

# TE Verg Bescheid 2013/7/25 VKS-488388/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.07.2013

## Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §98 Abs7 und 8

BVergG 2006 §107 Abs7

BVergG 2006 §129

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
  3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
- 
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
- 
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 107 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* und die Mitglieder \*\*\* über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus \*\*\* AG \*\*\*, \*\*\* Gesellschaft m.b.H., \*\*\* AG, \*\*\*, vertreten durch Bartlmä Madl Köck Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe des Bauauftrages "5385 Schwachstrom; Krankenhaus Nord; 1210 Wien, Brünner Straße 68", durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN, Grinzinger Allee 3, 1190 Wien, diese vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 14.6.2013 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 14.6.2013 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 26.6.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007, in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 98 Abs. 7 und 8, 107 Abs. 7, 129 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 98, Absatz 7 und 8, 107 Absatz 7, 129, BVergG 2006.

### Begründung

Die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt (Supplement zum Amtsblatt der EU 2012/S 217-357536 vom 10.11.2012). Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Angebotsende war der 19.12.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Neben der Antragstellerin haben sich vier weitere Unternehmen am Vergabeverfahren durch rechtzeitige Abgabe eines Angebotes beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht.

Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin am 26.2.2013 eine (erste) Zuschlagsentscheidung getroffen hat. Gegen diese Zuschlagsentscheidung haben sowohl die Antragstellerin sowie eine weitere Bieterin Nachprüfungsanträge eingebracht, die zu VKS - 199432/13 und VKS - 196836/13 protokolliert wurden. Im Verfahren VKS - 196836/13 hat der Vergabekontrollsenat dem Nichtigerklärungsantrag der drittgereichten Bieterin Folge gegeben und die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Bescheid vom 23.4.2013 für nichtig erklärt. Daraufhin hat die Antragstellerin ihren zu VKS - 199432/13 protokollierten Nachprüfungsantrag zurückgezogen. In weiterer Folge hat die Antragsgegnerin das

Vergabeverfahren fortgesetzt und unter anderem der Antragstellerin mit Schreiben vom 7.5.2013 mitgeteilt, dass deren Angebot Mängel aufweisen würde, insbesondere seien nicht für sämtliche in den "Kupfer"-Positionen genannten Hersteller entsprechende Zertifikate vorgelegt worden und die Schulungsanmeldungen betreffend die LWL-Positionen würden teilweise nicht die geforderten Schulungstermine ausweisen. Dazu hat die Antragstellerin innerhalb der ihr gesetzten Frist weitere Unterlagen übermittelt.

Mit dem der Antragstellerin am 14.6.2013 zugegangenen E-Mail hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot auszuscheiden und den Zuschlag der preislich an erster Stelle liegenden Bieterin erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 24.6.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung sowohl der Ausscheidungs- als auch der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, die von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe würden nicht vorliegen, weil ihr Angebot den Ausschreibungsanforderungen entspreche und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wäre. Soweit die Antragsgegnerin geltend mache, in der Unterleistungsgruppe OG01 LG08 ULG41 habe die Bietergemeinschaft eine echte Bieterlücke nicht ausgefüllt, sei darauf zu verweisen, dass hier das bestandfest als Beispiel genannte Erzeugnis als angeboten gelte. Auch die erforderlichen Mitarbeiterzertifikate seien von ihr in der entsprechenden Anzahl vorgelegt worden. Die Ausscheidungsentscheidung wäre daher für nichtig zu erklären. Aber auch die Zuschlagsentscheidung erweise sich als rechtswidrig, da es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der technischen Leistungsfähigkeit (Zertifikate und Schulungsanmeldungen) mangle. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe auch zahlreiche echte Bieterlücken nicht ausgefüllt und die geforderten Referenzen nicht beigebracht. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine unplausible Preisgestaltung aufweise. Die Zuschlagsentscheidung wäre daher ebenfalls für nichtig zu erklären. Nach Stattgebung ihrer Nichtigklärungsanträge müsste die Antragstellerin mit ihrem an zweiter Stelle liegenden Angebot zum Zuge kommen. Durch die rechtswidrigen Entscheidungen der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Nichtausscheiden und Berücksichtigung ihres Angebotes, auf Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, auf Prüfung deren Angebotes nach den in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien und technischen Spezifikationen, auf Prüfung der Preisangemessenheit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, insbesondere hinsichtlich einer spekulativen Preisgestaltung, auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, Erteilung des Zuschlages und darauf, dass eine Zuschlagsentscheidung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme sowie auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben verletzt. Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 24.6.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung sowohl der Ausscheidungs- als auch der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, die von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe würden nicht vorliegen, weil ihr Angebot den Ausschreibungsanforderungen entspreche und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wäre. Soweit die Antragsgegnerin geltend mache, in der Unterleistungsgruppe OG01 LG08 ULG41 habe die Bietergemeinschaft eine echte Bieterlücke nicht ausgefüllt, sei darauf zu verweisen, dass hier das bestandfest als Beispiel genannte Erzeugnis als angeboten gelte. Auch die erforderlichen Mitarbeiterzertifikate seien von ihr in der entsprechenden Anzahl vorgelegt worden. Die Ausscheidungsentscheidung wäre daher für nichtig zu erklären. Aber auch die Zuschlagsentscheidung erweise sich als rechtswidrig, da es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der technischen Leistungsfähigkeit (Zertifikate und Schulungsanmeldungen) mangle. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe auch zahlreiche echte Bieterlücken nicht ausgefüllt und die geforderten Referenzen nicht beigebracht. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine unplausible Preisgestaltung aufweise. Die Zuschlagsentscheidung wäre daher ebenfalls für nichtig zu erklären. Nach Stattgebung ihrer Nichtigklärungsanträge müsste die Antragstellerin mit ihrem an zweiter Stelle liegenden Angebot zum Zuge kommen. Durch die rechtswidrigen Entscheidungen der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Nichtausscheiden und Berücksichtigung ihres Angebotes, auf Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, auf Prüfung deren Angebotes nach den in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien und technischen Spezifikationen, auf Prüfung der Preisangemessenheit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin,

insbesondere hinsichtlich einer spekulativen Preisgestaltung, auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, Erteilung des Zuschlages und darauf, dass eine Zuschlagsentscheidung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme sowie auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben verletzt.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohten der Antragstellerin erhebliche Schäden an entgangenem Gewinn, Verlust von Deckungsbeiträgen und der Kosten der Angebotslegung, die von ihr näher dargestellt werden. Dazu käme auch der Verlust eines für sie signifikanten Referenzprojektes. Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 26.6.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 1.7.2013 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Verfahren als teilnahmeberechtigte Partei beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zusammenfassend ausgeführt, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht auszuschneiden, da sie offenbar echte Bieterlücken nicht ordnungsgemäß ausgefüllt habe, womit ein unbehebbarer Mangel vorliege. Außerdem habe die Antragstellerin die erforderlichen Mitarbeiterzertifikate nicht vorgelegt. Letztlich weist die Teilnahmeberechtigte darauf hin, dass zwei Mitglieder der Bietergemeinschaft der Antragstellerin für zwei Sicherheitssysteme Lizenzgeber und damit ausschließlich bezüglich dieser Systeme vertriebsbefugt wären. Beide Systeme beanspruchen einen Marktanteil von zusammen 70 %. Durch den Zusammenschluss in der Bietergemeinschaft werde damit der Ausscheidungsstatbestand des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 verwirklicht. Die Teilnahmeberechtigte habe sämtliche in der Ausschreibung vorgesehenen Bieterlücken ordnungsgemäß ausgefüllt. Die von ihr angebotenen Preise seien betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, was auch durch die von der Antragsgegnerin durchgeführte Angebotsprüfung bestätigt worden sei. Die geforderten Referenzen seien von der Teilnahmeberechtigten mehrfach nachgewiesen und von der Antragsgegnerin geprüft worden. Mit Schriftsatz vom 1.7.2013 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Verfahren als teilnahmeberechtigte Partei beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zusammenfassend ausgeführt, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht auszuschneiden, da sie offenbar echte Bieterlücken nicht ordnungsgemäß ausgefüllt habe, womit ein unbehebbarer Mangel vorliege. Außerdem habe die Antragstellerin die erforderlichen Mitarbeiterzertifikate nicht vorgelegt. Letztlich weist die Teilnahmeberechtigte darauf hin, dass zwei Mitglieder der Bietergemeinschaft der Antragstellerin für zwei Sicherheitssysteme Lizenzgeber und damit ausschließlich bezüglich dieser Systeme vertriebsbefugt wären. Beide Systeme beanspruchen einen Marktanteil von zusammen 70 %. Durch den Zusammenschluss in der Bietergemeinschaft werde damit der Ausscheidungsstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 verwirklicht. Die Teilnahmeberechtigte habe sämtliche in der Ausschreibung vorgesehenen Bieterlücken ordnungsgemäß ausgefüllt. Die von ihr angebotenen Preise seien betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, was auch durch die von der Antragsgegnerin durchgeführte Angebotsprüfung bestätigt worden sei. Die geforderten Referenzen seien von der Teilnahmeberechtigten mehrfach nachgewiesen und von der Antragsgegnerin geprüft worden.

Am 3.7.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, die Antragstellerin habe in der Unterleistungsgruppe OG01 LG08 ULG41 (Fernmeldekabel und -leitungen LSOH) in drei Positionen unzweifelhaft echte Bieterlücken nicht ausgefüllt. Leitprodukte seien dort nicht angeführt gewesen, in den Bieterlücken seien Erzeugnis und Type einzutragen gewesen. Die in der Vorbemerkung zu diesen drei Positionen angeführten Bezeichnungen seien keine Angaben von Erzeugnis und Type sondern eine technische Spezifikation. Die Angabe eines konkreten Produktes durch den Bieter sei daher zwingend vorgesehen. Die Antragsgegnerin habe kein Leitprodukt festgelegt. Die Antragstellerin sei hinsichtlich der geforderten Hersteller - Zertifikate zu Mängelbehebungen aufgefordert worden. Sie habe es unterlassen, innerhalb der ihr gesetzten Frist die geforderten Zertifikate vorzulegen bzw. Aufklärung zu erteilen. Bereits aus diesem Grund sei das Ausscheiden des Angebotes gerechtfertigt. Jedenfalls habe die Antragstellerin nur ein Zertifikat für das Unternehmen \*\*\* sowie vier Kursbesuchsbestätigungen von \*\*\* vorgelegt. Hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung bringt die Antragsgegnerin vor, die technische Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten sei geprüft und für gegeben befunden worden. Die Bieterlücken seien von der Teilnahmeberechtigten ordnungsgemäß ausgefüllt worden. Die entsprechenden Positionspreise im Angebot seien einer vertieften Prüfung unterzogen und für plausibel bzw. nachvollziehbar befunden worden. Eine unplausible Preisgestaltung liege nicht vor. Die Teilnahmeberechtigte habe auch die verlangten Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbracht.

Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 18.7.2013 geantwortet und zur Ausscheidung ihres Angebotes

zunächst auf das Urteil des EuGH vom 4.7.2013, C- 100/12-Fastweb, verwiesen. Sie vertritt im Zusammenhang mit dieser Entscheidung den Standpunkt, dass ungeachtet, ob ihr Angebot auszuschneiden sei oder nicht, der Vergabekontrollsenat verpflichtet wäre, auch die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung zu prüfen. In Zusammenhang damit bringt sie ergänzend vor, dass sämtliche übrigen Angebote - ausgenommen ihr eigenes - auszuschneiden gewesen wären. Zu den Gründen für die Ausscheidung ihres Angebotes ergänzt sie ihr bereits bekanntes Vorbringen und legt zur "Gültigkeit" von Zertifikaten ein Bestätigungsschreiben des Unternehmens \*\*\* vor. Eine wettbewerbswidrige Absprache unter den Mitgliedern der Bietergemeinschaft wird von ihr bestritten.

Mit Schreiben vom 23.7.2013 hat die Antragsgegnerin darauf repliziert und ausgeführt, warum die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des EuGH nicht einschlägig sei und kein zwingender Widerrufsgrund vorliege. Die Behauptung der Antragstellerin, dass alle Angebote auszuschneiden wären, sei überdies völlig unsubstantiiert.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom teilweise übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde und als unstrittig angesehen werden kann, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die jeweils auch der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 25.7.2013 ausgegangen. Danach wird folgender, entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Das Angebotsende war der 19.1.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Neben der Antragstellerin haben sich vier weitere Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Das Angebotsende war der 19.1.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Neben der Antragstellerin haben sich vier weitere Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht.

Die Antragsgegnerin hat am 26.2.2013 ihre (erste) Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten mitgeteilt. Diese Zuschlagsentscheidung wurde sowohl von der Antragstellerin als auch der drittgereichten Bieterin mit Nichtigerklärungsanträgen angefochten. Die (erste) Zuschlagsentscheidung wurde über Antrag der drittgereichten Bieterin im Verfahren VKS - 196836/13 für nichtig erklärt, worauf die Antragstellerin ihren zu VKS - 199432/13 protokollierten Nachprüfungsantrag zurückgezogen hat. Die Antragsgegnerin hat daraufhin ihr Vergabeverfahren fortgesetzt, und hat unter anderem mit Schreiben vom 7.5.2013 der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot Mängel aufweisen würde, weil nicht für sämtliche in den "Kupfer"-Positionen genannten Hersteller entsprechende Zertifikate vorgelegt worden wären und die Schulungsanmeldungen betreffend die LWL-Positionen teilweise nicht die geforderten Schulungstermine enthalten würden. Daraufhin hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 13.5.2013 eine Vielzahl von Schulungsanmeldungen, Kursbesuchsbestätigungen und Herstellerzertifikaten vorgelegt.

Im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin mit der Mitteilung ihrer Zuschlagsentscheidung auch die Ausscheidungsentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin bekannt gegeben hat, war zunächst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidungsentscheidung zu prüfen, da davon die Antragslegitimation der Antragstellerin im Verfahren zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abhängt.

In der Unterleistungsgruppe OG01 LG08 ULG418 Fernmeldekabel und -leitungen (LSOH) waren in den Positionen 084123P, 084123T und 084123W echte Bieterlücken auszufüllen. In diesen Positionen war ein Leitprodukt nicht angeführt, weshalb die Bieterlücken mit Erzeugnis und Type des angebotenen Erzeugnisses auszufüllen waren. In der Position 084100E, die eine Vorbemerkung zu den fraglichen Positionen darstellt, findet sich unter der Überschrift "Erzeugnis/Type zu 08 Punkt 41 Beispiel AG" folgende Festlegung:

"Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 08 Punkt 41 wird vereinbart:

Betrifft Position(en): ULG 0841

Beispielhaftes Erzeugnis/Type: J-H(ST)H BD gr halogenfrei ...

Angeboten: ...".

Die Angabe eines konkreten Produktes oder eines konkreten Herstellers ist in der Vorbemerkung nicht enthalten. In den nachfolgenden drei Positionen hat die Antragstellerin in ihrem Angebot lediglich eingetragen "\*\*\*\*, \*\*\* ...". Bei dem Unternehmen \*\*\* handelt es sich offenbar um die \*\*\*gesellschaft m.b.H., bei dem Unternehmen \*\*\*\* offenbar um die \*\*\*\* Austria GmbH. Beide Unternehmen sind Großhändler, nicht aber Erzeuger.

Die Antragsgegnerin hat daraufhin mit Schreiben vom 18.1.2013 die Antragstellerin zur Aufklärung dieser Positionen sowie zum Nachweis der Gleichwertigkeit der in den Bieterlücken angeführten Fabrikate/Typen unter anderem in der Position OG01 LG08 ULG41 aufgefordert.

Mit Antwortschreiben vom 21.1.2013 hat die Antragstellerin zunächst erklärt, dass es sich bei den beiden oben genannten Firmen um Großhändler handelt. Hinsichtlich der Bieterlücke der Position OG01 LG08 ULG41 hat die Antragstellerin erklärt, dass die Kabel von der "Fa. \*\*\*\*" geliefert werden sollen. Dazu hat sie auf ein beigelegtes Datenblatt dieses Unternehmens verwiesen, ohne das konkrete Erzeugnis zu benennen. Aus dem Datenblatt ist jedoch festzustellen, dass der genannte Hersteller Kabel, mit der für die ULG vorgesehenen Produktspezifikation nicht in der in der Position 084123W der OG01 ausgeschriebenen Dimension führt. Die von der Antragstellerin im Lückentext genannten Großhändler verfügen über zahlreiche, von ihnen vertriebene Produkte an verschiedensten Kabeln mit den genannten Spezifikationen von einer Vielzahl von Herstellern, wie sie auch von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 3.7.2013 genannt werden. Durch die von der Antragstellerin nachgereichten Angaben ist es nicht möglich, festzustellen, welches konkrete Produkt in den Bieterlücken angeboten wurde.

Das Angebot der Antragstellerin enthält weder im Begleitschreiben noch durch Ankreuzen der entsprechenden Erklärung im Angebotsformblatt SR 75 einen Hinweis darauf, dass im Falle einer festgestellten Nichtgleichwertigkeit der von ihr angebotenen Produkte das ausgeschriebene Produkt als angeboten gilt.

Im fortgesetzten Vergabeverfahren wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin zuletzt mit Schreiben vom 7.5.2013 zur Mängelbehebung hinsichtlich der geforderten Hersteller - Zertifikate aufgefordert. Diese Aufforderung war mit dem Beisatz versehen, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden müsse, sofern die Mängel (Vorlage einer entsprechenden Anzahl von Hersteller - Zertifikaten) nicht fristgerecht behoben würde.

Die Antragsgegnerin hat für verschiedene, genau definierte Leistungsteile festgelegt, dass diese von besonders qualifizierten Personen erbracht werden müssen. Dazu waren die den Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen Vorgaben für die Errichtung von Kommunikationsverteilern und die Installation anwendungsneutraler Kommunikationsverkabelungen, Version 2.4, Stand 7. September 2012 (= Verkabelungsrichtlinie), zwingend einzuhalten. Diese besonderen Leistungsteile, die unter Anwendung der Bestimmungen der Verkabelungsrichtlinie auszuführen waren, betreffen die OG01, LG09, "Rohr- und Tragsysteme" sowie OG01, LG19, "Strukturierte Verkabelung". Die maßgebliche Festlegung hinsichtlich der Tätigkeit qualifizierter Mitarbeiter der Auftragnehmer lautet wie folgt:

(Schreibfehler jeweils im Original)

1. "8.Ziffer 8

Zertifizierung hinsichtlich der Verarbeitung der passiven Komponenten

Unter Zertifizierung der Installer versteht der KAV die Ausbildung jener Mitarbeiter von auftragnehmenden Firmen, die zur Errichtung des passiven Kommunikationsnetzes beitragen. Das bedeutet, dass jener Mitarbeiter der mit der Installation des Tertiärnetzwerkes - also dem Twisted Pair Netzwerk - die Verlegtechnik des Kabels, die Anschalttechnik der Steckerkomponenten (Kat. 6, Kat. 6A) die Messungen der Strecken, in Form von einer Ausbildung mit personenbezogenen Zertifikat erworben hat. Nur dieser/diese Mitarbeiter haben damit die Berechtigung Arbeiten für den KAV durchzuführen.

Analoges gilt für die Verlegung der LWL-Netze unter Verwendung des MKS Lehrrohr-Systems, dem Einblasen der

Faserbündel, dem Spleißen und Messen der besagten Bündel sowie dem erstellen der Dokumentation.

Zertifizierungsschulungen werden von den Steckersystemherstellern (z.B.: Fa. Reichle de Massari - Austria) angeboten und abgehalten.

Für die Zertifizierung für die fachgerechte Installation von LWL-Netzen werden vom Systemlieferanten (z.B.: Fa. SKW) geeignete Zertifizierungsseminare veranstaltet.

Procedere:

Jeder der Anbieter hat, spätestens jedoch bei Angebotslegung die Zertifikate über die fachgerechte Handhabung, Aufschaltung, Montage, Verlegung und Messung der gelieferten Produkte von den Produktlieferanten bzw. Herstellern für jene Mitarbeiter, die für diese Tätigkeit innerhalb des Projektes herangezogen werden, beizustellen. Sollte einer der genannten Mitarbeiter ausscheiden, so ist dieser durch einen entsprechenden Mitarbeiter zu ersetzen. Die entsprechende Qualifikation ist nach erfolgter Zertifizierung nachzureichen.

Im Zusammenhang mit der Frage der Qualifikation der einzusetzenden Mitarbeiter stehen auch die Fragen 19 und 20 sowie deren Beantwortung. Sie werden im Folgenden wiedergegeben:

"Frage 019                      Punkt 7 und 8 Ausschreibungsbeilage 5385-00\_E07-001\_IKT-Verkabelungsrichtlinien gesamt Vers\_2\_4\_070912.pdf (Mindestanforderungen Mitarbeiter)

Verstehen wir es richtig, dass aufgrund der Größe des Projekts und des vorgegebenen personalisierten Bauzeitplans, der Bieter für die Installation des Tertiärnetzwerkes über mindestens 6 mit gültigen personenbezogenen Hersteller-Zertifikaten aller angebotenen Produkte qualifizierte und ausgebildete Mitarbeiter (3 Montagetrupps) zur Erfüllung der Qualitätsansprüche der Installationen am passiven Netzwerk verfügen muss und für die Verlegung der LWL-Netze unter Verwendung des MKS Leerrohrsystems über mindestens 6 mit gültigem personenbezogenen Hersteller Zertifikaten aller angebotenen Produkte qualifizierte und ausgebildete Mitarbeiter (3 Montagetrupps) zur Erfüllung des Qualitätsanspruches der Installation am passiven Netzwerk verfügen muss?

Antwort 019              Ja."

(Rückfragenbeantwortung III vom 5.12.2012, Frage und Antwort 019)(Rückfragenbeantwortung römisch drei vom 5.12.2012, Frage und Antwort 019)

"Frage      020                      Punkt      8      Ausschreibungsbeilage      5385-00\_E07-001\_IKT-Verkabelungsrichtlinien\_gesamt\_Vers\_2\_4\_070912.pdf

Verstehen wir es richtig, dass die gültigen personenbezogenen Hersteller-Zertifikate der Mitarbeiter zumindest die Verlegung, Montage und Installation der in den OG01/LG1927, OG01/LG1932, OG01/LG 1946 und OG01/LG1991 angeführten Positionen abdecken müssen? Antwort 020              Ja."

(Rückfragenbeantwortung III vom 5.12.2012, Frage und Antwort 020)(Rückfragenbeantwortung römisch drei vom 5.12.2012, Frage und Antwort 020)

Bei der Rückfragebeantwortung II vom 28.11.2012 wurde die Antragsgegnerin gefragt, ob es zutreffe, dass die Bestimmungen der Verkabelungsrichtlinien "vollinhaltlich in allen Punkten erfüllt werden müssen", worauf die Antragsgegnerin geantwortet hat, dass die Verkabelungsrichtlinie eine Richtlinie des Bauherrn darstelle, die in "al-Bei der Rückfragebeantwortung römisch zwei vom 28.11.2012 wurde die Antragsgegnerin gefragt, ob es zutreffe, dass die Bestimmungen der Verkabelungsrichtlinien "vollinhaltlich in allen Punkten erfüllt werden müssen", worauf die Antragsgegnerin geantwortet hat, dass die Verkabelungsrichtlinie eine Richtlinie des Bauherrn darstelle, die in "al-len angeführten Punkten ... erfüllt werden" müsse. Auf eine weitere Frage (003), ob

das Nichterfüllen der Bestimmungen der Verkabelungsrichtlinie zum Ausscheiden des Angebotes führe, hat die Antragsgegnerin geantwortet (Antwort 003 vom 28.11.2012):

"Das Dokument "5385-00\_E07-001\_IKT-Verkabelungsrichtlinien gesamt Vers\_2\_4\_070912.pdf" stellt einen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen dar. Die darin beschriebenen Punkte sind mit dem Bauherrn abgestimmt und in der Ausschreibung berücksichtigt worden. Die im o.g. Dokument enthaltenen Punkte sind Mindestkriterien und müssen erfüllt werden".

Bei den in der Frage unter Antwort 020 erwähnten Positionen handelt es sich um sogenannte "Kupfer-Positionen", die das Twisted Pair Netzwerk (Kupfer) betreffen.

Mit Fragebeantwortung VII vom 11.12.2012 hat die Antragsgegnerin zur Frage der vorzulegenden Zertifikate Folgendes ausgeführt: Mit Fragebeantwortung römisch sieben vom 11.12.2012 hat die Antragsgegnerin zur Frage der vorzulegenden Zertifikate Folgendes ausgeführt:

"Frage 001: Punkt 8 Ausschreibungsbeilage 5385-00\_E07- 001\_IKT\_Verkabelungsrichtlinien gesamt Vers\_2\_4\_070912.pdf Verstehen wir es richtig, dass die gültigen personenbezogenen Hersteller-Zertifikate der Mitarbeiter zumindest die Verlegung, Montage und Installation der in den OG01/LG0980, OG01/LG0981, OG01/LG0982, OG01/LG1940, OG01/LG1941, und OG01/LG1991 angeführten Positionen abdecken müssen?"

Antwort 001: Die Mitarbeiter, welche am KHN mitwirken werden, müssen die geforderten Hersteller-Zertifikate nachweisen können.

Könnten vom Bieter keine abgeschlossenen Schulungen bzw. aktuellen Hersteller-Zertifikate nachgewiesen werden können, besteht aus Sicht der KAV-IT folgende Möglichkeit:

Der Bieter meldet bei den Systemlieferanten (beispielsweise RdM) seine Mitarbeiter namentlich zur Schulung an; der Systemlieferant stellt eine Empfangsbestätigung mit den Kandidaten und einem geplanten Schulungstermin aus (Kursanmeldung) und legt diese der Ausschreibung bei.

Diese Anmeldung stellt sicher, dass der Bieter seine Mitarbeiter schulen muss. Die tatsächlichen Zertifikate muss der AN Schwachstrom im Laufe des nächsten Jahres - spätestens nach Beauftragung - nachreichen. Es ist darauf zu achten, dass die am KHN arbeitenden Mitarbeiter auch die geschulten Mitarbeiter sind. Sollte in der Zwischenzeit ein Mitarbeiter aus dem jeweiligen Unternehmen ausscheiden, so hat eine Nachschulung zu erfolgen."

Die in der Anfragebeantwortung VII, in der Frage 001 angeführten Positionen betreffen ausschließlich Positionen aus dem LWL-Bereich, nicht aber aus dem Kupferbereich. Die in der Anfragebeantwortung römisch sieben, in der Frage 001 angeführten Positionen betreffen ausschließlich Positionen aus dem LWL-Bereich, nicht aber aus dem Kupferbereich.

Alle in den Anfragebeantwortungen von der Antragsgegnerin getroffenen Festlegungen sind mangels Anfechtung bestandfest geworden.

Im Leistungsverzeichnis ist eine Mehrzahl an in der Verkabelungsrichtlinie angesprochenen Tätigkeiten und zu "verbauender" Komponenten vorgesehen, die hinsichtlich des hier relevanten passiven Netzwerkes in Summe vor allem in den Bereich "Kupfer" (Twisted Pair) und dem Bereich "LWL" (Glasfaser) unterteilt werden können. Beim Umgang mit diesen Netzwerken handelt es sich um deutlich unterschiedliche Technologien. Nach der Verkabelungsrichtlinie dürfen Mitarbeiter im Bereich "Kupfer" und dem Bereich "LWL" nur jene Produkte verlegen, für die sie von den jeweiligen Herstellern entsprechende Zertifikate über Schulungen nachweisen können. Es muss daher für die im Leistungsverzeichnis von den Bietern angeführten Produkte in diesen beiden Bereichen jeweils auch der Nachweis erbracht werden, dass dafür sechs Mitarbeiter mit den entsprechenden, von den angeführten Herstellern ausgestellten Zertifikaten bzw. Anmeldebestätigungen vorhanden sind.

Die in der Rückfragebeantwortung III vom 5.12.2012, Frage 020, angeführten Positionen betreffen ausschließlich "Kupfer"-Positionen und damit auch eine andere Technologie. Die in der Rückfragebeantwortung römisch drei vom 5.12.2012, Frage 020, angeführten Positionen betreffen ausschließlich "Kupfer"-Positionen und damit auch eine andere Technologie.

Damit hatten die Bieter unter Berücksichtigung der Anfragebeantwortungen hinsichtlich der "Kupfer"-Positionen bereits mit dem Angebot "gültige personenbezogene Hersteller-Zertifikate" jener Mitarbeiter vorzulegen und jene Mitarbeiter zu nennen, die von den Bietern im Auftragsfall eingesetzt werden sollten. Hingegen hat es hinsichtlich der LWL-Positionen im Hinblick auf die Fragebeantwortung VII genügt, den Nachweis der Kursanmeldung bei den Systemlieferanten zu erbringen. Damit hatten die Bieter unter Berücksichtigung der Anfragebeantwortungen hinsichtlich der "Kupfer"-Positionen bereits mit dem Angebot "gültige personenbezogene Hersteller-Zertifikate" jener Mitarbeiter vorzulegen und jene Mitarbeiter zu nennen, die von den Bietern im Auftragsfall eingesetzt werden sollten. Hingegen hat es hinsichtlich der LWL-Positionen im Hinblick auf die Fragebeantwortung römisch sieben genügt, den Nachweis der Kursanmeldung bei den Systemlieferanten zu erbringen.

Nach diesen Festlegungen mussten die Bieter die gültigen, personenbezogenen Hersteller - Zertifikate für alle angebotenen Produkte vorlegen. Diese Zertifikate mussten eine aufrechte Gültigkeitsdauer aufweisen, auf eine bestimmte Person vom Hersteller der angebotenen Produkte ausgestellt worden sein sowie für alle in den Positionen

genannten Hersteller vorliegen. Aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen einschließlich der Anfragebeantwortungen II, III und VII waren für die "Kupfer"-Positionen Nachweise zu erbringen, wonach die Bieter über mindestens sechs mit gültigen personenbezogenen Hersteller - Zertifikaten aller (in diesen Positionen) angebotenen Produkte qualifizierte und ausgebildete Mitarbeiter (drei Montagetrupps) zur Erfüllung des Qualitätsanspruches der Installationen nach den Verkabelungsrichtlinien am passiven Netzwerk verfügen. Dazu waren die entsprechenden Personen zu nennen und die entsprechenden Zertifikate der entsprechenden Hersteller vorzulegen. Nach diesen Festlegungen mussten die Bieter die gültigen, personenbezogenen Hersteller - Zertifikate für alle angebotenen Produkte vorlegen. Diese Zertifikate mussten eine aufrechte Gültigkeitsdauer aufweisen, auf eine bestimmte Person vom Hersteller der angebotenen Produkte ausgestellt worden sein sowie für alle in den Positionen genannten Hersteller vorliegen. Aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen einschließlich der Anfragebeantwortungen römisch zwei, römisch drei und römisch sieben waren für die "Kupfer"-Positionen Nachweise zu erbringen, wonach die Bieter über mindestens sechs mit gültigen personenbezogenen Hersteller - Zertifikaten aller (in diesen Positionen) angebotenen Produkte qualifizierte und ausgebildete Mitarbeiter (drei Montagetrupps) zur Erfüllung des Qualitätsanspruches der Installationen nach den Verkabelungsrichtlinien am passiven Netzwerk verfügen. Dazu waren die entsprechenden Personen zu nennen und die entsprechenden Zertifikate der entsprechenden Hersteller vorzulegen.

Lediglich für die "LWL" -Positionen war es nach den Festlegungen im Zusammenhalt mit den Anfragebeantwortungen II, III und VII im Falle des Nichtvorliegens entsprechender Zertifikate zulässig, dass der Bieter seine Mitarbeiter bei den Systemlieferanten namentlich zur Schulung anmeldet, der Systemlieferant eine Empfangsbestätigung mit dem Namen des Kandidaten und einen geplanten Schulungstermin ausstellt (Kursanmeldung), und diese Kursanmeldung dem Angebot beigelegt oder nachgereicht wird. Lediglich für die "LWL" -Positionen war es nach den Festlegungen im Zusammenhalt mit den Anfragebeantwortungen römisch zwei, römisch drei und römisch sieben im Falle des Nichtvorliegens entsprechender Zertifikate zulässig, dass der Bieter seine Mitarbeiter bei den Systemlieferanten namentlich zur Schulung anmeldet, der Systemlieferant eine Empfangsbestätigung mit dem Namen des Kandidaten und einen geplanten Schulungstermin ausstellt (Kursanmeldung), und diese Kursanmeldung dem Angebot beigelegt oder nachgereicht wird.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot in den Bieterlücken bei den Kupfer-Positionen (Tertiär-Netzwerk) die Hersteller \*\*\* (\*\*\*) und \*\*\*, bei den LWL-Positionen die Unternehmen \*\*\* und \*\*\* genannt. Bei den Kupfer-Positionen hatte die Antragstellerin daher für sechs Mitarbeiter jeweils gültige, vor Ablauf der Angebotsfrist datierte, personenbezogene Hersteller - Zertifikate der beiden Hersteller \*\*\* als auch \*\*\* vorzulegen. Für weitere sechs Mitarbeiter waren hinsichtlich der LWL-Positionen Zertifikate oder Schulungsanmeldungen vorzulegen.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot ein gültiges, personenbezogenes Hersteller - Zertifikat des Unternehmens \*\*\* vorgelegt. Zwei weitere Zertifikate für einen Mitarbeiter stammen vom Hersteller \*\*\*. Sie hat auch mehrere Kursbesuchsbestätigungen des Kuratoriums für Elektrotechnik vorgelegt, wonach verschiedene Mitarbeiter den Kurs "strukturierte Verkabelung" absolviert haben. Die Kursbestätigungen des Kuratoriums für Elektrotechnik stammen jedoch nicht von den Herstellern des in den relevanten Positionen von der Antragstellerin genannten Produktes. Aus diesen Zertifikaten bzw. aus den aus den Kursbesuchsbestätigungen ersichtlichen Kursinhalten ergibt sich nicht, dass mit den Kursinhalten alle gemäß den Festlegungen der Antragsgegnerin notwendigen Inhalte bezüglich der in den Kupfer-Positionen zu verlegenden Produkte der dort genannten Unternehmen abgedeckt sind. Hinsichtlich des Herstellers \*\*\* hat die Antragstellerin keinerlei Unterlagen vorgelegt.

Mit Aufklärungsersuchen vom 12.3.2013 wurde die Antragstellerin zur konkreten Nachreichung von Hersteller - Zertifikaten und Schulungsanmeldungen bis 15.3.2013 aufgefordert. Mit Nachreichung vom 15.3.2013 hat die Antragstellerin Kursanmeldungen für 12 Mitarbeiter hinsichtlich der Hersteller \*\*\* vorgelegt.

Hinsichtlich des in den LWL-Positionen genannten Herstellers \*\*\* hat die Antragstellerin Schulungsanmeldungen für elf Mitarbeiter vorgelegt, von denen sechs vor dem Ablauf der Angebotsfrist (19.12.2012) datieren. Die Gültigkeit dieser Schulungsanmeldungen wurde von der Antragsgegnerin anerkannt.

Mit Aufforderung vom 7.5.2013 zur Mängelbeseitigung wurde die Antragstellerin abermals zur konkreten Nachreichung von Hersteller - Zertifikaten für die Kupfer-Positionen und Schulungstermine für die Schulungsanmeldungen hinsichtlich der LWL-Positionen aufgefordert. Dieser Aufforderung ist die Antragstellerin mit Nachreichung vom

13.5.2013 nur teilweise nachgekommen. Sie hat für eigene Mitarbeiter sowie Mitarbeiter von Subunternehmen hinsichtlich der Kupfer-Positionen ein gültiges, fünf abgelaufene, neun nach Ende der Angebotsfrist ausgestellte Hersteller - Zertifikate je des Unternehmens \*\*\*, zwölf personenbezogene Kursbesuchsbestätigungen "Strukturierte Verkabelung" des Kuratoriums für Elektrotechnik, zwölf Schulungsanmeldungen beim Unternehmen \*\*\* sowie vier Kursbesuchsbestätigungen des Unternehmens \*\*\* vorgelegt.

In den LWL-Positionen hat die Antragstellerin der Aufforderung vollkommen entsprochen und teils Schulungsanmeldungen, teils Zertifikate der beiden in den LWL-Positionen genannten Hersteller \*\*\* und \*\*\* vorgelegt.

Nach der Nachreichung vom 13.5.2013 liegen bei den Kupfer-Positionen hinsichtlich des Herstellers \*\*\* ein Hersteller - Zertifikat für einen Mitarbeiter, hinsichtlich des Herstellers \*\*\*, vier Kursbesuchsbestätigungen vor. Damit hat die Antragsgegnerin bei den Kupfer-Positionen von den verlangten sechs Hersteller - Zertifikaten nur eine als erbracht angesehen, die vier Kursbesuchsbestätigungen hat sie jedoch nicht als ausschreibungskonform gewertet. Hinsichtlich der LWL-Positionen hat die Antragsgegnerin angenommen, dass diesbezüglich die entsprechenden Nachweise vollständig erbracht wurden.

In der mündlichen Verhandlung vom 25.7.2013 hat die Antragstellerin ergänzend vorgebracht, dass jenes Kabel, das in der Position OG01.084123W in der Dimension 100 x 2 x 0,8 anzubieten war, von dem von ihr genannten Hersteller sehr wohl erzeugt werden kann, jedoch nur über Bestellung in einer Mindestabnahmemenge von 2000 Metern (Vorbringen des Antragsgegnervertreters, Protokoll Seite 3).

Die angefochtenen Entscheidungen sind der Antragstellerin am 14.6.2013 als E-Mail zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungs- als auch der Zuschlagsentscheidung ist am 24.6.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 beizubringenden Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die angefochtenen Entscheidungen sind der Antragstellerin am 14.6.2013 als E-Mail zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungs- als auch der Zuschlagsentscheidung ist am 24.6.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 beizubringenden Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der sorgfältig und umfassend geführten Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass der Antragstellerin der Nachweis der in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Zertifikate hinsichtlich der "Kupfer"- Positionen, nicht vollständig gelungen ist. Die Begründung für die Nichtberücksichtigung der vorgelegten Zertifikate ist im Prüfbericht eingehend und nachvollziehbar dokumentiert. Die Feststellungen, wie und in welchem Umfange die Antragstellerin Bieterlücken ausgefüllt hat, gründen sich auf den unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes. Wie und in welchem Umfange die Antragstellerin den Aufforderungen zur Mängelbehebung entsprochen hat, ergibt sich gleichfalls aus den Vergabeakten und kann als unstrittig angesehen werden. Da zunächst vom erkennenden Senat zu prüfen war, ob die Ausscheidungsentscheidung gerechtfertigt ist, konnten die Feststellungen zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten betreffend die Zuschlagsentscheidung unterbleiben.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung von Verkabelungs- und Elektroinstallationsarbeiten. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich

des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie hat auch ausreichend - wie im Folgenden darzustellen sein wird - begründet, warum auch das vor ihr liegende Angebot der zweitgereihten Bieterin auszuschneiden wäre, sodass ihr Antragslegitimation zukommt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Ausscheidungs- und die Zuschlagsentscheidung je vom 14.6.2013 sind der Antragstellerin am gleichen Tage als E-Mail zugegangen. Ihr am 24.6.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie hat auch ausreichend - wie im Folgenden darzustellen sein wird - begründet, warum auch das vor ihr liegende Angebot der zweitgereihten Bieterin auszuschneiden wäre, sodass ihr Antragslegitimation zukommt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Ausscheidungs- und die Zuschlagsentscheidung je vom 14.6.2013 sind der Antragstellerin am gleichen Tage als E-Mail zugegangen. Ihr am 24.6.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung erweist sich im Ergebnis als nicht berechtigt, der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war deshalb zurückzuweisen.

Auszugehen ist davon, dass im Leistungsverzeichnis mehrere echte Bieterlücken in der OG01 LG08 enthalten sind, die von der Antragstellerin nicht oder mangelhaft ausgefüllt wurden. Dem Standpunkt der Antragstellerin, wonach es sich bei dem im Leistungsverzeichnis bei der Position OG01 LG08 ULG41 angeführten Text "Beispielhaftes Erzeugnis/Type: J-H (ST)H BD gr halogenfrei", um ein Leitprodukt handelt, kann nicht gefolgt werden. Aus dieser Bezeichnung ist nicht ersichtlich, um welches konkrete Produkt es sich dabei handelt bzw. wer der Hersteller eines konkreten Produktes sein soll. Dass mehrere Produkte am Markt vorhanden sind, die dieser Beschreibung entsprechen, ist offenkundig. Eine Beschreibung eines konkreten Produktes kann darin jedenfalls nicht erblickt werden. Der Standpunkt der Antragsgegnerin, es handelte sich bei diesem beispielhaft angeführten Erzeugnis um eine Spezifikationsbezeichnung, ist daher zutreffend. Soweit die Antragstellerin in diesen Bieterlücken zwei Großhändler eingetragen hat, handelt es sich dabei nicht um Erzeuger bzw. konkrete Produkte, zumal die beiden genannten Unternehmen als Großhändler zur Lieferung verschiedener Produkte, die der Spezifikation der Ausschreibung entsprechen, in der Lage sind. Da sohin im Angebot der Antragstellerin eine nähere Definition des angebotenen Produktes (insbesondere des konkreten Erzeugnisses) fehlt, hat sie den Vorgaben, die die Judikatur an das Ausfüllen von Bieterlücken stellt, nicht entsprochen. Obwohl ihr die Antragsgegnerin Möglichkeit zur Mängelbehebung gegeben hat, ist es der Antragstellerin nicht gelungen, entsprechende Aufklärung zu geben. Da im Leistungsverzeichnis ein von der Antragsgegnerin beispielhaft genanntes Erzeugnis nicht angeführt ist, kommt auch die Bestimmung des § 107 Abs. 7 BVergG 2006 nicht zum Tragen. Auszugehen ist davon, dass im Leistungsverzeichnis mehrere echte Bieterlücken in der OG01 LG08 enthalten sind, die von der Antragstellerin nicht oder mangelhaft ausgefüllt wurden. Dem Standpunkt der Antragstellerin, wonach es sich bei dem im Leistungsverzeichnis bei der Position OG01 LG08 ULG41 angeführten Text "Beispielhaftes

Erzeugnis/Type: J-H (ST)H BD gr halogenfrei", um ein Leitprodukt handelt, kann nicht gefolgt werden. Aus dieser Bezeichnung ist nicht ersichtlich, um welches konkrete Produkt es sich dabei handelt bzw. wer der Hersteller eines konkreten Produktes sein soll. Dass mehrere Produkte am Markt vorhanden sind, die dieser Beschreibung entsprechen, ist offenkundig. Eine Beschreibung eines konkreten Produktes kann darin jedenfalls nicht erblickt werden. Der Standpunkt der Antragsgegnerin, es handelte sich bei diesem beispielhaft angeführten Erzeugnis um eine Spezifikationsbezeichnung, ist daher zutreffend. Soweit die Antragstellerin in diesen Bieterlücken zwei Großhändler eingetragen hat, handelt es sich dabei nicht um Erzeuger bzw. konkrete Produkte, zumal die beiden genannten Unternehmen als Großhändler zur Lieferung verschiedener Produkte, die der Spezifikation der Ausschreibung entsprechen, in der Lage sind. Da sohin im Angebot der Antragstellerin eine nähere Definition des angebotenen Produktes (insbesondere des konkreten Erzeugnisses) fehlt, hat sie den Vorgaben, die die Judikatur an das Ausfüllen von Bieterlücken stellt, nicht entsprochen. Obwohl ihr die Antragsgegnerin Möglichkeit zur Mängelbehebung gegeben hat, ist es der Antragstellerin nicht gelungen, entsprechende Aufklärung zu geben. Da im Leistungsverzeichnis ein von der Antragsgegnerin beispielhaft genanntes Erzeugnis nicht angeführt ist, kommt auch die Bestimmung des Paragraph 107, Absatz 7, BVergG 2006 nicht zum Tragen.

Bieterlücken sind freie Zeilen oder Teile davon in einem Leistungsverzeichnis, in die ein Bieter das (die) von ihm angebotene (n) Produkt (e), Verfahren oder Leistungsmerkmal (e) einträgt (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Vergaberecht<sup>2</sup>, Rz 54 zu § 98). Nach § 98 Abs. 7 BVergG 2006 sollen unechte Bieterlücken (Bieterlücken mit Leitprodukt) die Ausnahme darstellen. Bei unechten Bieterlücken hat der Auftraggeber nach § 98 Abs. 8 BVergG 2006 zwingend den Zusatz "oder gleichwertig" anzugeben. Bei den in der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung genannten sechs Positionen waren keine Leitprodukte angeführt. Vielmehr hatten die Bieter Erzeugnis und Type in die Zeile "Angeboten ...", des von ihnen vorgesehenen Produktes einzutragen. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot in keiner dieser Positionen Angaben zu Erzeugnis oder Type getätigt, sie hat - was von ihr auch zugestanden wurde - die Bieterlücken nicht ausgefüllt. Bieterlücken sind freie Zeilen oder Teile davon in einem Leistungsverzeichnis, in die ein Bieter das (die) von ihm angebotene (n) Produkt (e), Verfahren oder Leistungsmerkmal (e) einträgt (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Vergaberecht<sup>2</sup>, Rz 54 zu Paragraph 98,). Nach Paragraph 98, Absatz 7, BVergG 2006 sollen unechte Bieterlücken (Bieterlücken mit Leitprodukt) die Ausnahme darstellen. Bei unechten Bieterlücken hat der Auftraggeber nach Paragraph 98, Absatz 8, BVergG 2006 zwingend den Zusatz "oder gleichwertig" anzugeben. Bei den in der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung genannten sechs Positionen waren keine Leitprodukte angeführt. Vielmehr hatten die Bieter Erzeugnis und Type in die Zeile "Angeboten ...", des von ihnen vorgesehenen Produktes einzutragen. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot in keiner dieser Positionen Angaben zu Erzeugnis oder Type getätigt, sie hat - was von ihr auch zugestanden wurde - die Bieterlücken nicht ausgefüllt.

In der Praxis werden neben den "unechten" Bieterlücken auch solche ohne Leitprodukt ("echte Bieterlücken") verwendet. Der Auftraggeber kann auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß § 97 Abs. 2 oder 3 BVergG 2006 vom Bieter verlangen, dass dieser das angebotene Produkt oder die Leistung spezifiziert und bezeichnet. In der Praxis werden neben den "unechten" Bieterlücken auch solche ohne Leitprodukt ("echte Bieterlücken") verwendet. Der Auftraggeber kann auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß Paragraph 97, Absatz 2, oder 3 BVergG 2006 vom Bieter verlangen, dass dieser das angebotene Produkt oder die Leistung spezifiziert und bezeichnet.

Da die Ausschreibung dafür Raum vorsehen muss, handelt es sich um eine der Bieterlücke ähnliche Angabe. Sie wird auch als "echte Bieterlücke" bezeichnet. (idS auch BVA 11.8.2008, N/0075-BVA/07/2008-36, RPA-Slg 2008/40; 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52, Tunnel Amras, RPA 2010, 149 [Estermann] = ZVB 2010/68 [Hackl])" (BVA 27.9.2010, N/0071-BVA/10/2010-34).

Echte Bieterlücken sind dadurch erkennbar, dass der Auftraggeber kein konkretes Produkt bzw. kein konkretes Verfahren vorgibt, sondern sich auf eine mehr oder weniger konkrete Beschreibung der Qualität oder der technischen Spezifikation bzw. des Ablaufs der Leistung beschränkt. Die Bieter sind dann gehalten, ein(e) dieser Beschreibung entsprechende(s) Produkt bzw. Leistung anzubieten (Nordberg, Öhlinger, Konsequenzen nicht ausgefüllter Bieterlücken - ein Überblick, RPA 2008, 312).

Im Gegensatz zu unechten Bieterlücken ist das Angebot bei Nichtausfüllen von echten Bieterlücken (ohne Leitprodukt) nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden mit einem unbehebbarsten Mangel behaftet und jedenfalls gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden (BVA 26.11.2012; N/0095-BVA/01/2012-24; VKS Wien

23.8.2012, VKS - 7738/12). Im Gegensatz zu unechten Bieterlücken ist das Angebot bei Nichtausfüllen von echten Bieterlücken (ohne Leitprodukt) nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden mit einem unbehebbarsten Mangel behaftet und jedenfalls gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden (BVA 26.11.2012; N/0095-BVA/01/2012-24; VKS Wien 23.8.2012, VKS - 7738/12).

Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen (vgl. dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C- 87/94, Rz 56") (RV1171 BlgNR 22 GP 85). Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen vergleiche dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C- 87/94, Rz 56") (RV1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 85).

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist "bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbarsten Mängeln darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde" (VwGH 26.2.20013, 2001/04/0037, VwSlg 16031 A/2003 = OJZ 2004/55 A [VwGH A] = wbi 2003/262 = ZfVB 2004/784 = ZVB 2003/69 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2003/70). Der VwGH zieht die Grenze zwischen behebbaren und unbehebbarsten Mängeln bei der materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung, die auch in einem längeren Zeitraum zur Erstellung des Angebotes bestehen kann (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186, Ansprechpartner Tunnelbau, RdW 2004/317 [Öhler] = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004/102 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2004/80 = ZVBLSK 2004/81).

Wenn der Bieter noch nach Angebotsöffnung zwischen mehreren Möglichkeiten wählen kann, die Bieterlücke auszufüllen, liegt ein unbehebbarer Mangel vor" (BVA 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52, Tunnel Amras, RPA 2010, 149 [Estermann] = ZVB 2010/68 [Hackl], Unterstreichung durch den Zitierenden).

Aus den Angaben, die die Antragstellerin in den Bieterlücken gemacht hat, ergeben sich weder Rückschlüsse auf den Hersteller der angebotenen Kabel noch auf ein konkretes Produkt. Auch durch die Angabe von zwei Großhändlern, von denen die Kabel bezogen werden sollen, ohne dass angeführt ist, von welchem Großhändler konkret, ist in keiner Weise definiert, welches Produkt tatsächlich zum Einsatz kommen soll. Wenn auch die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine hier nicht angezeigte Möglichkeit zur Mängelbehebung eingeräumt hat, handelt es sich bei der Art und Weise, wie die Antragstellerin die Bieterlücken ausgefüllt hat, um einen unbehebbarsten Mangel, der zwingend zur Ausscheidung ihres Angebotes gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 führen muss. Aus den Angaben, die die Antragstellerin in den Bieterlücken gemacht hat, ergeben sich weder Rückschlüsse auf den Hersteller der angebotenen Kabel noch auf ein konkretes Produkt. Auch durch die Angabe von zwei Großhändlern, von denen die Kabel bezogen werden sollen, ohne dass angeführt ist, von welchem Großhändler konkret, ist in keiner Weise definiert, welches Produkt tatsächlich zum Einsatz kommen soll. Wenn auch die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine hier nicht angezeigte Möglichkeit zur Mängelbehebung eingeräumt hat, handelt es sich bei der Art und Weise, wie die Antragstellerin die Bieterlücken ausgefüllt hat, um einen unbehebbarsten Mangel, der zwingend zur Ausscheidung ihres Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 führen muss.

Die Antragsgegnerin hat in ihren Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass verschiedene Leistungsteile entsprechend ihren Verkabelungsrichtlinien nur von besonders qualifizierten Personen erbracht werden dürfen. Dabei handelt es sich um die LG09 und LG19 der OG01. Danach werden die Anforderungen an das zum Einsatz gelangende Personal je nach der Beschaffenheit der zu verlegenden Produkte verschieden gestaltet, indem für die Verlegung von "Kupfer"-Positionen andere Nachweise zu erbringen waren als für die Verlegung von "LWL"- Positionen. Dazu hat der Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 23.4.2013 zu VKS - 196836/13 in einem den gegenständlichen Beschaffungsvorgang betreffenden Nachprüfungsverfahren festgestellt, dass nach den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen unter Berücksichtigung der mehrfachen Anfragebeantwortungen für die "Kupfer"-Positionen Nachweise durch Hersteller - Zertifikate zu erbringen sind, bei den "LWL-Positionen" bei Nichtvorliegen von entsprechenden Zertifikaten es genügt, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter bei dem Systemlieferanten zur Schulung anmeldet. Das Verfahren hat dazu ergeben, dass hinsichtlich der Kupfer-Positionen die Antragstellerin zwar zwei Produzenten namhaft gemacht hat, jedoch ihrem Angebot nur ein gültiges personenbezogenes Zertifikat für einen Hersteller nachgewiesen hat. Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang damit argumentiert, sie habe auch bereits zeitlich abgelaufene Zertifikate vorgelegt, womit sie jedenfalls nachweisen könne, dass der betreffende

Mitarbeiter die entsprechende Schulung erhalten hat, ist für sie nichts gewonnen, weil nach den Ausschreibungsunterlagen "gültige Zertifikate" verlangt waren. Damit konnten nur solche Zertifikate als tauglich gewertet werden, die eine aufrichtige Gültigkeitsdauer aufweisen und vom Hersteller der angebotenen Produkte ausgestellt wurden. Es ist daher auch nicht ausreichend, wenn sich die Antragstellerin darauf bezieht, dass sie Zertifikate vorgelegt hat, die Kupfer-Positionen betreffen, die jedoch nicht von den namhaft gemachten Herstellern der Kabel ausgestellt wurden. Kursbestätigungen des Kuratoriums für Elektrotechnik über strukturierte Verkabelung entsprechen nicht den Anforderungen, wie sie den Ausschreibungsunterlagen bzw. in der Verkabelungsrichtlinie der Antragsgegnerin festgehalten sind. Schulungsanmeldungen für die Kupfer-Positionen sind nicht ausreichend, weil diese Festlegungen in der Anfragebeantwortung VII vom 11.12.2012 nur für "LWL" Positionen gelten, wie der Senat auch in seiner Entscheidung vom 23.4.2013, VKS - 196836/13 in einem, denselben Beschaffungsvorgang betreffenden Verfahren ausgesprochen hat. Der Senat sieht sich nicht veranlasst, von diesem in der zitierten Entscheidung vertretenen Standpunkt abzugehen. Die Antragsgegnerin hat in ihren Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass verschiedene Leistungsteile entsprechend ihren Verkabelungsrichtlinien nur von besonders qualifizierten Personen erbracht werden dürfen. Dabei handelt es sich um die LG09 und LG19 der OG01. Danach werden die Anforderungen an das zum Einsatz gelangende Personal je nach der Beschaffenheit der zu verlegenden Produkte verschieden gestaltet, indem für die Verlegung von "Kupfer"-Positionen andere Nachweise zu erbringen waren als für die Verlegung von "LWL"-Positionen. Dazu hat der Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 23.4.2013 zu VKS - 196836/13 in einem den gegenständlichen Beschaffungsvorgang betreffenden Nachprüfungsverfahren festgestellt, dass nach den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen unter Berücksichtigung der mehrfachen Anfragebeantwortungen für die "Kupfer"-Positionen Nachweise durch Hersteller - Zertifikate zu erbringen sind, bei den "LWL-Positionen" bei Nichtvorliegen von entsprechenden Zertifikaten es genügt, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter bei dem Systemlieferanten zur Schulung anmeldet. Das Verfahren hat dazu ergeben, dass hinsichtlich der Kupfer-Positionen die Antragstellerin zwar zwei Produzenten namhaft gemacht hat, jedoch ihrem Angebot nur ein gültiges personenbezogenes Zertifikat für einen Hersteller nachgewiesen hat. Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang damit argumentiert, sie habe auch bereits zeitlich abgelaufene Zertifikate vorgelegt, womit sie jedenfalls nachweisen könne, dass der betreffende Mitarbeiter die entsprechende Schulung erhalten hat, ist für sie nichts gewonnen, weil nach den Ausschreibungsunterlagen "gültige Zertifikate" verlangt waren. Damit konnten nur solche Zertifikate als tauglich gewertet werden, die eine aufrichtige Gültigkeitsdauer aufweisen und vom Hersteller der angebotenen Produkte ausgestellt wurden. Es ist daher auch nicht ausreichend, wenn sich die Antragstellerin darauf bezieht, dass sie Zertifikate vorgelegt hat, die Kupfer-Positionen betreffen, die jedoch nicht von den namhaft gemachten Herstellern der Kabel ausgestellt wurden. Kursbestätigungen des Kuratoriums für Elektrotechnik über strukturierte Verkabelung entsprechen nicht den Anforderungen, wie sie den Ausschreibungsunterlagen bzw. in der Verkabelungsrichtlinie der Antragsgegnerin festgehalten sind. Schulungsanmeldungen für die Kupfer-Positionen sind nicht ausreichend, weil diese Festlegungen in der Anfragebeantwortung römisch sieben vom 11.12.2012 nur für "LWL" Positionen gelten, wie der Senat auch in seiner Entscheidung vom 23.4.2013, VKS - 196836/13 in einem, denselben Beschaffungsvorgang betreffenden Verfahren ausgesprochen hat. Der Senat sieht sich nicht veranlasst, von diesem in der zitierten Entscheidung vertretenen Standpunkt abzugehen.

Für die "LWL"-Positionen hat die Antragstellerin als Hersteller das Unternehmen \*\*\* genannt. Nach dem Inhalt der Vergabeakten sind hinsichtlich dieses Herstellers von ihr keinerlei Unterlagen betreffend die zum Einsatz gelangenden Mitarbeiter vorgelegt worden.

Der Antragstellerin ist es nicht gelungen, die nach den Ausschreibungsunterlagen verlangten Ausbildungsnachweise betreffend aller von ihr für den Einsatz vorgesehenen Mitarbeiter vorzulegen. Damit entspricht ihr Angebot nicht den Ausschreibungsbestimmungen, weshalb auch diesbezüglich der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 anzunehmen ist. Der Antragstellerin ist es nicht gelungen, die nach den Ausschreibungsunterlagen verlangten Ausbildungsnachweise betreffend aller von ihr für den Einsatz vorgesehenen Mitarbeiter vorzulegen. Damit entspricht ihr Angebot nicht den Ausschreibungsbestimmungen, weshalb auch diesbezüglich der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 anzunehmen ist.

Soweit die Antragstellerin unmittelbar vor Ende des Nachprüfungsverfahrens sich in ihrem Schriftsatz vom 18.7.2013 auf das Urteil des EuGH vom 4.7.2013, C-100/12- Fastweb, bezogen hat, ist sie zunächst darauf zu verweisen, dass vorliegend die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens ihres Angebotes als eigenständige, gesondert anfechtbare

Entscheidung zu beurteilen war und nicht als Vorfrage. Sie war zwar berechtigt, ihre beiden Nichtigerklärungsanträge gemäß § 20 Abs. 2 WVRG 2007 zu verbinden. Dennoch handelt es sich bei der Entscheidung über ihr Begehren auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung um ein selbstständiges und nicht um ein Vorfrageverfahren. Mit der Antragsgegnerin ist auch der Senat der Ansicht, dass der der Entscheidung des EuGH zugrundeliegende Sachverhalt mit dem gegenständlichen nicht verglichen werden kann. Der EuGH erachtet die Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters nur dann als gegeben, wenn "die Ord-Soweit die Antragstellerin unmittelbar vor Ende des Nachprüfungsverfahrens sich in ihrem Schriftsatz vom 18.7.2013 auf das Urteil des EuGH vom 4.7.2013, C-100/12-Fastweb, bezogen hat, ist sie zunächst darauf zu verweisen, dass vorliegend die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens ihres Angebotes als eigenständige, gesondert anfechtbare Entscheidung zu beurteilen war und nicht als Vorfrage. Sie war zwar berechtigt, ihre beiden Nichtigerklärungsanträge gemäß Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007 zu verbinden. Dennoch handelt es sich bei der Entscheidung über ihr Begehren auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung um ein selbstständiges und nicht um ein Vorfrageverfahren. Mit der Antragsgegnerin ist auch der Senat der Ansicht, dass der der Entscheidung des EuGH zugrundeliegende Sachverhalt mit dem gegenständlichen nicht verglichen werden kann. Der EuGH erachtet die Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters nur dann als gegeben, wenn "die Ord-

nungsmäßigkeit des Angebots ... aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt wird"

und "es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen". Dies bedeutet dass die Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters nur dann als gegeben erachtet werden kann, wenn gegen alle verbleibenden Angebote dieselben Ausscheidungsgründe vorliegen und kein zuschlagsfähiges, nicht-auszuscheidendes Angebot im Vergabeverfahren verbleibt. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass offenkundige Gründe, wonach das Angebot der Teilnahmeberechtigten mit einem Mangel behaftet wäre und daher auszuscheiden sei, nicht vorliegen. Auch gleichartige Ausscheidungsgründe gegen beide bzw. alle verbleibenden Angebote liegen nicht vor und wurden konkret auch von der Antragstellerin nicht geltend gemacht. Die im Angebot der Antragstellerin festgestellten Ausscheidungsgründe (Nichtausfüllen echter Bieterlücken, keine ausreichenden Herstellerzertifikate) liegen beim Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht vor. Worin überdies ein zwingender Widerrufsgrund in Folge Ausscheidens aller Angebote liegen sollte, wird von der Antragstellerin nicht näher ausgeführt.

Nach § 130 BVergG 2006 ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung vorliegend dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Im Hinblick darauf, dass das Angebot der an zweiter Stelle gereihten Bieterin zu Recht ausgeschieden wurde, war deren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen, ohne dass sich der Senat mit den diesbezüglich geltend gemachten Rechtswidrigkeiten näher zu befassen hatte. Nach Paragraph 130, BVergG 2006 ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung vorliegend dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Im Hinblick darauf, dass das Angebot der an zweiter Stelle gereihten Bieterin zu Recht ausgeschieden wurde, war deren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen, ohne dass sich der Senat mit den diesbezüglich geltend gemachten Rechtswidrigkeiten näher zu befassen hatte.

Mit diesen Entscheidungen ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 26.6.2013 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

### **Schlagworte**

Ausscheidungsentscheidung; Abweisung; Zuschlagsentscheidung Zurückweisung; Nichtausfüllen von Bieterlücken; Fehlende Ausbildungsnachweise;

**Zuletzt aktualisiert am**

09.01.2014

**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](http://www.jusline.at)