dass Dienstleistungen, die nicht unter § 3 Abs. 1 Z 3 BVerG fallen, überwiegen würden, so wäre trotzdem die Geltung des BVerG ausgeschlossen, weil es sich um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Sinne des § 3 Abs. 2 BVerG handle. Schließlich wäre auch die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aufgrund der Ausnahmebestimmung des § 12 Abs. 1 Z 2 BVerG nicht gegeben.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nahm ebenfalls am 16. Mai 2002 zum Antrag Stellung und brachte einleitend die Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes vor, da der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 1 Z 3 BVerG gegeben sei. Entsprechend den Ausführungen des Auftraggebers wurde auch von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession bzw. das Vorliegen der Ausnahmebestimmung nach § 12 Abs. 1 Z 2 BVerG behauptet. Weiters brachte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die fehlende Antragslegitimation der Antragsteller vor, da die Teilnahme der B\*\*\* eine unzulässige Beteiligung am Vergabeverfahren darstelle bzw. eine Mehrfachbeteiligung des Bundes an Bietergemeinschaften vorliege; hiezu verwies die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes.

Der Auftraggeber übermittelte am 17. Mai 2002 ein ergänzendes Schreiben, aus dem sich ergebe, dass sowohl bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin als auch bei den Antragstellern die Dienstleistungskomponente die Lieferkomponente bei weitem überwiegen würde.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erstattete am 17. Mai 2002 eine ergänzende Stellungnahme, in welcher neuerlich dargelegt wurde, dass das vorliegende

Vergabeverfahren einen Dienstleistungsauftrag umfasse, der gemäß § 3 Abs. 1 Z 3 BVerG vom Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes ausgenommen sei.

Der Auftraggeber nahm am 31. Mai 2002 zum Nachprüfungsantrag Stellung und bestritt einleitend die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei im wesentlichen die bereits zuvor in den Schriftsätzen vorgebrachten Argumente wiederholt wurden. Der Auftraggeber nahm weiters zu den inhaltlichen Beschwerdepunkten der Antragsteller detailliert Stellung.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erstattete am 31. Mai 2002 eine Stellungnahme und brachte die Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes sowie die mangelnde Antragslegitimation der Antragsteller vor. Weiters nahm sie zu den einzelnen von den Antragsteller geltend gemachten Vergaberechtswidrigkeiten detailliert Stellung. In einem ergänzenden Vorbringen vom 5. Juni 2002 wies die in Aussicht genommene

Zuschlagsempfängerin auf den Ausnahmetatbestand nach § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG (Staatsicherheit) hin und stellte den Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung.

Die Antragsteller erstatteten am 12. Juni 2002 zu den Schriftsätzen des Auftraggebers und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin eine Replik und brachten zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamt insbesondere vor:

Der Auftraggeber beschaffe keine öffentlichen Telekommunikationsleistungen, sondern lasse sich ein eigenes Telekommunikationssystem errichten, instandhalten und betreiben. Dieses Telekommunikationssystem sei ein geschlossenes/privates, d. h. bestimmten Nutzern vorbehaltenes System. Es sei der Öffentlichkeit nicht zugänglich. Dem Auftraggeber sowie den BOS-Nutzern sei die exklusive Netz-Nutzung zuzusichern gewesen. Dies habe der Auftraggeber mehrfach in seinen Fragebeantwortungen und letztlich auch in den Verhandlungen präzisiert.

Zum wirtschaftlichen Risiko wurde vorgebracht, dass eine Garantie/Verpflichtung der Bieter, eine Mindestzahl von BOS-Nutzern anzuschließen, nicht bestehe. Solange weniger Nutzer angeschlossen seien, zahle der Auftraggeber einen entsprechend höheren Tarif. Der Auftraggeber trage daher das wirtschaftliche Risiko.

Die vom Auftraggeber zitierten Zahlen aus dem Businessplan seien zwar richtig, jedoch übersehe der Auftraggeber, dass sich die Zuordnung einzelner Kostenpositionen bei der Erstellung eines Businessplans nach IAS Grundsätzen von einer Zuordnung nach den Regeln des Vergaberechts unterscheide.

Inwieweit der Dienstleistungsanteil den Lieferanteil überwiege, sei für die Frage der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aber ohnehin irrelevant:

Eine Dienstleistungskonzession scheidet schon deshalb aus, weil nach dem "worst case" 100% der Errichtungs- und Betriebskosten vom Auftraggeber getragen werden würden. Selbst wenn nicht prioritäre Dienstleistungen überwiegen würden (was schon in Anbetracht des Volumens der eindeutigen prioritären Dienstleistung "Wartung" auszuschließen sei) sei das Bundesvergabeamt für eine Entscheidung zuständig. Auch sei der Gegenstand der Ausschreibung ("Errichtung, Betrieb und Instandhaltung ADONIS - Netz") keine untrennbare Einheit. Die Leistungen wären einer getrennten Ausschreibung zugänglich gewesen.

Zur Ausnahme nach § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG brachten die Antragsteller vor, dass (bewegliche) Fernsprechkonzepte/Sprachtelefondienste nicht primär zu erbringen seien. Schon der Begriff ADONIS zeige, dass es sich um mehr als nur Sprechtelefonie handle. In Zukunft sollen Daten jeglicher Art übertragen werden können und dem Auftraggeber zahlreiche Zusatzfunktionen zur Verfügung stehen, welche mit dem von der Gegenseite ebenfalls mehrfach bemühten GSM-Funktionen wenig gemein hätten. Die Antragsteller verwiesen diesbezüglich auf das vom Auftraggeber vorgelegte Weißbuch. Im Sinn einer verfassungskonformen weiten Auslegung der Zuständigkeitskompetenz des Bundesvergabeamts beschränke sich die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG "Fernsprechkonzepte" bzw. "Mobilfunk" auf die Übertragung bloßer Sprache. Datenübertragungen seien - sofern es sich nicht um Telex handle - dagegen nicht von dieser Ausnahme erfasst.

Zur Staatsicherheit brachten die Antragsteller insbesondere vor, dass dieser Ausnahmetatbestand schon deshalb ausscheide, weil der Auftraggeber selbst die Ausschreibung EU-weit kundgemacht habe. Sinn der Ausnahme aus Gründen der "Staatsicherheit" sei nicht, zunächst zwar ein ganz gewöhnliches Vergabeverfahren durchzuführen, sich aber nur dem Vergaberechtsschutz zu entziehen.

Schließlich nahmen die Antragsteller zu den einzelnen Vergaberechtsverstößen detailliert Stellung.

Der Auftraggeber sowie die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin präzisierten in den Stellungnahmen vom 21. Juni 2002 ihr Vorbringen zu den Ausnahmetatbeständen nach § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG (Mobilfunk- und Funkrufdienste), § 3 Abs. 2 BVergG (Dienstleistungskonzession) sowie § 2 Abs. 1 Z 2 BVergG (Staatsicherheit).

In der mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 2002 präzisierten die Antragsteller die in den Schriftsätzen getätigten Ausführungen und legten dem Senat eine graphische Skizze vor. Über Befragen des Vorsitzenden zur geschätzten Auftragssumme führte Ing. Blaha (Auftraggeber) aus, dass der Auftraggeber mit EURO 1000,- pro Endgerät und Jahr gerechnet habe. In dieser Summe seien 100 bzw. 150 Euro pro Jahr Lieferanteil enthalten. Die geschätzte Gesamtauftragssumme betrage für beide Ressorts (BMI und BMLV) 24,5 Millionen Euro pro Jahr.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt

festgestellt:

Der Auftraggeber hat den gegenständlichen Auftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens EU-weit ausgeschrieben (vgl. Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften). Der Hauptgegenstand der CPV-Klassifizierung wurde mit "Fernsprech- und Datenübertragungsdienste" (CPC 75211, 75212, 75213, 75231, 75232) bezeichnet, der Nebengegenstand mit der CPV-Klassifizierung "Funkfernsprechdienste" (CPC 75213). Die kurze Beschreibung der gegenständlichen Leistung war "TETRA Bündelfunkdienst".

Die vom Auftraggeber vorgelegte Ausschreibungsunterlage für das Funkprojekt Adonis (29. Oktober 2001, Teil 1/3 Kapitel 1- 8, Anhang A und E) regelt insbesondere nachfolgendes:

### 1.1.1 Einleitung

1. Die Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Inneres (BMI), beabsichtigt, im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens die Bereitstellung eines digitalen Bündelfunkdienstes "ADONIS" für ganz Österreich zu beauftragen. Das BMI ist hier federführend für Bundesdienststellen, wie zB das Bundesministerium für Landesverteidigung (BMLV), Bundesministerium für Finanzen (BMF) und das Bundesministerium für Justiz (BMJ).

Darüberhinaus soll dieser Dienst auch anderen Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) zur Verfügung stehen, die der Auftragnehmer zu akquirieren haben wird. Unter BOS sind insbesondere Organisationen wie zB Ämter der Landesregierung, Bezirkshauptmannschaften und Feuerwehr- und Rettungsorganisationen zu verstehen.

2. Gegenstand dieser Ausschreibung ist die Bereitstellung eines österreichweiten digitalen Bündelfunkdienstes nach dem TETRA 25-Standard (vgl. aber auch Pkt 1.4.6 "Alternativangebote") sowie der Betrieb und die Wartung der dafür erforderlichen Infrastruktur und der Endgeräte. Weitere zu erbringende Leistungen betreffen die Planung, Akquisition, Schulung, Dokumentation und die Weiterentwicklung des Funkdienstes.
3. Mit dem ADONIS-Dienst muss den künftigen Nutzern eine Reihe von grundsätzlichen Leistungsmerkmalen - wie sie in den folgenden Kapiteln detailliert dargestellt sind -

termingerecht und im vollen Umfang bereitgestellt werden. Dabei sind insbesondere die Abhörsicherheit, Betriebssicherheit und Ausfallsicherheit sowie die Robustheit gegen Überlastung, der rasche Verbindungsaufbau mit Prioritätsstufen, Gruppenruf und Direct Mode konform mit den entsprechenden Vereinbarungen von Schengen zu

realisieren. Dabei wird die volle Interoperabilität mit Endgeräten verschiedener Hersteller, die Möglichkeit des Roaming und der Zusammenschaltbarkeit mit anderen TETRA-Netzen, die Erweiterbarkeit des Netzes, leistungsfähiger Übergänge in Festnetze und Mobilfunk und eine definierte funktechnische Versorgungs- und Servicequalität von ausschlaggebender Bedeutung. Da das klaglose Funktionieren des Funkdienstes für die Nutzer von existentieller Bedeutung sein wird, muss die Verfügbarkeit und Zuverlässigkeit des Funkdienstes und der Netzelemente höchsten Anforderungen entsprechen.

4. Das dem geforderten Funknetz zugrundeliegende Mobilfunknetz benötigt ein fortschrittliches Geräte-, Sicherheits- und Netzmanagement sowie standardisierte Schnittstellen nach dem Stand der Technik. Ebenso sind entsprechende offene Schnittstellen für kundenspezifische Lösungen (insbesondere Leitstellen und Datenträger - Dienste) und ein flexibles Billing-Konzept wesentliche Forderungen. Der Auftragnehmer muss auch über ein Konzept zur Weiterentwicklung des gesamten angebotenen Systems verfügen und die Betriebsführung und Wartung sowie die Erarbeitung von kundenspezifischen Lösungen durchführen.

### 1.1.2 Auftragnehmerleistungen

1. Es ist ein digitaler Funkdienst, der ADONIS-Dienst, nach dem TETRA 25-Standard entsprechend den betrieblichen und technischen Anforderungen bereitzustellen und laufend in Betrieb zu halten.
2. Der ADONIS-Dienst ist schrittweise, nach einem vom Auftraggeber definierten Phasenplan, einzuführen.
3. Die Dauer des Vertrages für den Betrieb des ADONIS-Dienstes beträgt 15 Jahre ab dem geplanten Termin der vollständigen Inbetriebnahme der Phase 3.
4. Der Auftragnehmer hat dazu den ADONIS-Dienst auf dem BOS-Frequenzband zu betreiben, das dem Auftraggeber vom BMVIT zugewiesen wurde.

5. Es wird Aufgabe des Auftragnehmers sein, weitere Nutzer zu akquirieren. Es wird abgeschätzt, dass eine Gesamtzahl von 80.000 Teilnehmern erreichbar ist, wobei für diese Erweiterungen allein die Akquisitionstätigkeit des Auftragnehmers ausschlaggebend ist und das BMI keine Gewähr für das Ausmaß der Erweiterung der Teilnehmerzahl übernimmt. Der Tarif für den ADONIS-Dienst, der für die Auftraggeber-Geräte durch den Auftraggeber zu entrichten ist, muss in diesem Fall entsprechend der Erweiterung der Teilnehmer reduziert werden. Akquiriert der Auftragnehmer weitere Nutzer, darf dies zu keiner Einschränkung der den bereits vorhandenen Nutzern zur Verfügung stehenden Leistungen/Leistungsmerkmalen führen.
6. Der Auftragnehmer muss eine Auswahl an Endgeräten zur Verfügung stellen, aus denen die Nutzer die für sich jeweils geeigneten Geräte auswählen können. Die Auswahl muss repräsentativ das Angebot des Marktes widerspiegeln. Die zur Auswahl bereitgestellten Endgeräte sind im Auftragsfall zu betreiben und im Tarifmodell zu berücksichtigen. Im Angebot ist daher die zum Aufbau des Funkdienstes verwendete Hardware (Endgeräte, Leitstellenendgeräte etc.) anzugeben und deren Leistungen im einzelnen darzustellen.
7. Der Auftraggeber verpflichtet sich zur Nutzung von 24.500 Stück Funkgeräten bis spätestens Ende der Phase 3. Optional hat der Bieter die Bereitstellung und den Betrieb von weiteren 5000 Stück Funkgeräten in Tranchen zu 100 Stück anzubieten. Der Auftragnehmer hat dazu die Leistungsfähigkeit seines Netzes entsprechend anzupassen.
8. Der Auftraggeber wird dem Auftragnehmer, der den ADONIS-Dienst zur Verfügung stellt, diverse Einrichtungen wie Standorte, Übertragungseinrichtungen, Personal etc. zur Verfügung stellen. Der Bieter muss ein Konzept für die Übernahme des Personals dazu erstellen. Der Funkdienst ist in die bestehenden Einrichtungen der BOS zu integrieren.
9. Der Auftragnehmer muss für alle mit dem Betrieb dieses Funkdienstes verbundenen Aufgaben eine entsprechende Organisationsstruktur planen, aufbauen und aufrechterhalten. Zu den Aufgaben, die während des Betriebs für die gesamte Vertragslaufzeit durchzuführen sein werden, gehören u.a. die technische und kaufmännische Betriebsführung, die Instandhaltung und Erneuerung der technischen Einrichtungen sowie die laufende Aktualisierung der Planung und der Dokumentation. Außerdem ist die Rückstellung der Anlagen am Ende der Vertragslaufzeit durchzuführen und ein Rückstellungsplan vorzulegen.
10. Der Auftragnehmer erhält erst ab dem Zeitpunkt der erfolgreichen Inbetriebnahme (vorgesehen für Ende März 2003) Vergütungen.

#### 1.4.10.2 Technisch/wirtschaftliche (inhaltliche) Prüfung

1. Die Bewertung der Angebote erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot, das gemäß folgenden Kriterien die meisten Punkte erhält, erteilt:

....

4. Die detaillierte Bewertung innerhalb der einzelnen Zuschlagskriterien gemäß Kapitel 1.4.10.2.1, 1.4.10.2.2, 1.4.10.2.3 und 1.4.10.2.4 wird im Folgenden festgelegt. In der Aufstellung wird die jeweils maximal erzielbare Punkteanzahl angegeben. Die minimal erzielbare Punkteanzahl (ungünstigstes Angebot in diesem Kriterium) ist jeweils ein Fünftel derselben. Dazwischen werden die Punkte aufgrund einer linearen Interpolation vergeben.

#### 1.4.10.2.1 Preise/Entgelte inkl. Vergütung für die Beträge des Auftraggebers

....

2. Einheitstarif - Preisbildung (Kap. 8.6.1): Das Angebot mit dem niedrigsten Tarif (einmaliger Tarif plus 20 mal jährlicher Tarif) erhält 13 Punkte.
  - a) Steigerung der Anzahl der Teilnehmer: das Angebot mit der größten Verminderung des Preises erhält 2 Punkte.

.....

3. Preisbildung für die variablen Elemente und Wettbewerbselemente (Kapitel 8.6.2): Das Angebot, das bezogen auf die vorgeschlagenen Dienstleistungen die geringste Summe der Gebühren (einmaliger Tarif plus 20 mal jährlicher Tarif) pro Einheit aufweist, erhält 2 Punkte.
  - a) Steigerung der Anzahl der Teilnehmer: das Angebot mit der größten Verminderung des Preises erhält 1 Punkt.

### 3. Betriebliche Anforderungen

#### 3.1.1 Standards

.....

2. Der Auftragnehmer konzipiert, liefert, installiert, testet, wartet, bedient und verwaltet den ADONIS-Dienst und dessen Infrastruktur. Er tritt als Eigentümer auf und ist als solcher jedem Teilnehmer, jeder Teilnehmergruppe und jedem Nutzer gegenüber verantwortlich. Er stellt Dienstleistungen in der vereinbarten zeitlichen und örtlichen Verfügbarkeit, entsprechend den mit jedem Nutzer abgeschlossenen Dienstgütevereinbarungen und der darauf aufbauenden Dienstfestlegung, zur Verfügung. Die Dienstfestlegung wird vom Auftragnehmer, basierend auf den betrieblichen

Anforderungen und der Dienstgütevereinbarung, erstellt.

#### 3.6 Dienstleistungen im Netz

##### 3.1.6 Ziel

1. In diesem Abschnitt wird der Kernbereich der erforderlichen TETRA Funktionalität beschrieben, die für den ADONIS-Dienst maßgebend ist:

- a) Bündelfunk-Dienste - Einzelruf, Gruppenruf und Sammelruf;
- b) Direct Mode-Dienste - Einzelruf, Gruppenruf;
- c) Sprachdienste;
- d) Datenträgerdienste;
- e) Datenteledienste;
- f) zusätzliche Dienste
- g) Notrufdienste;
- h) Boden-Luft-Verbindungen.

##### 5. Zusätzliche Dienstleistungen

#### 5.1 Einleitung

1. Während im Kapitel "betriebliche Anforderungen" die geforderten TETRA-Funktionalitäten beschrieben sind, werden in diesem Kapitel jene Dienstleistungen spezifiziert, welche zusätzlich für den Betrieb des Funknetzes notwendig sind. Im besonderen handelt es sich um Dienstleistungen, die während der Errichtung des Netzes benötigt werden, wie die gesamte Detailplanung und die Migration, aber auch um unterstützende Dienstleistungen wie Wartung, Schulung und Dokumentation.

#### 5.5.6 Marketingleistungen (laufend zu erbringende Leistung)

##### 5.5.6.1. Generell

1. Vom Auftragnehmer sind zur Bereitstellung des Funkdienstes Marketingleistungen zu erbringen, um möglichst viele BOS-Kunden ans Netz zu bringen.

##### 5.5.6.2 Akquisition von BOS-Teilnehmern

1. Der Auftragnehmer hat die Aufgabe, während der gesamten Laufzeit des Vertrages, Teilnehmer aus dem BOS-Kreis zu akquirieren und ans Netz zu nehmen.

#### 8.1.1. Tarifmodelle

..

3. Der Auftragnehmer verpflichtet sich zur Reduzierung der Tarife für den Auftraggeber, wenn Teilnehmer anderer Nutzer ins Netz aufgenommen worden sind.

### 8.2.2.2 Standorte

1. Vom Bieter ist mit dem Angebot bekannt zu geben, wie viele Standorte er ungefähr benutzen möchte. Für diese Anzahl, die in der Dienstfestlegungsphase vom Auftragnehmer im Einvernehmen mit dem Auftraggeber im einzelnen fixiert wird, ist eine Preisminderung/ein Abschlag den gemäß definierten Tarifmodellen anzubieten. Ändert sich in der Dienstfestlegungsphase einvernehmlich die Menge der beigestellten Standorte um mehr als + - 3 %, wird eine Änderung der Abschläge aliquot vorgenommen, ansonsten bleibt der Abschlag unverändert.

### 8.2.3 Richtlinien für Preisminderungen durch Anschluss von Teilnehmern außerhalb der vom Auftraggeber garantierten Teilnehmer

1. Vom Bieter sind Abschläge für die Preise/Entgelte gemäß den definierten Tarifmodellen anzubieten, wenn neben den garantierten Teilnehmern des Auftraggebers weitere Nutzer an das Netz angeschlossen werden.
2. Nachdem angenommen werden kann, dass der Bieter verschiedene Tarife für die Nutzer anbieten wird, ist für jeden Nutzer ein Abschlag in Abhängigkeit der Anzahl der Teilnehmerendgeräte anzubieten.

### 8.3 Preisstruktur für Dienste

#### 8.3.1 Grundsätze zur Preisbildung

....

3. Der Auftraggeber wird die Preise minimieren und begrüßt Vorschläge zur kreativen Risikoteilung mit dem Auftragnehmer.

.....

6. Alle Preise sind als jährliche Gebühr anzugeben.

Anhang C 5 des Teils 3/3 der Ausschreibungsunterlage für das Funkprojekt ADONIS sieht die Geräte- und Teilnehmerzahl pro Standort je nachfolgender Nutzergruppe vor:

1. BMI: Gendarmerie, Polizei (garantiert)
2. BMI: Zollwache (Marktpotential)
3. BMI: Justizwache (Marktpotential)
4. BMI: Schifffahrtspolizei (Marktpotential)
5. BMLV: (garantiert)
6. Feuerwehr (Marktpotential)
7. Rettungsorganisationen (Marktpotential)
8. Gemeindepolizei (Marktpotential)
9. Staatsgrundnetzteilnehmer (Marktpotential)
10. Bezirkshauptmannschaften (Marktpotential)
11. Straßenmeistereien für größere Bundesstraßen, Schnellstraßen und Autobahnen (Marktpotential)

Die geschätzte Auftragssumme gliedert sich wie folgt:

EURO 1000,- pro Endgerät und Jahr, wobei der Lieferanteil 100 bzw. 150 Euro pro Jahr ausmacht. Die geschätzte Gesamtauftragssumme beträgt für die Ressorts BMI und BMLV 24,5 Millionen Euro pro Jahr (vgl. dazu Aussagen Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vom 25.6.2002).

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Gemäß § 4 BVerGG gelten Aufträge, die sowohl Lieferungen im Sinne des § 1 als auch Dienstleistungen im Sinne des § 3 zum Gegenstand haben, als Dienstleistungsaufträge, wenn der Wert der vom Auftrag erfassten Dienstleistungen höher ist als der Gesamtwert der Waren. Andernfalls gelten derartige Aufträge als Lieferaufträge.

Da der gegenständliche Auftrag unzweifelhaft sowohl Dienstleistungs- als auch Lieferelemente enthält, war die Frage nach dem wertmäßigen Überwiegen vorab zu prüfen.

Zunächst ist entgegen dem Vorbringen der Antragsteller festzuhalten, dass der Auftrag nicht als Finanzierungsleasing bezeichnet werden kann. Ein Finanzierungsleasing ist als besondere Finanzierungsform anzusehen. Nach den üblichen AGB wird der Vertrag auf eine bestimmte, abgesehen von Leistungsstörungen unkündbare (Grund-) Laufzeit abgeschlossen, die kürzer ist als die übliche Nutzungsdauer des überlassenen Wirtschaftsgutes. Dabei wird stets volle Amortisation des vom Leasinggeber eingesetzten Kapitals zuzüglich Finanzierungskosten und angemessenem Gewinn zu Lasten des Leasingnehmers angestrebt. Auch die Überwälzung der Sach- und weitgehend der Preisgefahr auf den Leasingnehmer ist typisch. Beim Finanzierungsleasing gehört überdies die Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauches der Sache zur unabdingbaren Verpflichtung des Leasinggebers im Austauschverhältnis zu den Leasingraten (vgl. dazu Rummel ABGB, 2. Auflage, § 1090, Rz 27 und 32). Gegenstand der Auftragnehmerleistungen ist nicht - wie von den Antragstellern verneint - die Errichtung eines österreichweiten digitalen Bündelfunkdienstsystems, sondern vielmehr deren Bereitstellung und laufende Inbetriebhaltung (vgl. Pkt. 1.1.2 der Ausschreibungsunterlagen). Demzufolge ist der Auftrag auch nicht als "Gebrauchsüberlassungsvertrag" sui generis zu bezeichnen, da die Bereitstellung des digitalen Funkdienstes im Vordergrund steht und somit Hauptmerkmal des gegenständlichen Auftrages ist. Eine Einordnung als Lieferauftrag im Sinne des § 1 BVerG aus dem Grunde des Finanzierungsleasings scheidet somit aus.

Bei der Frage nach dem wertmäßigen Überwiegen im Sinne des § 4 BVerG ist zunächst der vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung angegebene geschätzte Auftragswert heranzuziehen, wobei grundsätzlich festgehalten werden muss, dass primärer Maßstab dieses Wertes die vom Auftraggeber herangezogenen Schätzungen sind. Im übrigen wurde die vom Auftraggeber vorgenommene geschätzte Auftragssumme von den Antragstellern in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten. Nach den Aussagen des Auftraggebers gliedert sich die geschätzte Auftragssumme in EURO 1000,- pro Endgerät und Jahr, wobei der Lieferanteil 100 bis 150 Euro pro Jahr ausmacht. Die geschätzte Gesamtauftragssumme beträgt für die Ressorts BMI und BMLV 24,5 Millionen Euro pro Jahr. Entscheidend ist, dass in den geschätzten EURO 1000,- pro Endgerät und Jahr ein Lieferanteil von 100 bzw. 150 Euro enthalten ist, dieser sohin wertmäßig weit unter dem Dienstleistungsanteil liegt. Ein weiteres Argument für die Einordnung als Dienstleistungsauftrag ist der Umstand, dass die Endgeräte isoliert als Waren betrachtet in technisch-funktionaler Hinsicht keinen eigenen Wert besitzen, sondern nur im Zusammenhang mit dem bereitzustellenden Bündelfunksystem Bedeutung erlangen.

Zudem ist sowohl aus der Veröffentlichung der Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften, worin von Fernsprech- und Datenübertragungsdiensten bzw. Funkfernspechdiensten gesprochen wird, als auch aus der Ausschreibungsunterlage vom 29. Oktober 2001 (Teil 1/3) ersichtlich, dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag handelt. Schon unter Pkt. 1.1.1, 2. Absatz, wird als Gegenstand der Ausschreibung von einem Bündelfunkdienst und in weiterer Folge vom ADONIS-Dienst gesprochen. Auf Grund von Pkt. 3.6., Dienstleistungen im Netz ("Kernbereich der erforderlichen Tetrafunktionalität), sowie Pkt. 5, Zusätzliche Dienstleistungen, der Ausschreibungsunterlage ist zudem davon auszugehen, dass bei dem gegenständlichen Auftrag primär Dienstleistungen zu erbringen sein werden (vgl. Sachverhaltsfeststellungen).

Auf Grund der Überwiegungsregel des § 4 BVerG ist der gegenständliche Auftrag daher als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 3 BVerG zu qualifizieren, wobei im folgenden zu prüfen ist, ob der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 1 Z 3 BVerG vorliegt.

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 3 BVerG gilt dieses Bundesgesetz nicht für Fernsprechdienstleistungen, Telexdienste, Mobilfunk, Funkrufdienst und Satellitenkommunikation. Diese Bestimmung entspricht im wesentlichen Art. 1 lit. a der DL-RL, wonach Fernsprechdienstleistungen, Telexdienste, der bewegliche Telefondienst, Funkrufdienst und die Satellitenkommunikation ausgenommen sind.

Zum Vorbringen der Antragsteller nach einer verfassungskonformen Auslegung der Bestimmung des § 3 Abs. 1 Z 3 BVerG ist festzuhalten, dass das Bundesvergabeamt die einschlägige Bestimmung selbst dann weiter anzuwenden hätte, wenn diese - so wie die Antragsteller verneinen - verfassungswidrig wäre, da dem Bundesvergabeamt keine Kompetenz zur Anrufung des Verfassungsgerichtshofes im Sinne des Art. 140 Abs. 1 B-VG zukommt. Auch der Vorschlag der Kommission zu einem Richtlinienentwurf sowie die Regierungsvorlage zum neuen Bundesverfassungsgesetz vermögen an den in Geltung stehenden Ausnahmetatbeständen nichts zu ändern.

Die Antragsteller bringen in ihrem Schriftsatz vom 12. Juni 2002 vor, dass der Ausnahmetatbestand nach § 3 Abs. 1 Z 3 BVerG nicht erfüllt sei, da



Fernsprechdienstleistungen/Sprachtelefondienste nicht primär zu erbringen seien. In Zukunft sollten nämlich Daten jeglicher Art übertragen werden und dem Auftraggeber zahlreiche Zusatzfunktionen zur Verfügung stehen. Im Sinne einer verfassungskonformen weiten Auslegung der Zuständigkeitskompetenz des Bundesvergabeamtes beschränke sich die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG "Fernsprechdienstleistungen" bzw. "Mobilfunk" auf die Übertragung bloßer Sprache. Datenübertragungen seien - sofern es sich nicht um Telex handelt - dagegen nicht von dieser Ausnahme erfasst. Die Antragsteller befinden sich in dieser Stellungnahme aber offensichtlich im Widerspruch zu ihrem Antragsvorbringen vom 13. Mai 2002, in welchem sie unter Pkt. II (Sachverhalt), Abs. 2 folgendes hervorheben:

Kennzeichen des nunmehr ausgeschriebenen TETRA-Funkdienstes ist, dass eine "Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben" (kurz: BOS-Teilnehmer) - übergreifende Kommunikation ermöglicht wird; also "alle BOS-Teilnehmer im gleichen System funken".

Das Vorbringen vom 13. Mai 2002 ist wohl dahingehend zu interpretieren, dass die Antragsteller den Wesenskern der gegenständlichen Ausschreibung in der Ermöglichung einer übergreifenden Kommunikation, nämlich dem Funkdienst für alle BOS-Teilnehmer, erblicken. In Kapitel 1 des Weißbuches ("Warum ein neuer Funkdienst?") wird auf die Notwendigkeit eines neuen Digitalfunks hingewiesen und der Grundsatz aufgestellt: "Jeder muss erreichbar sein und mit jedem kommunizieren können." Im Kapitel 2 wird der ADONIS-Dienst umfassend beschrieben ("Was ist ADONIS?"). Demnach bietet ADONIS einen österreichweit harmonisierten Funkdienst in digitaler, abhörsicherer und überlastungsresistenter Bündelfunktechnik. Neben der Sprachwurf gleichzeitig auch die Datenübertragung ermöglicht, die bei allen BOS-Diensten immer mehr Bedeutung gewinnt. Auch die Ausschreibungsunterlage vom 29. Oktober 2001 (Teil 1/3) macht deutlich, dass dem Funkruf - bzw. Sprachdienst ein sehr hoher Stellenwert zukommt (vgl. Pkt. 3.6 Dienstleistungen im Netz). Die von den Antragstellern im Schriftsatz vom 13. Mai 2002 vorgebrachte Annahme, wonach die Ausschreibung vom ADONIS-System faktisch ausschließlich Datenübertragungen fordere, ist somit auf Grund der Vorgaben des Weißbuches als auch des Inhalts der Ausschreibungsunterlage vom 29. Oktober 2001 schlicht unrichtig. Den Antragstellern ist zwar zuzubilligen, dass entsprechend dem Inhalt des Weißbuches und der Ausschreibungsunterlage durch den ADONIS-Dienst neben der Sprachübertragung auch die gleichzeitige Datenübertragung ermöglicht werden soll. Die Antragsteller übersehen jedoch dabei, dass sich ein moderner Funkdienst nicht mehr allein auf die Sprachübertragung beschränkt, sondern auch die Datenübertragung mit einschließt (vgl. Handynetze). Auch die Definition des Begriffs "beweglicher Telefondienst", der dem Begriff "Mobilkommunikationsdienste" entspricht, stellt klar, dass es sich um "Dienste, ausgenommen Satellitendienste, deren Bereitstellung ganz oder teilweise im Aufbau von

Funkverbindungen zu einem Mobilfunkbenutzer besteht und für die ganz oder teilweise Mobilkommunikationssysteme in Anspruch genommen werden" handelt. Mobilkommunikationssysteme im Sinne dieser Vorschrift sind "Systeme, die im Aufbau und Betrieb einer Mobilnetzinfrastruktur bestehen, unabhängig davon, ob sie an öffentliche Netzabschlusspunkte angeschlossen sind oder nicht, zur Unterstützung der Übertragung und Bereitstellung von Funkdiensten für Mobilkommunikationsbenutzer". (vgl. dazu Boesen, Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, § 100, Rz. 130). Auch auf Grund dieser Definition ist davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Sprachübertragung jedenfalls auch die Möglichkeit der Übertragung von Daten mit einschließt.

Schließlich ist den Antragstellern in der Interpretation des § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG dahingehend entgegenzutreten, dass der Wortlaut dieser Ausnahmebestimmung nicht ausschließlich auf öffentliche Telekommunikationsleistungen abstellt. Daher ist die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG jedenfalls auch auf private BOS-Nutzer anzuwenden.

Auf Grund obiger Ausführungen ist somit klargestellt, dass die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG gegeben und das Bundesvergabeamt zur inhaltlichen Prüfung der Anträge nicht zuständig ist.

Selbst wenn man jedoch - sowie die Antragsteller - davon ausgeht, dass Dienstleistungen, die nicht unter die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG fallen, überwiegen, ist das Bundesvergabeamt zur inhaltlichen Prüfung der Anträge nicht zuständig, da der Vertrag als öffentliche Dienstleistungskonzession zu qualifizieren ist und daher der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 2 BVergG vorliegt.

Zur Definition der (Dienstleistungs-) Konzession führte Generalanwalt Siegbert Alber in seinen Schlussanträgen vom 18.3.1999 in der RS C-108/98 (RI. SAN Srl gegen Commune die Ischia) folgendes aus: Für eine Konzession im gemeinschaftsrechtlichen Sinne besteht keine einheitliche Definition, es müssen jedoch einige Merkmale vorliegen. So müssen die Nutznießer der zu erbringenden Leistung Dritte, am Vertrag nicht beteiligte Personen sein. Durch die zu erbringende Leistung muss außerdem eine Aufgabe im Allgemeininteresse erfüllt werden, also eine Aufgabe, deren Erfüllung grundsätzlich einer öffentlichen Stelle obliegt. Die Vergütung des Konzessionärs muss entsprechend der geleisteten Dienste erfolgen und der Konzessionär muss letztlich das

wirtschaftliche Risiko bei der Aufgabenerfüllung tragen (siehe dazu Fruhmann u.a., BVergG, Anmerkung 9 zu § 3).

Unstrittig erfüllt die gegenständlich zu erbringende Leistung eine Aufgabe im Allgemeininteresse, da aus den Leitlinien des Weißbuches hervorgeht, dass ein einheitliches Behördenfunknetz für BOS-Teilnehmer geschaffen werden soll, um die enge Zusammenarbeit aller Hilfs- und Sicherheitsorganisationen zu ermöglichen (vgl. Kapitel 1 des Weißbuches, "Warum ein neuer Funkdienst?").

Vertragspartner der zu erbringenden Leistung ist zwar gemäß Pkt. 1.1.2, Abs. 7 der Ausschreibungsunterlage auch der Auftraggeber, da er die Verpflichtung zur Nutzung von 24.500 Stück Funkgeräten übernommen hat, jedoch ist aus der Ausschreibungsunterlage weiters ersichtlich, dass eine Gesamtzahl von insgesamt 80.000 Teilnehmern erreicht werden soll (vgl. Pkt. 1.1.2, Abs. 5). Auch aus der Aufstellung des Anhangs C5 des Teils 3/3 der Ausschreibungsunterlage (vgl. Sachverhaltsfeststellungen) geht hervor, dass der überwiegende Teil der beabsichtigten Teilnehmer vom Auftraggeber verschiedene Dritte, sohin am Vertrag nicht beteiligte Personen sein sollen.

Das entscheidungsrelevante Element für die Qualifikation des Auftrages als Dienstleistungskonzession bleibt jedoch, dass der Konzessionär das wirtschaftliche Risiko bei der Aufgabenerfüllung zu tragen hat. Nach der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht liegt eine Dienstleistungskonzession dann vor, "wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt (Erbringung der Dienstleistung und deren Nutzung), in dem er seine Vergütung, in welcher Form auch immer, über den Benutzer - insbesondere durch die Erhebung von Gebühren (vgl. Pkt. 8.3.1, Abs. 7 der Ausschreibungsunterlage) - erhält. Die Art der Vergütung, die der Unternehmer erhält, zeigt - wie auch bei der Baukonzession - wer das Nutzungsrisiko trägt" (vgl. Mitteilung der Kommission zur Auslegungsfragen im Bereich der Konzession im Gemeinschaftsrecht, Brüssel, 12.4.2000). Entgegen dem Vorbringen der Antragsteller trägt beim gegenständlichen Auftrag der Auftragnehmer aus nachfolgenden Gründen das wirtschaftliche Risiko:

Aus den Ausschreibungsunterlagen geht eindeutig hervor, dass es die Absicht des Bundes war, nur zu einem Drittel Empfänger der gegenständlichen Dienstleistungen zu werden (vgl. Pkt. 1.1.2, Abs. 7). Aufgabe der Auftragnehmer ist es daher, weitere Nutzer zu akquirieren, wobei entscheidend ist, dass für diese Erweiterungen allein die Akquisitionstätigkeit des Auftragnehmers ausschlaggebend ist und das BMI (=

Auftraggeber) keine Gewähr für das Ausmaß der Erweiterung der Teilnehmerzahl übernimmt (vgl. Pkt.1.1.2, Abs. 5). Schon auf Grund dieser Formulierung ("keine Gewähr") ist abzuleiten, dass das wirtschaftliche Risiko für das Ausmaß der Erweiterung der Teilnehmerzahl allein beim Auftragnehmer liegt.

Darüber hinaus ist die Ausschreibung (vgl. Pkt. 1.4.10.2.1, Abs. 2) im Hinblick darauf, dass das Angebot mit dem niedrigsten Tarif 13 Punkte und das Angebot mit der größten Verminderung des Preises 2 Punkte erhält und folglich der Bieter gezwungen ist, einerseits einen möglichst geringen Basistarif anzubieten und andererseits mit einer

größtmöglichen Akquisition an Nutzern zu kalkulieren, um kostendeckend bzw. gewinnbringend wirtschaften zu können, darauf ausgerichtet, dass das wirtschaftliche Risiko ausschließlich der Auftragnehmer zu tragen hat.

Die Antragsteller bringen nun insbesondere vor, dass eine Garantie/Verpflichtung der Bieter, eine Mindestzahl an BOS-Nutzer anzuschließen, nicht bestehe. Solange weniger Nutzer angeschlossen seien, zahle der Auftraggeber einen entsprechend höheren Tarif und trage daher das wirtschaftliche Risiko. Die Antragsteller verkennen in ihrer Argumentation jedoch, dass bei der Beurteilung, ob der Auftrag als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren ist, nicht von einem theoretisch möglichen Szenarium - wie dies von den Antragstellern vorgebracht - auszugehen ist, sondern vielmehr von der tatsächlichen Absicht des Auftraggebers, die in den Ausschreibungsunterlagen präzise formuliert worden ist. Dabei ist insbesondere auf die vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte wirtschaftliche Betrachtungsweise des gegenständlichen Auftrages hinzuweisen, die sich insbesondere in der unter Pkt. 1.4.10.2 dargelegten Bestbieterermittlung der Ausschreibung widerspiegelt. Aus Pkt. 1.4.10.2, Abs. 4, ergibt sich, dass in den Aufstellungen die jeweils maximal erzielbare Punkteanzahl angegeben wird. Pkt. 1.4.10.2.1, Abs. 2 und 3, bestimmen in Bezug auf die "Steigerung der Anzahl der Teilnehmer", dass das Angebot mit der größten Verminderung des Preises 2 bzw. 1 Punkt erhält. Auf Grund dieser Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" werden die Bieter daher angehalten sein, mit einer entsprechend hohen Anzahl von Teilnehmern zu kalkulieren, um so möglichst viele BOS-Kunden ans Netz zu bringen. Dies ergibt sich im übrigen auch aus dem von den Antragstellern selbst vorgebrachten Punkt 5.6 der Ausschreibungsunterlage (Marketingleistungen). Darin wird von den Auftragnehmern verlangt, zur Bereitstellung des Funkdienstes Marketingleistungen zu erbringen, um möglichst viele BOS-Kunden ans Netz zu bringen (vgl. Pkt. 5.5.6.1, Abs. 1). Aus Pkt. 5.5.6.2 (Akquisition von BOS-Teilnehmer) ergibt sich, dass

der Auftragnehmer die Aufgabe hat, während der gesamten Laufzeit des Vertrages, Teilnehmer aus den BOS-Kreis zu akquirieren und ans Netz zu nehmen.

Zusammenfassend ist daher auf Grund der Ausschreibungsbedingungen davon auszugehen, dass der Auftragnehmer das wirtschaftliche Risiko trägt, welches insbesondere auch durch die Übernahme der Betriebspflicht zum Ausdruck gebracht wird (vgl. Pkt. 1.1.2, 9. Absatz).

Das von der Europäischen Kommission bezeichnete Hauptmerkmal einer Dienstleistungskonzession, nämlich die Übernahme des mit der Dienstleistung verbundenen Risikos, ist beim gegenständlichen Auftrag erfüllt und war dieser daher als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren.

Da somit die Ausnahmetatbestände des § 3 Abs. 1 Z 3 sowie § 3 Abs. 2 BVergG erfüllt sind, war die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zu verneinen.