

TE Verg Bescheid 2013/1/18 N/0109-BVA/03/2012-39

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.01.2013

Norm

BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii
BVergG 2006 §2 Z42
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §23
BVergG 2006 §32
BVergG 2006 §68
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §70
BVergG 2006 §83
BVergG 2006 §106 Abs1
BVergG 2006 §108 Abs1
BVergG 2006 §122
BVergG 2006 §123
BVergG 2006 §126
BVergG 2006 §129 Abs1 Z1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z8
BVergG 2006 §129 Abs2
BVergG 2006 §131 Abs1
BVergG 2006 §147 Abs6
BVergG 2006 §151 Abs3
BVergG 2006 §152
BVergG 2006 §312 Abs2
BVergG 2006 §313 Abs2
BVergG 2006 §319
BVergG 2006 §320
BVergG 2006 §321 Abs4
BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §323 Abs3

BVergG 2006 §324 Abs2

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §325

B-VG Art14b Abs2 Z1litb

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 § 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 § 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 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 23 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 32 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
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
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
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
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 147 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 147 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 313 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 313 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 323 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sibyll Andrea Böck sowie die Beisitzer Sabine Prewein, MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Datennetzverkabelung, Aktenzahl 12-AS-H01-999999-19" des Auftraggebers Universität Wien, Universitätsring 1, 1010 Wien, vertreten durch die Universität Wien- Raum- und Ressourcenmanagement als vergebende Stelle, alle vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 29. November 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag " das Bundesvergabeamt wolle die am 22. November 2012 bekannt gegebene Entscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, für nichtig erklären wird " wird stattgegeben. Die Entscheidung der Auftraggeberin vom 22. November 2012, mit welchen Unternehmern im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Datennetzverkabelung, Aktenzahl 12-AS-H01-999999-19" die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag " der Antragstellerin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren in der gesetzlichen Höhe gegenüber der Auftraggeberin zuerkennen; dies binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution" wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin, Universität Wien, hat der Antragstellerin im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Datennetzverkabelung, Aktenzahl 12-AS-H01- 999999-19" den Betrag von Euro 4.500.- für die von der Antragstellerin

entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters zu ersetzen.

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 28.11.2012, beim Bundesvergabeamt protokolliert am 29.11.2012, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Gebührenersatz, auf Akteneinsicht und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, die Entscheidung der Auftraggeberin vom 22.11.2012, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei rechtswidrig, da die drei gemäß Angebotsöffnung vor ihr gereihten Bieter auszuschneiden gewesen wären, vielmehr die Antragstellerin als Billigstbieterin festzulegen wäre und die Rahmenvereinbarung mit ihr als Erstgereichte abzuschließen sei.

Ergänzend führte die Antragstellerin aus, gemäß ihrer Mitschrift bei der Angebotsöffnung am 12.9.2012 habe sich folgende Reihung ergeben:

Nr.	Bieter	EUR
1.	B***	XXXX
2.	C***	XXXX
3.	D***	XXXX
4.	Antragstellerin A***	XXXX
5.	E***	XXXX
6.	F***	XXXX
7.	G***	XXXX
8.	H***	XXXX
7.	I***	XXXX

Nach der Angebotsöffnung habe die Auftraggeberin eine umfangreiche und lange dauernde Angebotsprüfung durchgeführt. Dem Vernehmen nach sei dabei Mitbewerbern in vielfacher Weise die Möglichkeit gewährt worden, Nachreichungen vorzunehmen und Mängel zu beheben.

Am 22. 11. 2012 sei der Antragstellerin mit E-Mail die "Zuschlagsbekanntgabe - Projekt [...]" wie folgt bekanntgegeben worden: "[...] vielen Dank für Ihr Angebot im oben angeführten Vergabeverfahren. Anbei erhalten Sie die Zuschlagsbekanntgabe samt Bewertung. Eventuelle Beilagen finden Sie im Menü unter Infomails. Wir werden uns nach Ablauf der Stillhaltefrist bzw. im Fall der Erhebung eines Rechtsmittels wieder an Sie wenden". Gemäß Auszug aus der "Niederschrift: Bewertung der Angebote Vergabevermerk" betreffend die Antragstellerin werde die Auftraggeberentscheidung vom 22. 11. 2012 als "Zuschlagsentscheidung" bezeichnet.

Eine Nachfrage der Antragstellerin vom 23. 11. 2012, mit welchen weiteren Bietern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll und wie die endgültige Bieterreihung aussehe, habe die Auftraggeberin am 26. 11.2012 damit beantwortet, dass keine Auskünfte erteilt würden. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die gemäß Angebotsöffnung vor ihr gereihten Bieter B***, C*** sowie D*** aus dem Vergabeverfahren infolge mangelnder Erfüllung der Ausschreibungsvorgaben auszuschneiden gewesen wären bzw. seien. Es entziehe sich aber der Kenntnis der Antragstellerin, inwieweit ein Ausscheiden tatsächlich stattgefunden habe. Derzeit gehe die Antragstellerin allerdings davon aus, dass alle drei genannten Mitbieter in unzulässiger Weise für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommen worden und dabei auch vor der Antragstellerin gereiht seien. Schon aus dieser Hinsicht sei die angefochtene Entscheidung rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären.

Zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters B*** werde ausgeführt, dass grundsätzlich jede Mehrfachbeteiligung eines Unternehmers an einem Vergabeverfahren zu hinterfragen sei. Konkret habe die Auftraggeberin zu diesem Thema folgendes bestandsfest festgelegt: "Ein Bieter darf NICHT direkt oder in einer Bietergemeinschaft als auch (ggf.

mehrfach) als Subunternehmer am Vergabeverfahren teilnehmen". Nach dieser Festlegung bedürfe es daher nicht des Nachweises einer wettbewerbswidrigen Absprache durch den Auftraggeber, wodurch die inhaltliche Prüfung entfalle und es zu einem Ausscheiden schon aus formalen Gründen komme. Die Rechtsfolgen einer auf diese Weise festgestellten Mehrfachbeteiligung seien gleich und seien daher sämtliche Angebote aller beteiligten Unternehmer aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden.

Gemäß Verlesungen bei der Angebotsöffnung habe der Bieter B*** einen einzigen Subunternehmer in seinem Angebot vorgesehen. Dem Vernehmen nach sei dieser Subunternehmer allerdings die auch selbst als Bieter auftretende F***. Es handle sich daher bei der Teilnahme der F*** einerseits als Bieter und andererseits als Subunternehmer von B*** um eine - von der Auftraggeberin schon formal definierte - unzulässige Mehrfachbeteiligung. Es sei daher sowohl das Angebot der F*** als auch jenes der B*** unmittelbar und ohne Aufklärungsmöglichkeit aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden.

Ausgangspunkt seien die Festlegungen der Auftraggeberin zu den anzubietenden Produkten. Dabei habe die Auftraggeberin in der Leistungsgruppe 19 des LV "Strukturierte Verkabelung" zwei Teile gebildet. Nämlich einen Teil, wo bestehende Infrastruktur erweitert werde, und den anderen Teil, wo dies nicht der Fall sei (Siehe LV-Position 001700F). Zum ersten Teil (Erweiterung bestehender Infrastruktur) werde in LV-Position 001110B geregelt: "Bei Projekten zur Erweiterung bestehender Verkabelungssysteme, die bereits mit dem Material lt. Weissbuch "Verkabelung und Infrastruktur" der UNI Wien ausgestattet sind, dürfen bei den wesentlichen Positionen nur die ausgeschriebenen Referenzprodukte angeboten werden".

Jeder Bieter sei daher gehalten gewesen, beim Teil, mit dem die bestehende Infrastruktur erweitert werde, ausschließlich die von der Auftraggeberin bereits verwendeten Produkte anzubieten, also jene mit dem Label "AMP" des Herstellers O***. Dies werde etwa auch durch die LV-Position 001101W bekräftigt, wo hingewiesen werde, dass die als wesentlich gekennzeichneten Positionen mit dem bereits im Objekt installierten Material laut Weißbuch "Kommunikationsverkabelung und Infrastruktur auszuführen seien - in diesem Weißbuch seien ebenfalls ausschließlich "AMP"-Produkte genannt. Bei den Positionen des anderen Teiles habe neben dem dort jeweiligen "AMP"-Leitprodukt auch ein anderes, gleichwertiges Produkt angeboten werden können. Die Positionen, wo jeweils nur das Referenzprodukt "AMP" zugelassen sei, seien im LV in der Leistungsgruppe 19 "Strukturierte Verkabelung" am Endbuchstaben "B" zu erkennen. Die Positionen des Teils, wo das nicht vorgeschrieben sei, hätten hingegen den Endbuchstaben "A".

An die vom Bieter angebotenen Produkte würden weitere Vorgaben der Auftraggeberin anknüpfen: So müsse jeder Bieter über "mind. 5 vom Hersteller der Anschlusskomponenten ausgebildete und zertifizierte Mitarbeiter [verfügen]; Kopien der Zertifikate sind dem Angebot beizulegen), Siehe auch Punkt 2.1.11 Weissbuch." (LV-Position 001101 F in Punkt 7.). An der erwähnten Stelle des Weißbuches "Kommunikation und Infrastruktur" seien dazu noch nähere Vorgaben getroffen. Weiter seien die genannten erforderlichen 5 speziellen, zertifizierten Mitarbeiter (neben 10 allgemein qualifizierten) im Formular "Schlüsselpersonal - SP" einzutragen gewesen. Präzisierungen seien durch die Auftraggeberin auch noch in den Fragebeantwortungen Nr 1, 5, 6, 7, 16, 17 und 19 vorgenommen worden.

Weiter habe der Bieter sicherzustellen, dass die Auftraggeberin eine, nach Einbau der Produkte zu erlangende, 25-jährige, direkt vom jeweiligen Hersteller stammende Systemgarantie zu den angebotenen Produkten erhalten werde. Dafür habe der Bieter mit seinem Angebot eine Garantiezusage vorzulegen. Soweit bekannt, verfüge der Bieter emc zu den zumindest für den Teil B anzubietenden AMP-Produkten selbst weder über zertifizierte Mitarbeiter noch über die Möglichkeit der Verschaffung einer Systemgarantie, was beides für ein zulässiges Angebot unabdingbar erforderlich sei. Er habe sich daher auf eine andere Weise diese Eignung zu verschaffen, wobei dafür offenbar der Subunternehmer F*** vorgesehen gewesen sei. Komme man daher zum Schluss, dass das Angebot von B*** nicht schon infolge der unzulässigen Mehrfachbeteiligung von F*** unmittelbar aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden wäre, dann falle für B*** aber zumindest der im obigen Sinn notwendige, allerdings ausschreibungswidrig mehrfachbeteiligte Subunternehmer F*** weg. Der Bieter B*** erfülle damit jedenfalls nicht die diesbezüglichen Ausschreibungsvoraussetzungen, sodass sein Angebot aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden sei.

Aber auch der notwendige Subunternehmer F*** verfügt nicht über alle erforderlichen Voraussetzungen, um dem Bieter emc die erforderliche Eignung zu verschaffen.

Aber selbst wenn man davon ausgehe, dass F*** berechtigter Weise Subunternehmer der B*** wäre, würde das dem

Bieter B*** nicht helfen. Auch F*** verfüge nicht über die erforderlichen Voraussetzungen, um die genannten Anforderungen zu erfüllen (mindestens 5 AMP-zertifizierte Mitarbeiter und Vorlage einer Garantiezusage für eine Systemgarantie von Seiten AMP/O***). So seien etwa im relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht genügend zertifizierte Techniker vorhanden gewesen, was in weiterer Folge schon aus diesem Grund auch den Erhalt einer AMP-Systemgarantie ausschließe. Auch unter der genannten Prämisse erfülle daher der Bieter B*** nicht die von der Ausschreibung geforderten Voraussetzungen und sei auszuschneiden.

Das "Nachschieben" oder "Nachnominieren" von notwendigen Subunternehmern sei aber auch von anderen "kapazitätenverschaffenden" Unternehmern unzulässig. Der Bieter B*** könne daher auch nicht einen notwendigen Subunternehmer nachnominieren. Laut Verlesung bei der Angebotsöffnung habe der Bieter B*** nur über einen einzigen Subunternehmer verfügt und habe auch keine Bestätigungen seinem Angebot beigelegt. Das Angebot des Bieters emc sei daher jedenfalls aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden.

Zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters C*** werde ausgeführt, dass die Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt und abgeschlossen worden sei bzw. dass dieser Bieter nicht die erforderlichen Nachweise beigebracht habe oder beibringen habe können. Es liege daher ein auszuschneidendes oder zumindest ein noch weiter zu prüfendes, noch nicht "zuschlagsfähiges" - im Sinne des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung - Angebot vor. So habe laut Verlesung bei der Angebotsöffnung ein Strafregistrauszug gefehlt, der in weiterer Folge vom Bieter aber auch nicht beigebracht worden sei. Weiter bestehe die Vermutung, dass dieser Bieter nicht zu allen erforderlichen Mitarbeitern den Nachweis habe bringen können, dass diese in einem Dienstverhältnis zu ihm stünden. Die LV-Position 001101F verlange eine personelle Mindestausstattung. Neben den erwähnten "mind. 5 vom Hersteller der Anschlusskomponenten ausgebildete und zertifizierte Mitarbeitern" seien dies mindestens 10 den Ausschreibungsgegenstand betreffende Mitarbeiter. Zu den speziell ausgebildeten und zertifizierten Mitarbeitern werde in der Fragebeantwortung 6 ausdrücklich festgehalten, dass diese in einem "aufrechten Dienstverhältnis zum Anbieter (oder ggf einem Subunternehmer) stehen" müssten. Die Voraussetzung "aufrechtes Dienstverhältnis" ergebe sich im Übrigen - nicht nur für diese fünf Mitarbeiter - schon aus allgemeinen vergaberechtlichen Erwägungen: nämlich dass es nur entweder Dienstnehmer oder - im Angebot zu nennende - Subunternehmer gebe. Der Bieter C*** habe die Nachweise zum Dienstnehmerverhältnis nicht erbracht bzw habe diese nicht erbringen können.

Zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters D*** werde ausgeführt, dass laut Verlesung bei der Angebotsöffnung der Bieter D*** in seinem Angebot keine Subunternehmer genannt und auch keine Bestätigungen vorgelegt habe. D*** verfüge nicht über die erforderlichen Voraussetzungen, um die genannten Anforderungen zu erfüllen (mindestens 5 AMP-zertifizierte Mitarbeiter und Vorlage einer Garantiezusage für eine Systemgarantie von Seiten AMP/O***). So seien etwa im relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht genügend zertifizierte Techniker vorhanden, was in weiterer Folge schon aus diesem Grund auch den Erhalt einer AMP-Systemgarantie ausschließe. Durch das Fehlen dieser ganz zentralen Anforderungen sei das Angebot des Bieters D*** daher aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden.

Zu den Verfahrensmängeln werde ausgeführt, es sei korrespondierend zu den nicht erfolgten Ausscheidungen auch die Angebotsprüfung rechtswidrig nicht ordnungsgemäß durch- und zu Ende geführt worden. Trotzdem habe die Auftraggeberin die angefochtene Entscheidung getroffen.

Zur Verletzung der Grundsätze des Vergabeverfahrens hinsichtlich des unzulässigen Ausmaßes an Möglichkeiten zur Nachreichung und Aufklärung werde ausgeführt, auch wenn es sich bei der Bestimmung des § 129 Abs 2 BVergG über das Ausscheiden eines Bieters wegen Fristversäumnis um eine Kann-Bestimmung handle, die der Auftraggeberin ein Ermessen einräume, werde jedoch auch hier dieser Beurteilungsspielraum durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter eingeschränkt. Soweit die Antragstellerin Kenntnis habe, seien den übrigen Bietern, darunter auch den Bietern B***, C*** und D***, vielfache und wiederholte Möglichkeit zur Mängelbehebung und Aufklärung gewährt worden. Dies werde alleine schon durch die lange Dauer der Angebotsprüfung von über 10 Wochen bestätigt. Die Auftraggeberin habe dadurch, dass sie diesen Bietern derartige Möglichkeiten zur Mängelbehebung gewährt habe, jene Grenzen der Ermessensausübung verletzt. Die "überschießenden" Mängelbehebungen und Aufklärungen der betroffenen Bieter seien daher für das Vergabeverfahren unbeachtet zu lassen. Schon dieser Aspekt mache die angefochtene Entscheidung rechtswidrig, sodass diese für nichtig zu erklären sei. Zur Verletzung der Grundsätze des Vergabeverfahrens hinsichtlich des unzulässigen Ausmaßes an Möglichkeiten zur Nachreichung und Aufklärung werde ausgeführt, auch wenn es sich bei der Bestimmung des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG über das Ausscheiden eines Bieters wegen Fristversäumnis um

eine Kann-Bestimmung handle, die der Auftraggeberin ein Ermessen einräume, werde jedoch auch hier dieser Beurteilungsspielraum durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter eingeschränkt. Soweit die Antragstellerin Kenntnis habe, seien den übrigen Bietern, darunter auch den Bietern B***, C*** und D***, vielfache und wiederholte Möglichkeit zur Mängelbehebung und Aufklärung gewährt worden. Dies werde alleine schon durch die lange Dauer der Angebotsprüfung von über 10 Wochen bestätigt. Die Auftraggeberin habe dadurch, dass sie diesen Bietern derartige Möglichkeiten zur Mängelbehebung gewährt habe, jene Grenzen der Ermessensausübung verletzt. Die "überschießenden" Mängelbehebungen und Aufklärungen der betroffenen Bieter seien daher für das Vergabeverfahren unbeachtet zu lassen. Schon dieser Aspekt mache die angefochtene Entscheidung rechtswidrig, sodass diese für nichtig zu erklären sei.

Zur nicht rechtskonformen Ausgestaltung der angefochtenen Entscheidung werde ausgeführt, dass die angefochtene Entscheidung bei hier möglichen unmittelbaren Abrufen aus der Rahmenvereinbarung die letzte bekämpfbare Auftraggeberentscheidung darstelle. Weiter sei die Auftraggeberin bei einem neuerlichen Aufruf zum Wettbewerb nicht verpflichtet, die Zuschlagsentscheidung den Parteien der Rahmenvereinbarung mitzuteilen und habe daher die Möglichkeit, den Zuschlag ohne "Ankündigung" an einen in Wahrheit auszuscheidenden Bieter zu erteilen. Daraus folge, dass eine entsprechend aussagekräftige Informationserteilung an die Bieter zum jetzigen Zeitpunkt für die Effektivität des Rechtsschutzes evident wichtig sei. Die angefochtene Entscheidung müsse daher gegenüber allen Bietern Angaben enthalten, die § 131 Abs 1 BVergG vergleichbar seien. Zur nicht rechtskonformen Ausgestaltung der angefochtenen Entscheidung werde ausgeführt, dass die angefochtene Entscheidung bei hier möglichen unmittelbaren Abrufen aus der Rahmenvereinbarung die letzte bekämpfbare Auftraggeberentscheidung darstelle. Weiter sei die Auftraggeberin bei einem neuerlichen Aufruf zum Wettbewerb nicht verpflichtet, die Zuschlagsentscheidung den Parteien der Rahmenvereinbarung mitzuteilen und habe daher die Möglichkeit, den Zuschlag ohne "Ankündigung" an einen in Wahrheit auszuscheidenden Bieter zu erteilen. Daraus folge, dass eine entsprechend aussagekräftige Informationserteilung an die Bieter zum jetzigen Zeitpunkt für die Effektivität des Rechtsschutzes evident wichtig sei. Die angefochtene Entscheidung müsse daher gegenüber allen Bietern Angaben enthalten, die Paragraph 131, Absatz eins, BVergG vergleichbar seien.

Darüber hinaus entspreche die angefochtene Auftraggeberentscheidung auch aus rein formaler Sicht nicht den Anforderungen an die Begründungs- und Informationspflicht, sodass sie schon auf Grund mangelnden Inhalts rechtswidrig und daher aufzuheben sei. Die Auftraggeberin hätte bei einem rechtskonformen Vorgehen neben der inhaltlich richtigen Gestaltung der angefochtenen Entscheidung die drei oben genannten Mitbieter aus dem Vergabeverfahren ausscheiden und die Antragstellerin als "ursprünglichen Billigstbieter" festlegen müssen. Weiter wäre die Rahmenvereinbarung mit ihr als Erstgereichte abzuschließen.

Es handle sich hier um ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit mehreren, konkret fünf, Unternehmen. Die Auftraggeberin können - nach "freiem Ermessen" - einen unmittelbaren Abruf aus der Rahmenvereinbarung vom "ursprünglichen Billigstbieter" vornehmen, dh ohne erneuten Wettbewerb. Der Reihung bei Abschluss der Rahmenvereinbarung komme daher entscheidende Bedeutung zu. Der Antragstellerin, die hier, soweit ihr bekannt, im Konkreten rechtswidrigerweise lediglich 4.-gereiht sei, komme daher jedenfalls auch Rechtsschutzinteresse und Beschwer sowie Antragslegitimation zur Anfechtung der Auftraggeberentscheidung vom 22. 11. 2012 zu. Es sei daher zu berücksichtigen, dass die angefochtene Entscheidung bei späteren (nach freiem Ermessen der Auftraggeberin nutzbaren) unmittelbaren Aufrufen die letzte anfechtbare Entscheidung im Verfahren sei und die Antragstellerin durch die vorangereichten auszuscheidenden, jedoch nicht ausgeschiedenen Angebote rechtswidrig benachteiligt sei.

Zusätzlich sei auch zu gewährleisten, dass die Antragstellerin bei späteren allenfalls doch stattfindenden erneuten Wettbewerben nicht mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten müsse, die infolge auszuscheidender Angebote in Wahrheit gar nicht teilnehmen durften. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin bei einem neuerlichen Aufruf zum Wettbewerb nicht einmal verpflichtet sei, die Zuschlagsentscheidung den Parteien der Rahmenvereinbarung mitzuteilen und daher die Möglichkeit hätte, den Zuschlag unmittelbar an einen in Wahrheit auszuscheidenden Bieter zu erteilen. Das Rechtsschutzsystem wäre diesfalls besonders lückenhaft, auch weil die

Auftraggeberin im Konkreten nicht einmal mitgeteilt habe, welche weiteren Bieter als Partner für die Rahmenvereinbarung ausgewählt worden seien und wie die nunmehr endgültige Reihung nach Angebotsprüfung aussehe.

Für die nicht berücksichtigen Bieter sehe § 151 Abs 3 BVergG ausdrücklich gewisse Informationsverpflichtungen vor. Diese Regelung sei aber deutlich zu eng gefasst. Dies gehe auch schon aus den Materialien hervor, wo festgehalten werde, dass "auch" den nicht berücksichtigten Bietern die entsprechenden Mitteilungen zu machen seien. Weiter werde auf 41 Abs 2 VergRL 2004/18/EG verwiesen. In der vorliegenden Konstellation sei bei unmittelbarem Abruf aus der Rahmenvereinbarung die Antragstellerin ein "nicht berücksichtigter" Bieter. Weiter habe sie ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht, sodass sie - ohne weitere Voraussetzungen - entsprechend ausführlich zu "unterrichten" sei. Aus allen diesen Gründen sei ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung nicht den erforderlichen Inhalt und die notwendige Informationstiefe aufweise. Insbesondere hätte die Auftraggeberin mitteilen müssen, welche anderen Bieter vor der Antragstellerin gereiht seien und welcher Bieter der "ursprüngliche Billigstbieter" iSd LV-Position 000196D sei. Die Zuschlagsentscheidung enthalte zudem weder in formaler Weise eine Begründung noch das datumsmäßig angeführte Ende der Stillhaltefrist. Für die nicht berücksichtigen Bieter sehe Paragraph 151, Absatz 3, BVergG ausdrücklich gewisse Informationsverpflichtungen vor. Diese Regelung sei aber deutlich zu eng gefasst. Dies gehe auch schon aus den Materialien hervor, wo festgehalten werde, dass "auch" den nicht berücksichtigten Bietern die entsprechenden Mitteilungen zu machen seien. Weiter werde auf 41 Absatz 2, VergRL 2004/18/EG verwiesen. In der vorliegenden Konstellation sei bei unmittelbarem Abruf aus der Rahmenvereinbarung die Antragstellerin ein "nicht berücksichtigter" Bieter. Weiter habe sie ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht, sodass sie - ohne weitere Voraussetzungen - entsprechend ausführlich zu "unterrichten" sei. Aus allen diesen Gründen sei ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung nicht den erforderlichen Inhalt und die notwendige Informationstiefe aufweise. Insbesondere hätte die Auftraggeberin mitteilen müssen, welche anderen Bieter vor der Antragstellerin gereiht seien und welcher Bieter der "ursprüngliche Billigstbieter" iSd LV-Position 000196D sei. Die Zuschlagsentscheidung enthalte zudem weder in formaler Weise eine Begründung noch das datumsmäßig angeführte Ende der Stillhaltefrist.

Im Ergebnis seien daher die Angebote der Bieter B***, C*** und D*** in rechtmäßiger Weise nicht zuschlagsfähig und aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden. Dadurch sei die angefochtene Entscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet. Hätte die Auftraggeberin diese Angebote rechtmäßiger Weise aus dem Verfahren ausgeschieden, hätte dies ein anderes Ergebnis für die Angebotsprüfung und eine andere Bieterreihung gebracht, nämlich mit der Ermittlung der Antragstellerin als erstgereiht. Im Übrigen sei die Angebotsprüfung nicht rechtskonform durchgeführt und beendet worden sowie die angefochtene Entscheidung nicht im Sinne der inhaltlichen Vorgaben ordnungsgemäß ausgeführt.

Eine Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung habe schon dann stattzufinden, wenn auch nur einer der preislich vorgereihten Bieter B***, C*** und F*** aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden wäre, aber nicht ausgeschieden worden sei. Die angefochtene Entscheidung sei daher aus den angeführten Gründen jedenfalls für nichtig zu erklären.

Zu den verletzten Rechten werde ausgeführt, dass durch die Rechtswidrigkeit dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines und auch Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren(s), insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, verletzt sei sowie weiter in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung (einschließlich Widerruf) des Vergabeverfahrens (einschließlich dem ordnungsgemäßen und rechtskonformen Abschluss der Rahmenvereinbarung); dies auch unter Einhaltung der Grundsätze des fairen, transparenten und lauter Wettbewerbs und der Nichtdiskriminierung sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Weiter sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung und Beurteilung aller Angebote sowie der Vornahme des Ausscheidens von Angeboten von Mitbieter bei Vorliegen von Ausscheidensgründen verletzt. Die Antragstellerin sei auch in ihrem Recht auf Vornahme eines rechtskonformen - und auch gesetzeskonform ausgeführten - Abschlusses einer Rahmenvereinbarung sowie der Durchführung erneuter Aufrufe zum Wettbewerb auf Basis der Rahmenvereinbarung unter Heranziehung lediglich nicht auszuscheidender Angebote verletzt sowie weiter auch in ihrem Recht auf Feststellung als erstgereihter Partner der Rahmenvereinbarung ("ursprünglicher Billigstbieter"), von dem auch ein unmittelbarer Abruf aus der Rahmenvereinbarung erfolgen könne. Schließlich sei die Antragstellerin auch ausdrücklich in all ihren Rechten verletzt, die an dieser Stelle des Antrages nicht ausdrücklich genannt seien, sich aber aus der Gesamtheit des Antrages ergeben würden.

Die Auftraggeberin hätte bei einem rechtskonformen Vorgehen das Vergabeverfahren ordnungsgemäß und gesetzeskonform gestalten und dabei die Angebote der Bieter B***, C*** und D*** ausscheiden müssen. Die Antragstellerin wäre als "ursprüngliche Billigstbieterin" festzustellen und die Rahmenvereinbarung korrespondierend abzuschließen gewesen. Außerdem hätte die Auftraggeberin die angefochtene Entscheidung inhaltlich näher ausführen und begründen müssen. Die vorliegende Zuschlagsentscheidung sei sohin rechtswidrig und somit für nichtig zu erklären.

Zum drohenden Schaden werde ausgeführt, dass infolge der gegenständlichen Rechtswidrigkeiten, insbesondere des Nichtausscheidens der Angebote der Bieter B***, C*** und D***, trotz Vorliegens von Ausscheidensgründen - und damit auch der Rechtswidrigkeit der Prüfung der Angebote der Antragstellerin erheblich Schäden drohen. Laut VwGH-Judikatur sei ein dem Antragsteller drohender Schaden bereits dann gegeben, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden könne. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, werde im Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel sei. Mit der Antragstellerin wäre bei dem rechtskonformen Ausscheiden der Angebote der Bieter B***, C*** und D*** die Rahmenvereinbarung als „ursprüngliche Billigstbieterin“ abzuschließen, von der unmittelbare Abrufe getätigt werden können. Weiter wäre sie rechtskonform bei dennoch durchgeführten erneuten Wettbewerben nicht mit anderen auszuscheidenden Bietern konfrontiert, die im Hinblick auf fehlende Erfüllung von Ausschreibungsvorgaben billiger (aber eben wettbewerbs- und rechtswidrig) anbieten könnten. Die Antragstellerin müsse daher auch die Chance erhalten, in einem rechtskonformen erneuten Wettbewerb Angebote nur unter Berücksichtigung nicht auszuscheidender Bieter (Rahmenvereinbarungspartner) abzugeben.

Durch die bestehenden Rechtswidrigkeiten und die vorhandene Konstellation seien drohende Schäden evident. Eine genaue Bezifferung der Schadens sei dabei nicht erforderlich. Angeführt werden könne, dass der Antragstellerin ein Gewinnentgang in einer ungefähren Höhe von EUR XXXX (zuzüglich USt) und der Verlust von Deckungsbeiträgen zu entstehen drohe. Weiter seien der Antragstellerin durch die Angebotslegung erhebliche Kosten entstanden, die durch das Nicht-Ausscheiden der auszuscheidenden Bieter und der Nicht-Erstreichung frustriert zu werden drohen. Schließlich seien die Kosten des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens, insbesondere der rechtsfreundlichen Vertretung und die Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 4.500,00 als drohender Schaden anzuführen. Der drohende Schaden manifestiere sich darüber hinaus in dem drohenden Verlust eines signifikanten Referenzprojektes. Durch die bestehenden Rechtswidrigkeiten und die vorhandene Konstellation seien drohende Schäden evident. Eine genaue Bezifferung der Schadens sei dabei nicht erforderlich. Angeführt werden könne, dass der Antragstellerin ein Gewinnentgang in einer ungefähren Höhe von EUR römisch 40 (zuzüglich USt) und der Verlust von Deckungsbeiträgen zu entstehen drohe. Weiter seien der Antragstellerin durch die Angebotslegung erhebliche Kosten entstanden, die durch das Nicht-Ausscheiden der auszuscheidenden Bieter und der Nicht-Erstreichung frustriert zu werden drohen. Schließlich seien die Kosten des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens, insbesondere der rechtsfreundlichen Vertretung und die Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 4.500,00 als drohender Schaden anzuführen. Der drohende Schaden manifestiere sich darüber hinaus in dem drohenden Verlust eines signifikanten Referenzprojektes.

Das erforderliche Interesse am Vertragsabschluss sei bei der Antragstellerin evident, nachdem dies bereits durch die Abgabe eines gesetzes- und ausschreibungskonformen Angebotes hinreichend dargelegt worden sei. Im Übrigen sei das Interesse der Antragstellerin auch durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag belegt.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 30.11.2012 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und legte mit Schriftsatz vom 4.12.2012 die Originalunterlagen (4 schwarze Ordner) vor. Mit Schriftsatz vom 5.12.2012 führte die Auftraggeberin ergänzend Folgendes aus:

Zum Angebot des Bieters B*** (in weiterer Folge: B***): es sei unrichtig, dass das Angebot des Bieters B*** wegen Mehrfachbeteiligung bzw Wegfalls eines notwendigen Subunternehmers infolge der Festlegung in der Antwort auf die Bieterfrage 23 auszuschneiden sei. Am 6.9.2012 habe die Auftraggeberin die Bieterfrage 23 wie folgt beantwortet: "Ein Bieter darf NICHT direkt oder in einer Bietergemeinschaft als auch (ggf. mehrfach) als Subunternehmer am Vergabeverfahren teilnehmen." Die F*** habe gegen diese Festlegung verstoßen, da sie ein Angebot als Einzelbieter abgegeben und sich gleichzeitig als Subunternehmer der B*** am Vergabeverfahren beteiligt habe. Aus diesem Grund habe die Auftraggeberin das Angebot der F*** als Einzelbieter ausgeschieden.

Die Festlegung in der Bieterfragenbeantwortung bestimme lediglich, dass sich ein Bieter nicht mehrfach als Einzelbieter bzw BIEGE-Mitglied und gleichzeitig als Subunternehmer am Vergabeverfahren beteiligen dürfe. Der objektive Erklärungswert der Festlegung sei so zu verstehen, dass lediglich das Angebot des Einzelbieters der auch als Subunternehmer auftrete auszuscheiden sei. Betreffend das Angebot des Bieters B***, als dessen Subunternehmer F*** auftrete, sei ein Ausscheiden nicht geboten. In der Fragenbeantwortung sei wörtlich festgelegt, dass ein Bieter nicht auch gleichzeitig als Subunternehmer eines anderen Bieters anbieten dürfe. Der Bieter B*** mit Subunternehmer F*** erfülle den Tatbestand dieser Festlegung jedoch nicht: B*** biete ausschließlich als Einzelbieter und nicht mehrfach an. Somit verstoße das Angebot des Bieters emc nicht gegen die Ausschreibungsbestimmungen. Das Angebot von F*** als Einzelbieter sei daher nicht auszuscheiden gewesen.

Die Auslegung einer unklaren Bieterfragenbeantwortung zum Nachteil von B*** aufgrund der Unklarheitenregel sei unzulässig. Selbst wenn der objektive Erklärungswert der Festlegung in der Bieterfragenbeantwortung aber in Bezug auf das Angebot von B*** unklar sein sollte - was bestritten werde -, so dürfte die Auftraggeberin eine (unklare) Regelung gemäß § 915 ABGB nicht zum Nachteil des Bieters B*** auslegen. Die Auslegung einer unklaren Bieterfragenbeantwortung zum Nachteil von B*** aufgrund der Unklarheitenregel sei unzulässig. Selbst wenn der objektive Erklärungswert der Festlegung in der Bieterfragenbeantwortung aber in Bezug auf das Angebot von B*** unklar sein sollte - was bestritten werde -, so dürfte die Auftraggeberin eine (unklare) Regelung gemäß Paragraph 915, ABGB nicht zum Nachteil des Bieters B*** auslegen.

Für das Nicht-Ausscheiden des Bieters B*** spreche auch die ständige Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden zur Mehrfachbeteiligung: So habe der EuGH ausgesprochen, dass ein automatischer Ausschluss "über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels [Anm: Gewährleistung eines freien und lauten Wettbewerbs] erforderlich ist" (EuGH 23. 12. 2009, C-376/08, Serrantoni RdN 45; ebenso EuGH 19.5.2009, C-538/07 Assitur). Die Antragstellerin verweise in diesem Zusammenhang selbst auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, wonach bei Mehrfachbeteiligung von Bieter an einem Vergabeverfahren eine Einzelfallbetrachtung geboten sei (VfGH 20.6.2001, B 1560/00).

Auch nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei eine Mehrfachbeteiligung nicht von vornherein unzulässig. Es müsse vielmehr im konkreten Einzelfall geprüft werden, "ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist bzw dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bieter nicht besteht" (VwGH 18. 6. 2012, 2010/04/0011 = ZVB 2012/126; ähnlich VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083).

Im konkreten Fall stelle die bestandfeste Festlegung in der Bieterfragenbeantwortung lediglich auf den Einzelbieter ab, der sich gleichzeitig als Subunternehmer am Vergabeverfahren beteilige. Aufgrund der zitierten Rechtsprechung zur Mehrfachbeteiligung habe die Auftraggeberin das Angebot des Bieters emc daher nicht ausgeschieden. Konkret gebe es auch keinen Anhaltspunkt, dass die Beteiligung von F*** als Subunternehmer von emc den Wettbewerb im Vergabeverfahren nachteilig beeinflusst hätte. Es ergebe sich sohin keine Wettbewerbsverzerrung durch das Nicht-Ausscheiden des Angebots des Bieters B*** mit dem Subunternehmer F***.

Zur "Überspannung" der Sorgfaltspflicht von B*** werde ausgeführt, dass es wohl den an einen Bieter zu stellenden Sorgfaltsmaßstab übersteigen würde, würde man ihn in der gegenständlichen Konstellation verpflichten, die Einhaltung der Festlegung in der Bieterfragenbeantwortung durch seinen Subunternehmer zu überprüfen. Nur F*** hätte die Einhaltung der Bieterfragenbeantwortung "steuern" können, indem sie entweder kein Einzelangebot lege oder ihr Sub-Angebot gegenüber dem Bieter B*** zurückziehe. Der Verstoß gegen die Festlegung in der Bieterfragenbeantwortung könne dem Bieter B*** somit nicht "zugerechnet" werden. Ein Ausscheiden des Angebots des Bieters B*** wäre daher auch unverhältnismäßig gewesen. Das Angebot von B*** sei somit zu Recht nicht ausgeschieden worden. Der Bieter B*** verfüge über die erforderliche Eignung. Das dahingehende Vorbringen der Antragstellerin sei daher unbeachtlich.

Zum Angebot des Bieters C*** (in weiterer Folge: C***): entgegen den Behauptungen der Antragstellerin sei die Angebotsprüfung ordnungsgemäß vorgenommen und auch zu Ende geführt worden. Die Antragstellerin stelle in diesem Zusammenhang bloße Vermutungen an. Der Bieter C*** habe sämtliche erforderlichen Nachweise beigebracht.

Zum Angebot des Bieters D*** (in weiterer Folge: D***): das Angebot dieses Bieters sei von der Auftraggeberin bereits ausgeschieden worden. Das dahingehende Vorbringen der Antragstellerin sei daher gegenstandslos.

Zu den weiteren behaupteten Rechtswidrigkeiten:

Zum Ausmaß an Möglichkeiten zur Nachreichung und Aufklärung: Die Antragstellerin behaupte, dass aufgrund der Gewährung "überschießender" Mängelbehebungen und Aufklärungen der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt worden sei. Dies sei unrichtig. Nach der Rechtsprechung des VwGH bestehe bei Aufklärungen bzw Mängelbehebungen ein Ermessen des Auftraggebers, das nur durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens beschränkt sei (VwGH 21.3.2011, 2008/04/0083). Auch die Berücksichtigung verspäteter Aufklärungen sei demnach zulässig, sofern der Grundsatz der Bietergleichbehandlung eingehalten werde. Nach Rechtsprechung des VKS Wien seien Bieter ins Detail gehende Vorhaltungen zu machen und seien Auftraggeber zum weiteren Hinterfragen verpflichtet bei Bedenken, ob ein Bieter ein Aufklärungsersuchen richtig verstanden habe (VKS Wien 21.6.2012, VKS-5126/12).

Aus den konkret im Verfahren geforderten Aufklärungen ergebe sich keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, da die Bieter gleich behandelt und ihnen dieselben Möglichkeiten zur Mängelbehebung eingeräumt worden seien. Zudem könne entgegen der Ansicht der Antragstellerin aus einer längeren Dauer einer Angebotsprüfung nicht auf "überschießende" Aufklärungen geschlossen werden. Vielmehr seien Auftraggeber schon aufgrund der §§ 122ff BVerG zu einer sorgfältigen und umfassenden Eignungs- und Angebotsprüfung verpflichtet. Aus den konkret im Verfahren geforderten Aufklärungen ergebe sich keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, da die Bieter gleich behandelt und ihnen dieselben Möglichkeiten zur Mängelbehebung eingeräumt worden seien. Zudem könne entgegen der Ansicht der Antragstellerin aus einer längeren Dauer einer Angebotsprüfung nicht auf "überschießende" Aufklärungen geschlossen werden. Vielmehr seien Auftraggeber schon aufgrund der Paragraphen 122 f, f, BVerG zu einer sorgfältigen und umfassenden Eignungs- und Angebotsprüfung verpflichtet.

Zur Auswahlentscheidung: diese sei rechtskonform. Die Antragstellerin behaupte, die Auswahlentscheidung der Auftraggeberin weise nicht den erforderlichen Inhalt und die notwendige "Informationstiefe" auf. Dies sei unrichtig. Die Entscheidung, mit welchen Unternehmen eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden solle, stelle zwar eine gesondert anfechtbare Entscheidung, aber keine Zuschlagsentscheidung dar (Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch' [2010] Rz 874; EBRV 2010 zu § 151 Abs 4). Daher sei die Mitteilung an die Unternehmen, mit denen die Rahmenvereinbarung geschlossen werden solle ("positive Auswahlentscheidung"), im BVerG nicht geregelt. § 151 Abs 3 BVerG enthalte lediglich Vorgaben an die Mitteilung an die nicht berücksichtigten Bieter ("negative Auswahlentscheidung"). Zur Auswahlentscheidung: diese sei rechtskonform. Die Antragstellerin behaupte, die Auswahlentscheidung der Auftraggeberin weise nicht den erforderlichen Inhalt und die notwendige "Informationstiefe" auf. Dies sei unrichtig. Die Entscheidung, mit welchen Unternehmen eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden solle, stelle zwar eine gesondert anfechtbare Entscheidung, aber keine Zuschlagsentscheidung dar (Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch' [2010] Rz 874; EBRV 2010 zu Paragraph 151, Absatz 4.). Daher sei die Mitteilung an die Unternehmen, mit denen die Rahmenvereinbarung geschlossen werden solle ("positive Auswahlentscheidung"), im BVerG nicht geregelt. Paragraph 151, Absatz 3, BVerG enthalte lediglich Vorgaben an die Mitteilung an die nicht berücksichtigten Bieter ("negative Auswahlentscheidung").

Bei dieser Nicht-Regelung der positiven Auswahlentscheidung handle es sich um eine planmäßige Lücke im BVerG. Bei der (Mehrfach-)Rahmenvereinbarung schließe die Auftraggeberin nicht bloß eine einzige Rahmenvereinbarung mit allen Parteien, sondern gleichsam inhaltlich idente Rahmenvereinbarungen ab, damit die Parteien der Rahmenvereinbarung untereinander unbekannt blieben. Dadurch solle gewährleistet werden, dass es zu keinen Preisabsprachen komme und der freie und lautere Wettbewerb nicht beeinträchtigt werde (Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch' [2010] Rz 873).

Das Absprachenrisiko bei Kenntnis der anderen Parteien der Rahmenvereinbarung bestehe zudem unabhängig davon, ob die Auftraggeberin erst nach Durchführung einer weiteren Wettbewerbsrunde oder "direkt" vorn Billigstbieter des ursprünglichen Verfahrens abrufe. Absprachen könnten nämlich nicht nur eine weitere Wettbewerbsrunde betreffen, sondern auch darin bestehen, dass auf den ursprünglichen Billigstbieter vergaberechtswidrig eingewirkt werde, auf die Leistungserbringung bei direktem Abruf zu "verzichten". Der Schutz des freien und lautereren Wettbewerbs überwiege

daher die Informationsinteressen der Parteien der Rahmenvereinbarung, insbesondere das Interesse, den Namen der anderen ausgewählten Parteien sowie die Reihung der Parteien zu kennen. Dieses überwiegende Interesse des Schutzes des Wettbewerbs habe der Gesetzgeber mit der planmäßigen Lücke im BVergG, der Nicht-Regelung der positiven Auswahlentscheidung, berücksichtigt. Eine planmäßige Lücke sei einer Lückenfüllung in Analogie jedoch nicht zugänglich, wie die Antragstellerin dies mit Analogieschlüssen zu den Regelungen zur Zuschlagsentscheidung versuche.

Daher sei für die Antragstellerin aus ihren Ausführungen zu den EBRV und Art 41 Abs 2 Richtlinie 2004/18/EG ("VergRL") nichts zu gewinnen. Die EBRV 2010 zu § 151 Abs 3 sechster und siebter Satz würden zwar vorsehen, dass "auch" nicht berücksichtigten Bieter Informationen mitzuteilen seien, was aber damit zu erklären sei, dass die EBRV davon ausgehen würden, die erfolgreichen Bieter würden ohnehin benachrichtigt werden. Daher werde explizit vorgesehen, dass auch nicht berücksichtigten Bieter Informationen mitgeteilt werden müssten. Die Antragstellerin sei jedoch als Partei der Rahmenvereinbarung ausgewählt worden und sei somit kein nicht - berücksichtigter Bieter. Daher sei für die Antragstellerin aus ihren Ausführungen zu den EBRV und Artikel 41, Absatz 2, Richtlinie 2004/18/EG ("VergRL") nichts zu gewinnen. Die EBRV 2010 zu Paragraph 151, Absatz 3, sechster und siebter Satz würden zwar vorsehen, dass "auch" nicht berücksichtigten Bieter Informationen mitzuteilen seien, was aber damit zu erklären sei, dass die EBRV davon ausgehen würden, die erfolgreichen Bieter würden ohnehin benachrichtigt werden. Daher werde explizit vorgesehen, dass auch nicht berücksichtigten Bieter Informationen mitgeteilt werden müssten. Die Antragstellerin sei jedoch als Partei der Rahmenvereinbarung ausgewählt worden und sei somit kein nicht - berücksichtigter Bieter.

Weiter sei aus der allgemeinen Bestimmung des Art 41 VergRL, der jede Verfahrensbeendigung betreffe, keine Informationspflicht für den gegenständlichen Fall abzuleiten, wie die Antragstellerin meine. Insbesondere sei Art 41 Abs 2 3. Spiegelstrich VergRL für die Antragstellerin nicht einschlägig, da sie selbst ja ein ausgewähltes Angebot abgegeben habe bzw ausgewählt worden sei. Das "bewusste Schweigen" des BVergG zur positiven Auswahlentscheidung gehe dieser allgemeinen Regel zweifellos vor. Folglich sei die Auftraggeberin nicht verpflichtet gewesen, die Namen oder Platzierungen der als Partei der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommenen Bieter in der Auswahlentscheidung bekannt zu geben, weshalb die Auswahlentscheidung rechtskonform sei. Weiter sei aus der allgemeinen Bestimmung des Artikel 41, VergRL, der jede Verfahrensbeendigung betreffe, keine Informationspflicht für den gegenständlichen Fall abzuleiten, wie die Antragstellerin meine. Insbesondere sei Artikel 41, Absatz 2, 3. Spiegelstrich VergRL für die Antragstellerin nicht einschlägig, da sie selbst ja ein ausgewähltes Angebot abgegeben habe bzw ausgewählt worden sei. Das "bewusste Schweigen" des BVergG zur positiven Auswahlentscheidung gehe dieser allgemeinen Regel zweifellos vor. Folglich sei die Auftraggeberin nicht verpflichtet gewesen, die Namen oder Platzierungen der als Partei der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommenen Bieter in der Auswahlentscheidung bekannt zu geben, weshalb die Auswahlentscheidung rechtskonform sei.

Im Ergebnis sei daher weder das Angebot des Bieters B*** noch des Bieters C*** auszuschneiden gewesen. Auch sonst sei das Vergabeverfahren rechtskonform durchgeführt worden. Die angefochtene Entscheidung sei nicht für nichtig zu erklären, weshalb die Zurück- bzw. Abweisung der Anträge beantragt werde.

Mit Schriftsatz vom 9.1.2012 brachte die Auftraggeberin weiter ergänzend vor:

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Die Auftraggeberin habe eine umfassende und vollständige Angebotsprüfung durchgeführt. Dabei seien Mängel festgestellt und Verbesserungsaufträge erteilt, aber keine Ausscheidensentscheidung getroffen worden. Auf Basis des geprüften und im Akt dokumentierten bzw festgestellten Sachverhalts scheine es jedoch möglich, dass das BVA die aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände als Ausscheidensgründe qualifiziere; das Angebot der Antragstellerin wäre dann auszuschneiden gewesen (vgl VwGH 22. 6. 2011, 2007/04/0076; BVA 6.3.2012, F/0010-BVA/08/2011-141). In diesem Fall würde der Antragstellerin die Antragslegitimation fehlen und ihr Nachprüfungsantrag sei zurückzuweisen. Die Auftraggeberin habe eine umfassende und vollständige Angebotsprüfung durchgeführt. Dabei seien Mängel festgestellt und Verbesserungsaufträge erteilt, aber keine Ausscheidensentscheidung getroffen worden. Auf Basis des geprüften und im Akt dokumentierten bzw festgestellten Sachverhalts scheine es jedoch möglich, dass das BVA die aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände als Ausscheidensgründe qualifiziere; das

Angebot der Antragstellerin wäre dann auszuschneiden gewesen vergleiche VwGH 22. 6. 2011, 2007/04/0076; BVA 6.3.2012, F/0010-BVA/08/2011-141). In diesem Fall würde der Antragstellerin die Antragslegitimation fehlen und ihr Nachprüfungsantrag sei zurückzuweisen.

Zur personellen Verflechtung zwischen der Antragstellerin und der C*** werde ausgeführt:

C*** sei als aktuell zweitgereihter "Bieter" in der Auswahlentscheidung der Auftraggeberin vom 22.11.2012 als Partei der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommen worden, die Antragstellerin als drittgereichte Partei. C***, geboren XXXX, halte 99% am Stammkapital der C***. Er sei zudem handels- sowie gewerberechtlicher Geschäftsführer der C***. C*** sei jedoch auch gewerberechtlicher Geschäftsführer der Antragstellerin für das ausschreibungsgegenständliche Gewerbe Elektrotechnik. C*** sei als aktuell zweitgereihter "Bieter" in der Auswahlentscheidung der Auftraggeberin vom 22.11.2012 als Partei der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommen worden, die Antragstellerin als drittgereichte Partei. C***, geboren römisch 40, halte 99% am Stammkapital der C***. Er sei zudem handels- sowie gewerberechtlicher Geschäftsführer der C***. C*** sei jedoch auch gewerberechtlicher Geschäftsführer der Antragstellerin für das ausschreibungsgegenständliche Gewerbe Elektrotechnik.

Zur Stellung des gewerberechtlichen Geschäftsführers werde vorgebracht, dass gemäß § 39 Abs 1 GewO der Gewerbeinhaber für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen könne, der ihm gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde (§ 33) gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich sei. Gemäß § 39 Abs 2 GewO müsse der gewerberechtliche Geschäftsführer in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, insbesondere dem Abs. 1 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Handle es sich um ein Gewerbe für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben sei, wie im gegenständlichen Fall für Elektrotechnik, so müsse der Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. "Die vom Gewerbeinhaber erteilte Anordnungsbefugnis gibt dem Geschäftsführer die Gewähr, dass er den Arbeitnehmern [...] entsprechende Weisungen erteilen kann" (Gruber/Palieg-Barfuß, GewO § 18 Anm 49). Diese Bestimmung solle gewährleisten, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer "genug Übersicht über innerbetriebliche Vorgänge hat und andererseits die Möglichkeit, zur Vermeidung unerwünschter Entwicklungen korrigierend einzugreifen" (Gruber/Palieg-Barfuß, GewO § 18 Anm 52). Zur Stellung des gewerberechtlichen Geschäftsführers werde vorgebracht, dass gemäß Paragraph 39, Absatz eins, GewO der Gewerbeinhaber für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen könne, der ihm gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde (Paragraph 33,) gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich sei. Gemäß Paragraph 39, Absatz 2, GewO müsse der gewerberechtliche Geschäftsführer in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, insbesondere dem Absatz eins, entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Handle es sich um ein Gewerbe für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben sei, wie im gegenständlichen Fall für Elektrotechnik, so müsse der Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. "Die vom Gewerbeinhaber erteilte Anordnungsbefugnis gibt dem Geschäftsführer die Gewähr, dass er den Arbeitnehmern [...] entsprechende Weisungen erteilen kann" (Gruber/Palieg-Barfuß, GewO Paragraph 18, Anmerkung 49). Diese Bestimmung solle gewährleisten, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer "genug Übersicht über innerbetriebliche Vorgänge hat und andererseits die Möglichkeit, zur Vermeidung unerwünschter Entwicklungen korrigierend einzugreifen" (Gruber/Palieg-Barfuß, GewO Paragraph 18, Anmerkung 52).

Zur konkreten Angebotskenntnis von C*** werde vorgebracht, dass C*** laut KSV-Auskunft lediglich sechs Beschäftigte habe, wobei nicht auszuschließen sei, dass die zwei Geschäftsführer - Herr C*** und seine Ehegattin - bereits in dieser Zahl inkludiert seien. Es sei daher anzunehmen, dass C*** als handelsrechtlicher und gewerberechtlicher Geschäftsführer für den ausschreibungsgegenständlichen Bereich Elektrotechnik Kenntnis vom genauen Angebotsinhalt der C*** gehabt hatte. Bei der Antragstellerin handle es sich um ein Unternehmen mit 26 vollversicherten Mitgliedern. Aufgrund der Stellung als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Antragstellerin müsse C*** jedoch "genug Übersicht über innerbetriebliche Vorgänge" gehabt haben; ihm komme eine Anordnungsbefugnis

gegenüber den Mitarbeitern der Antragstellerin zu und er müsse zumindest 20 Stunden pro Woche im Betrieb sein. Angesichts der geringen Größe des Unternehmens der Antragstellerin und der Stellung C*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer für das ausschreibungsgegenständliche Gewerbe Elektrotechnik liege es nahe, dass C*** Kenntnisse auch vom Inhalt des Angebots der Antragstellerin zusätzlich zur Kenntnis des Angebots der C*** habe. Aufgrund dieser personellen Verflechtung und seinem "Fachbereich" Elektrotechnik sei die Behauptung von C***, keine Kenntnis von den jeweiligen Angebotsinhalten zu haben, "bereits aufgrund der Lebenserfahrung unglaublich und nicht nachvollziehbar".

Darüber hinaus habe die Antragstellerin in der von ihr im Zuge einer Aufklärung vorgelegten Auskunft der NÖGKK zu ihrem Beschäftigtenstand Schwärzungen vorgenommen. Ein Grund, warum ein Bieter Teile seiner Belegschaft einer Auftraggeberin gegenüber nicht offen legen möchte, sei nicht ersichtlich. Es bestehe daher die Möglichkeit, dass es neben C*** weitere personelle Überschneidungen zwischen der C*** und der Antragstellerin gebe.

Zur Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtung werde ausgeführt, dass die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag Umstände releviert habe, die ihr nicht bekannt sein konnten, etwa durch Informationen im Zuge der Angebotsöffnung oder "Branchenkenntnis". Insbesondere, dass die Antragstellerin mehrere Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin an die C*** moniere, deute auf einen Informationsfluss zwischen der C*** bzw. C*** und der Antragstellerin hin. Eine derartige Informationsweitergabe verstoße aber selbst ohne Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Abrede gegen die Geheimhaltungsverpflichtung des § 23 BVergG. Der Verstoß eines Bieters gegen die Vertraulichkeitsverpflichtung stelle einen Ausschlussgrund wegen mangelnder beruflicher Zuverlässigkeit gemäß 6 68 Abs 1 Z 5 BVergG dar. Der Verstoß wiege zudem umso schwerer, als das Vergabeverfahren nicht wie bei einer "normalen" Auftragsvergabe mit Zuschlagserteilung / Vertragsschluss ende, sondern die einzelnen Abrufe erst später aufgrund der Rahmenvereinbarung, allenfalls nach einer weiteren Wettbewerbsrunde, getätigt würden. Eine Informationsweitergabe zwischen Parteien der Rahmenvereinbarung bleibe daher auch weiterhin höchst wettbewerbsrelevant. Zur Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtung werde ausgeführt, dass die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag Umstände releviert habe, die ihr nicht bekannt sein konnten, etwa durch Informationen im Zuge der Angebotsöffnung oder "Branchenkenntnis". Insbesondere, dass die Antragstellerin mehrere Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin an die C*** moniere, deute auf einen Informationsfluss zwischen der C*** bzw. C*** und der Antragstellerin hin. Eine derartige Informationsweitergabe verstoße aber selbst ohne Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Abrede gegen die Geheimhaltungsverpflichtung des Paragraph 23, BVergG. Der Verstoß eines Bieters gegen die Vertraulichkeitsverpflichtung stelle einen Ausschlussgrund wegen mangelnder beruflicher Zuverlässigkeit gemäß 6 68 Absatz eins Z, 5 BVergG dar. Der Verstoß wiege zudem umso schwerer, als das Vergabeverfahren nicht wie bei einer "normalen" Auftragsvergabe mit Zuschlagserteilung / Vertragsschluss ende, sondern die einzelnen Abrufe erst später aufgrund der Rahmenvereinbarung, allenfalls nach einer weiteren Wettbewerbsrunde, getätigt würden. Eine Informationsweitergabe zwischen Parteien der Rahmenvereinbarung bleibe daher auch weiterhin höchst wettbewerbsrelevant.

Zum erhöhten Abspracherisiko wegen der Rahmenvereinbarungs-Konstellation werde vorgebracht, dass sich bei Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde zwei von fünf Parteien der Rahmenvereinbarung, bei Ausscheiden des aktuellen Billigstbieters emc sogar zwei von vier, abstimmen könnten bzw sei die Wahrscheinlichkeit einer Informationsweitergabe aufgrund der personellen Verflechtung extrem hoch. Ein fairer Wettbewerb wäre somit nicht mehr gewährleistet. Weiter sehe die Ausschreibungsunterlage vor, dass die Auftraggeberin direkt, ohne Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde, beim

ursprünglichen Billigstbieter abrufen könne: wenn dieser den Auftrag nicht

ausführen könne, würde der nächstgereichte Bieter kontaktiert usw. Müsste der aktuelle Billigstbieter B*** ausgeschieden werden, so wäre die zweitgereichte C*** Billigstbieter und bei einem direkten Abruf zu kontaktieren. Diese könnte den "direkten" Auftrag jedoch, aus welchen Gründen auch immer, ablehnen und den Auftrag an die teurere Antragstellerin weitergeben.

Auch bei Durchführung weiterer Wettbewerbsrunden würde sich ein Informationsfluss zwischen zwei der vier Parteien der Rahmenvereinbarung äußerst schädlich auf den Wettbewerb auswirken. Die spezifische Rahmenvereinbarungs-Konstellation bedinge somit eine extrem nachteilige Situation für die Auftraggeberin, da sie an die Parteien der Rahmenvereinbarung weiterhin gebunden sei.

Aus diesem Grund habe die Auftraggeberin die Antragstellerin und die C*** auch nicht zur Aufklärung betreffend deren personelle Verflechtung aufgefordert:

Selbst wenn ein wettbewerbswidriges Verhalten oder eine Informationsweitergabe bislang nicht stattgefunden haben sollte bzw nicht nachgewiesen werden könne, so sei die Wahrscheinlichkeit eines Informationsflusses bei Durchführung der Rahmenvereinbarung aufgrund der personellen Verflechtung dermaßen hoch, dass die Situation für die Auftraggeberin unzumutbar sei, da ein fairer Wettbewerb jedenfalls bei Durchführung einer weiteren Wettbewerbsrunde nicht mehr gewährleistet sei.

Die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidensgründe bzw Rechtswidrigkeiten im Zuge der Angebotsprüfung würden nicht vorliegen, da die präsumtive Billigstbieterin die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen erfülle, die Ausbildungsnachweise (Zertifizierungen) der Mitarbeiter vorliegen würden und die geforderte Systemgarantie erlangt werden könne. Die zahlreichen Aufklärungsersuchen seien rechtskonform unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes erfolgt. Die Auftraggeberin habe das ihr zustehende Ermessen betreffend Aufklärungen nicht überschritten. Vielmehr seien aufgrund der personeller Verflechtungen zwischen der C*** und der Antragstellerin beide Angebote auszuschneiden. Davon unabhängig würden die von der Antragstellerin rezevierten Ausscheidensgründe gegen die C*** jedoch nicht vorliegen, da C*** die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen erfülle.

Die Antragstellerin behaupte, dass die Auftraggeberin die Angebotsprüfung betreffend die C*** nicht hinreichend zu Ende geführt hätte. Die C*** habe keine Strafregisterbescheinigung beigebracht und es bestünde die Vermutung, dass die C*** nicht die erforderliche personelle Mindestausstattung aufweise. Dies sei unrichtig. Die Auftraggeberin habe eine umfassende Angebotsprüfung durchgeführt. Wie aus der Niederschrift zur Angebotsbewertung ersichtlich, sei das Angebot der C*** "vollständig und alle erforderlichen Nachweise wurden beigelegt". Zur Erfüllung der Anforderungen der Ausschreibungsunterlage stütze sich die C*** zulässig auf zwei Subunternehmer, die P*** und die Q***.

Zu den zahlreichen Aufklärungsersuchen werde ausgeführt, dass auch an die C*** mehrere Aufklärungsersuchen ergangen seien. Jedoch ergebe sich auch aus diesem Vorgehen keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Am 13.9.2012 sei eine Aufforderung der Auftraggeberin zur Nachreichung einer Strafregisterbescheinigung und dem letztgültigen Kontoauszug einer Sozialversicherung ergangen. Gemäß Aufforderung seien die Unterlagen bis spätestens 17.9.2012 vorzulegen gewesen. Am 17.9.2012, noch vor Ablauf der Nachreichungsfrist, habe die Auftraggeberin zusätzliche Unterlagen bzw Aufklärungen gefordert und den Ablauf der Frist für alle Nachreichungen bzw Aufklärungen einheitlich mit 25.9.2012 festgesetzt und somit die ursprüngliche Nachreichungsfrist verlängert. Aufgrund der zusätzlich geforderten Unterlagen sei die "Fristerstreckung" geboten gewesen, um der C*** eine angemessene Frist für die Beantwortung bzw Nachreichung einzuräumen. Dieser Aufforderung sei die C*** am 25.9.2012 fristgerecht nachgekommen. Am 4.10.2012 sei ein Ersuchen der Auftraggeberin an die C*** um Nachreichung von Unterlagen zu ihren Subunternehmern ergangen. Zu diesem Thema seien bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Unterlagen gefordert worden. Die C*** habe bis auf eine Strafregisterbescheinigung des Geschäftsführers des Subunternehmers Q** die geforderten Nachweise fristgerecht am 16.10.2012 nachgereicht. Die fehlende Strafregisterauskunft von Q*** sei der Auftraggeberin aber ohnedies vorgelegben, weil Q*** auch bei einem anderen Bieter als Subunternehmer auftrete. Da die Strafregisterauskunft der Auftraggeberin also tatsächlich vorgelegen sei, wenn auch durch die Vorlage eines anderen Bieters, und es sich dabei um einen bloßen Nachweis handle (vgl VwGH 12. 5. 2011. 2008/04/0087), wäre ein Ausscheiden des Bieters aus diesem Grund aus Sicht der Auftraggeberin jedenfalls unverhältnismäßig gewesen. Zu den zahlreichen Aufklärungsersuchen werde ausgeführt, dass auch an die C*** mehrere Aufklärungsersuchen ergangen seien. Jedoch ergebe sich auch aus diesem Vorgehen keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Am 13.9.2012 sei eine Aufforderung der Auftraggeberin zur Nachreichung einer Strafregisterbescheinigung und dem letztgültigen Kontoauszug einer Sozialversicherung ergangen. Gemäß Aufforderung seien die Unterlagen bis spätestens 17.9.2012 vorzulegen gewesen. Am 17.9.2012, noch vor Ablauf der Nachreichungsfrist, habe die Auftraggeberin zusätzliche Unterlagen bzw Aufklärungen gefordert und den Ablauf der Frist für alle Nachreichungen bzw Aufklärungen einheitlich mit 25.9.2012 festgesetzt und somit die ursprüngliche Nachreichungsfrist verlängert. Aufgrund der zusätzlich geforderten Unterlagen sei die "Fristerstreckung" geboten gewesen, um der C*** eine angemessene Frist für die Beantwortung bzw Nachreichung einzuräumen. Dieser Aufforderung sei die C*** am 25.9.2012 fristgerecht nachgekommen. Am 4.10.2012 sei ein Ersuchen der Auftraggeberin an die C*** um Nachreichung von Unterlagen zu ihren Subunternehmern ergangen. Zu diesem Thema

seien bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Unterlagen gefordert worden. Die C*** habe bis auf eine Strafregisterbescheinigung des Geschäftsführers des Subunternehmers Q** die geforderten Nachweise fristgerecht am 16.10.2012 nachgereicht. Die fehlende Strafregisterauskunft von Q*** sei der Auftraggeberin aber ohnedies vorgelegen, weil Q*** auch bei einem anderen Bieter als Subunternehmer auftrete. Da die Strafregisterauskunft der Auftraggeberin also tatsächlich vorgelegen sei, wenn auch durch die Vorlage eines anderen Bieters, und es sich dabei um einen bloßen Nachweis handle (vergleiche VwGH 12. 5. 2011. 2008/04/0087), wäre ein Ausscheiden des Bieters aus diesem Grund aus Sicht der Auftraggeberin jedenfalls unverhältnismäßig gewesen.

Die Aufforderungen seien zu unterschiedlichen Themenbereiche ergangen und habe es daher keine mehrfache Aufforderung zur Mängelbehebung gegeben. Zudem sei die C*** den Aufforderungen - bis auf die Strafregisterbescheinigung des Subunternehmers- immer fristgerecht nachgekommen. Es habe für die Auftraggeberin sohin keine Veranlassung zu einem Ausscheiden nach § 129 Abs 2 BVergG gegeben. Im Übrigen habe die Auftraggeberin das ihr durch § 129 Abs 2 BVergG eingeräumte Ermessen allen Bietern gegenüber gleich ausgeübt. Die Aufforderungen seien zu unterschiedlichen Themenbereiche ergangen und habe es daher keine mehrfache Aufforderung zur Mängelbehebung gegeben. Zudem sei die C*** den Aufforderungen - bis auf die Strafregisterbescheinigung des Subunternehmers- immer fristgerecht nachgekommen. Es habe für die Auftraggeberin sohin keine Veranlassung zu einem Ausscheiden nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG gegeben. Im Übrigen habe die Auftraggeberin das ihr durch Paragraph 129, Absatz 2, BVergG eingeräumte Ermessen allen Bietern gegenüber gleich ausgeübt.

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 4.1.2013 und führte aus, die Ausschreibung sehe beim Abruf aus der Rahmenvereinbarung für die Auftraggeberin weitgehende Freiheiten auf Basis eines verschiedenartigen Abrufregimes vor. Nach "freiem Ermessen" könne einerseits ein "(unmittelbarer) Abruf aus der Rahmenvereinbarung" vom "ursprünglichen Billigstbieter" erfolgen und dies sogar auch noch nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde. Die Ausschreibung sehe dabei auch einen "nachrückenden" unmittelbaren Abruf von den 2.- bis 5.- gereihten Rahmenvereinbarungspartnern vor, wenn der 1.-gereichte bzw 2.-gereichte etc - aus welchem Grund auch immer - den Direktabruf nicht ausführe. Andererseits könne die Auftraggeberin eben diese zweite Wettbewerbsrunde vornehmen. Für die zweite Wettbewerbsrunde lege LV-Position 0011021 fest, dass dies auch mittels elektronischer Auktion "zur Ermittlung des Billigstbieters" erfolgen könne. Bei dieser Auktion sei der Ausrufpreis "das günstigste Gebot des Vorverfahrens", also jener des geständlichenoffenen Verfahrens. In Summe komme es im vorliegenden Nachprüfungsverfahren daher dazu, dass bereits das erforderliche Ausscheiden eines einzigen Angebotes, auf dessen Basis die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung führe. Für Angebote, die vor der Antragstellerin gereiht seien, ergebe sich dies schon dadurch, dass sich dann für die Antragstellerin die Chancen auf einen unmittelbaren Abruf erhöhen würden. Bei allen für die Rahmenvereinbarung ausgewählten Angeboten, also auch bei denen, die dem der Antragstellerin nachgereiht seien, sei auf die jederzeit mögliche elektronische Auktion zu verweisen. Das Wesen der elektronischen Auktion sei es unter anderem, dass die Bieter "neue Preise und/oder neue Werte für die auktionierenden Komponenten" vorlegen würden. Auch die konkreten Auktionsbedingungen sähen vor, dass "alle vorher abgegebenen Angebote [durch] das letzte [in der Auktion] abgegebene Angebot des jeweiligen Bieters ersetzt würden. Konsequenterweise dürften an der Auktion nur Bieter teilnehmen, die vor der Auktion "zulässige Angebote" gelegt hätten. Bestätigt werde dies auch durch § 147 Abs 6 BVergG, der für eine Variante des Auktionsablaufes strikt vorsehe, dass der Auftraggeber sicherzustellen habe, dass "Teilnehmer, deren Angebote [...] auszuschneiden waren, an der weiteren Auktion nicht teilnehmen können". Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 4.1.2013 und führte aus, die Ausschreibung sehe beim Abruf aus der Rahmenvereinbarung für die Auftraggeberin weitgehende Freiheiten auf Basis eines verschiedenartigen Abrufregimes vor. Nach "freiem Ermessen" könne einerseits ein "(unmittelbarer) Abruf aus der Rahmenvereinbarung" vom "ursprünglichen Billigstbieter" erfolgen und dies sogar auch noch nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde. Die Ausschreibung sehe dabei auch einen "nachrückenden" unmittelbaren Abruf von den 2.- bis 5.- gereihten Rahmenvereinbarungspartnern vor, wenn der 1.-gereichte bzw 2.-gereichte etc - aus welchem Grund auch immer - den Direktabruf nicht ausführe. Andererseits könne die Auftraggeberin eben diese zweite Wettbewerbsrunde vornehmen. Für die zweite Wettbewerbsrunde lege LV-Position 0011021 fest, dass dies auch mittels elektronischer Auktion "zur Ermittlung des Billigstbieters" erfolgen könne. Bei dieser Auktion sei der Ausrufpreis "das günstigste Gebot des Vorverfahrens", also jener des geständlichenoffenen Verfahrens. In Summe komme es im vorliegenden Nachprüfungsverfahren daher dazu, dass bereits das erforderliche Ausscheiden eines einzigen Angebotes, auf dessen

Basis die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung führe. Für Angebote, die vor der Antragstellerin gereiht seien, ergebe sich dies schon dadurch, dass sich dann für die Antragstellerin die Chancen auf einen unmittelbaren Abruf erhöhen würden. Bei allen für die Rahmenvereinbarung ausgewählten Angeboten, also auch bei denen, die dem der Antragstellerin nachgereiht seien, sei auf die jederzeit mögliche elektronische Auktion zu verweisen. Das Wesen der elektronischen Auktion sei es unter anderem, dass die Bieter "neue Preise und/oder neue Werte für die auktionierenden Komponenten" vorlegen würden. Auch die konkreten Auktionsbedingungen sähen vor, dass "alle vorher abgegebenen Angebote [durch] das letzte [in der Auktion] abgegebene Angebot des jeweiligen Bieters ersetzt würden. Konsequenterweise dürften an der Auktion nur Bieter teilnehmen, die vor der Auktion "zulässige Angebote" gelegt hätten. Bestätigt werde dies auch durch Paragraph 147, Absatz 6, BVergG, der für eine Variante des Auktionsablaufes strikt vorsehe, dass der Auftraggeber sicherzustellen habe, dass "Teilnehmer, deren Angebote [...] auszuschneiden waren, an der weiteren Auktion nicht teilnehmen können".

Die Durchführung einer Auktion unter Beteiligung eines Bieters, der an sich auszuschneiden sei, führe ohne weitere Voraussetzungen dazu, dass die gesamte elektronische Auktion rechtswidrig sei. Dies ergebe sich direkt vergaberechtlich aus dem Verstoß gegen die oben angeführten gesetzlichen Vorgaben. Zu beachten sei aber auch Folgendes: Der Vertragsabschluss mit einem Bieter, der aus einer derartig rechtswidrigen Auktion hervorgegangen sei, sei von einer Irrtumsanfechtung gemäß §§ 871ff ABGB bedroht. Denn das von der Auftraggeberin rechtswidrig veranlasste Heranziehen eines "auszuscheidenden Rufpreises" oder aber auch das Mitbieten eines auszuschneidenden Bieters führe die anderen Bieter eindeutig in Irrtum über die Rahmenbedingungen für die eigenen Preisangebote während der Auktion. Diese Irrtumsanfechtung könne entweder die Vertragsanpassung oder sogar auch die Beseitigung des abgeschlossenen Vertrages infolge Veranlassung des Irrtums durch die Auftraggeberin zur Folge haben. Bei der nachträglichen Vertragsanpassungsmöglichkeit des Bieters würden auch die vergaberechtlichen Grenzen der zulässigen Vertragsänderung zu beachten sein. Es sei weiters in der Regel denkunmöglich, zu eruieren, wie die Auktion ohne Beteiligung des auszuschneidenden Bieters verlaufen wäre und welches Ergebnis sie gebracht hätte. Damit habe aber die Auftraggeberin verursacht und verschuldet, dass die Auktion nicht gültig sei bzw der betroffene Billigstbieter seine "Auktionsangebote" unter rechtswidrigen Voraussetzungen abgegeben habe. Die Beteiligung an einem schon von vornherein erkennbar gesetzwidrigen Vergabeverfahren (hier: Abrufverfahren) sei einem Bieter aber nicht zumutbar (vom Grundgedanken vergleichbar VwGH 22.6.2011, 2009104/0128). Die Durchführung einer Auktion unter Beteiligung eines Bieters, der an sich auszuschneiden sei, führe ohne weitere Voraussetzungen dazu, dass die gesamte elektronische Auktion rechtswidrig sei. Dies ergebe sich direkt vergaberechtlich aus dem Verstoß gegen die oben angeführten gesetzlichen Vorgaben. Zu beachten sei aber auch Folgendes: Der Vertragsabschluss mit einem Bieter, der aus einer derartig rechtswidrigen Auktion hervorgegangen sei, sei von einer Irrtumsanfechtung gemäß Paragraphen 871 f, f, ABGB bedroht. Denn das von der Auftraggeberin rechtswidrig veranlasste Heranziehen eines "auszuscheidenden Rufpreises" oder aber auch das Mitbieten eines auszuschneidenden Bieters führe die anderen Bieter eindeutig in Irrtum über die Rahmenbedingungen für die eigenen Preisangebote während der Auktion. Diese Irrtumsanfechtung könne entweder die Vertragsanpassung oder sogar auch die Beseitigung des abgeschlossenen Vertrages infolge Veranlassung des Irrtums durch die Auftraggeberin zur Folge haben. Bei der nachträglichen Vertragsanpassungsmöglichkeit des Bieters würden auch die vergaberechtlichen Grenzen der zulässigen Vertragsänderung zu beachten sein. Es sei weiters in der Regel denkunmöglich, zu eruieren, wie die Auktion ohne Beteiligung des auszuschneidenden Bieters verlaufen wäre und welches Ergebnis sie gebracht hätte. Damit habe aber die Auftraggeberin verursacht und verschuldet, dass die Auktion nicht gültig sei bzw der betroffene Billigstbieter seine "Auktionsangebote" unter rechtswidrigen Voraussetzungen abgegeben habe. Die Beteiligung an einem schon von vornherein erkennbar gesetzwidrigen Vergabeverfahren (hier: Abrufverfahren) sei einem Bieter aber nicht zumutbar (vom Grundgedanken vergleichbar VwGH 22.6.2011, 2009104/0128).

Die Vorhalte und Konspirationsvermutungen der präsumtiven Billigstbieterin seien unzutreffend. Der Umstand, dass B*** selbst keine Systemgarantie für die Produkte mit dem Label AMP" verschaffen könne, ergebe sich bereits aus dem öffentlich zugängliche Internet. Auf der Website des Herstellers O*** sei B*** zumindest aktuell nicht als "Contractor für Österreich angeführt. Dies wäre aber Voraussetzung für die Möglichkeit zur Verschaffung der von der Auftraggeberin geforderten Systemgarantie. Im Übrigen spiegle das Vorbringen der Antragstellerin allgemeines Branchenvernehmen wider.

Zum Ausscheiden des Bieters B***, zur Mehrfachbeteiligung und Wegfall eines notwendigen Subunternehmers

verwies die Antragstellerin auf die Ausführungen im Nachprüfungsantrag und führte ergänzend aus, die Auftraggeberin hätte prüfen müssen, ob in diesem Einzelfall eine konkret schädliche Beeinträchtigung des Wettbewerbes vorliegen würde, also auch, welcher Einfluss auf das Angebot gegeben sei. Sei eine derartige Prüfung nicht erfolgt, sei die Angebotsprüfung in rechtswidriger Weise nicht ordnungsgemäß durch- und zu Ende geführt worden. Es entziehe sich der Kenntnis der Antragstellerin, ob eine derartige Prüfung zum Angebot der B*** in der erforderlichen dokumentierten Weise stattgefunden habe. Fehle dieser Prüfschritt, dann führe schon alleine dieser Umstand zu einer Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung auch, weil dies im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht nachholbar sei.

Zum Fehlen der erforderlichen Eignung (Technischen Leistungsfähigkeit) werde ausgeführt, dass es in der Leistungsgruppe 19 des LV "Strukturierte Verkabelung" zwei Teile gebe, wobei bei der in Teil B vorgesehenen Erweiterung der Infrastruktur ausschließlich die von der Auftraggeberin bereits verwendeten Produkte anzubieten seien - jene mit dem Label "AMP" des Herstellers O***. Die Positionen seien im LV in der Leistungsgruppe 19 "Strukturierte Verkabelung" am Endbuchstaben "B" zu erkennen. An diese vom Bieter anzubietenden Produkte würden die weiteren Vorgaben - mind. 5 vom Hersteller der Anschlusskomponenten ausgebildete und zertifizierte Mitarbeiter und 25-Jährige, direkt vom jeweiligen Hersteller stammende Systemgarantie - knüpfen.

Die Ausschreibung stelle hinsichtlich der Systemgarantie bzw der Garantiezusage und der Mitarbeiterzertifikate zwar für deren Inhalt und die Nachweisführung im Vergabeverfahren konkrete Voraussetzungen auf. Sie regle aber nicht näher, wie ein Bieter diese Garantiezusage und Zertifikate vom Hersteller erhalten könne. Dabei seien die Vorgaben des Herstellers der anzubietenden Produkte relevant (hier O***. Die Antragstellerin sei selbst zertifizierte Vertragspartnerin des Herstellers O*** und damit für die in Teil B geforderten AMP-Produkte. Die von O*** zertifizierten Vertragspartner würden kurz "NDI" oder auch "ND&I" genannt. Dies stehe für "O*** NETCONNECTION Design and Installation Contractor". Der Antragstellerin seien als ein derartiger NDI die Rahmenbedingungen hinlänglich bekannt, unter denen einerseits die erforderliche 25-jährige Systemgarantie bzw. die im Rahmen des Vergabeverfahrens vorzulegende korrespondierende Zusage und andererseits die notwendigen Zertifikate für insgesamt 5 Mitarbeiter erlangt werden können. So würden die von SeiTen O*** ausgestellten Mitarbeiterzertifikate, die sich wie von der Ausschreibung verlangt, immer auf eine konkrete Person und nicht etwa auf ein Unternehmen beziehen würden, stets nur eine zeitlich befristete Gültigkeit. Die zeitliche Gültigkeitsdauer könne durch Rezertifizierungen verlängert werden. Ein Bieter müsse daher über insgesamt 5 Mitarbeiterzertifikate verfügen, die sowohl zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gültig gewesen seien als auch natürlich auch weiterhin gültig seien.

Der Hersteller O*** habe seine Vertragswerke derart gestaltet, dass für die Möglichkeit, seinem Auftraggeber eine nach Einbau der Produkte zu erlangende 25jährige Systemgarantie zu verschaffen, der Status des Unternehmens als zertifizierter Vertragspartner (NDI) und weiters das Vorhandensein von zumindest zwei zertifizierten Mitarbeitern im Unternehmen des NDI erforderlich sei. Dazu könne bspw aus der Website www.XXXX.XXXX.contractor.asp zitiert werden, wobei sich diese Ausführungen an potentielle Auftraggeber richten würden:

" The AMP NETCONNECT 25 Year Performance Warranty - When you have your network infrastructure properly installed by an ND&I, you'll be eligible for the AMP NETCONNECT 25-year performance warranty. This coverage is automatically part of the package when you specify AMP NETCONNECT products end-to-end and when an O*** NETCONNECT Design and Installation Contractor registers the network design with O*** and performs the actual installation in accordance with O*** requirements."" The AMP NETCONNECT 25 Year Performance Warranty - When you have your network infrastructure properly installed by an ND&römisches, you'll be eligible for the AMP NETCONNECT 25-year performance warranty. This coverage is automatically part of the package when you specify AMP NETCONNECT products end-to-end and when an O*** NETCONNECT Design and Installation Contractor registers the network design with O*** and performs the actual installation in accordance with O*** requirements."

Wenn ein Bieter nicht über die notwendige Eignung bzw. die anderen Anforderungen der Ausschreibung verfüge, könne er sich dies im Rahmen der vergaberechtlichen Möglichkeiten von Dritten beschaffen. Im Konkreten verwies die Antragstellerin wörtlich auf folgende rechtliche Aspekte:

"

- -Strichaufzählung

Nachdem die Verschaffung der Systemgarantie und die erforderlichen zertifizierten Mitarbeiter zwingende

(Eignungs-) Anforderungen sind handelt es sich bei deren Verschaffung durch Subunternehmer sodann um notwendige Subunternehmer.

- -Strichaufzählung

Der Austausch und das Nachnominieren notwendiger Subunternehmer ist unzulässig (siehe dazu auch die Festlegung in der Ausschreibung, dass jeder notwendige Subunternehmer [...] zwingend in Formular A bekannt zu geben.' ist (LV-Position 001101 R).

- -Strichaufzählung

Bei den 5 zertifizierten Mitarbeitern handelt es sich um erforderliches Schlüsselpersonal (siehe etwa die erforderliche Eintragung in das Formular "Schlüsselpersonal - SV). Der Austausch dieser notwendigen Mitarbeiter ist nicht zulässig (siehe etwa BVA 3.7.1998, F-5198-17).

- -Strichaufzählung

Die 5 zertifizierten Mitarbeiter müssen entweder Dienstnehmer des Bieters sein (bzw des im Angebot genannten Dritten, zB Subunternehmers) oder aber als Subunternehmer (oder sonstige Dritter) im Angebot genannt sein (siehe dazu auch Fragebeantwortung 6).

- -Strichaufzählung

Der Bieter muss die (Eignungs-) Anforderungen sowohl zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung (§ 69 Z 1 BVergG) als auch noch darüber hinaus erfüllen. Läuft daher bspw ein Zertifikat eines Mitarbeiters zwischen Angebotsöffnung und aktuellem Zeitpunkt ab, dann kann es nicht mehr zur Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen herangezogen werden. Der Bieter muss die (Eignungs-) Anforderungen sowohl zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung (Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG) als auch noch darüber hinaus erfüllen. Läuft daher bspw ein Zertifikat eines Mitarbeiters zwischen Angebotsöffnung und aktuellem Zeitpunkt ab, dann kann es nicht mehr zur Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen herangezogen werden.

Ob die präsumtive Billigstbieterin B*** insgesamt die zitierten Anforderungen erfülle, müsste sich aus dem Vergabeakt ergeben. Der Antragstellerin seien dazu keine näheren Umstände bekannt. Aufgrund von Rückschlüssen erfülle B*** diese Anforderungen tatsächlich aber jedenfalls nicht; dies selbst auch dann nicht wenn man die F*** als zulässigen Subunternehmer betrachte und deren Kapazitäten der präsumtiven Billigstbieterin zurechne.

Schon alleine der fehlende Status als zertifizierter Vertragspartner von O*** (NDI) belege jedoch, dass dieser Bieter keine Systemgarantie verschaffen werde können.

Weiter verfüge sie, soweit allgemein bekannt, über keinen Mitarbeiter, der vom Hersteller O*** zertifiziert sei. Sie müsse sich zur Erfüllung dieser beiden Eignungselemente daher dritter Unternehmer bedienen. Einziger derartiger Dritter sei, wie aus der Angebotsöffnung zu schließen und nunmehr auch durch die Schriftsätze von Auftraggeberin und präsumtiver Billigstbieterin bestätigt scheine, die als Subunternehmer auftretende F***. Nachdem es sich im Hinblick auf die Systemgarantie und die zertifizierten Mitarbeiter um zwingende Eignungsanforderungen handle, wäre das Nachnominieren oder Austauschen von Subunternehmern oder anderer die Eignung vermittelnder Dritten unzulässig. Allfällig von der präsumtiven Billigstbieterin B*** genannte weitere Dritte hätten daher jedenfalls außer Betracht zu bleiben. Nunmehr verfüge F*** zwar über den grundsätzlichen Status als NDI von O***, allerdings habe auch F*** dem Vernehmen nach nicht die von der Ausschreibung geforderten 5 zertifizierten Mitarbeiter. Bei der Zählung der 5 erforderlichen zertifizierten Mitarbeiter jeweils nicht zu berücksichtigen sei ein Mitarbeiter, dessen Zertifikat nach Angebotsöffnung mittlerweile abgelaufen sei, oder auch ein Mitarbeiter, der sein Zertifikat erst nach Angebotsöffnung erworben habe oder schließlich auch ein Mitarbeiter, der gar nicht im Angebot genannt sei und zwar unabhängig davon, ob er über ein durchgängig gültiges Zertifikat verfüge oder nicht.

Es sei sogar fraglich, ob F***, die laut allgemeinen O*** Vertragswerk für die Erlangung der Systemgarantie Mindestanzahl von 2 zertifizierten Mitarbeitern besessen habe bzw besitze. Dabei sei aber nicht nur auf die aktuelle Situation, sondern auf alle vergaberechtlich relevanten Zeitpunkte, also auch jenen der Angebotsöffnung abzustellen. Fehle bzw habe es der F*** auch nur zu einem dieser Zeitpunkte an der Mindestanzahl von 2 zertifizierten Mitarbeitern, dann verfüge auch sie nicht über die jedoch erforderliche Kapazität der "Verschaffungsmöglichkeit" einer Systemgarantie für die Auftraggeberin. Entsprechend hätte sie diese Kapazität auch nicht als Subunternehmer an die präsumtive Billigstbieterin vermitteln können. Das Angebot der präsumtiven Billigstbieterin sei daher aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden.

Im Übrigen halte die Antragstellerin das im Nachprüfungsantrag erstattete Vorbringen sowie auch die von ihr gestellten Anträge aufrecht. Die angefochtene Entscheidung sei mit Rechtswidrigkeiten belastet, die auch wesentlich iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG seien, sodass sie für nichtig zu erklären sei. Im Übrigen halte die Antragstellerin das im Nachprüfungsantrag erstattete Vorbringen sowie auch die von ihr gestellten Anträge aufrecht. Die angefochtene Entscheidung sei mit Rechtswidrigkeiten belastet, die auch wesentlich iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG seien, sodass sie für nichtig zu erklären sei.

Die präsumtive Billigstbieterin B*** erhob mit Schriftsatz vom 17.12.2012 begründete Einwendungen und führte aus, falsch sei die Behauptung der Antragstellerin, die mitbeteiligte Partei bzw deren Angebot wäre wegen Mehrfachbeteiligung auszuschneiden gewesen. Diese Schlussfolgerung gehe auch aus der im Nachprüfungsantrag zitierten Fragebeantwortung 23, Teil B, nicht hervor, sondern lediglich, dass ein Unternehmen sich nicht mehrfach beteiligen dürfe. Was als Mehrfachbeteiligung gelte, werde in den Ausschreibungsunterlagen alleine in Position 001101 Q Z festgelegt: "Die Teilnahme eines Unternehmers an mehreren Bietergemeinschaften gleichzeitig oder die Abgabe eines Angebotes eines Unternehmers als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft gleichzeitig ist nicht zulässig; die Angebote solcher Bietergemeinschaften und (Einzel-)Bieter werden ausgeschieden." Die Fragebeantwortung diene ausschließlich der Interpretation der Ausschreibungsunterlagen, nicht deren Abänderung. Eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sei vom Auftraggeber nicht vorgenommen worden. Der EuGH habe in diesem Sinne ausgesprochen dass - dem Transparenzgrundsatz des Vergaberechts folgend - nicht nur Zuschlagskriterien, sondern auch technische Spezifikationen nur durch eine formelle Berichtigung der Ausschreibung geändert werden könnten, nicht aber durch eine bloße Fragebeantwortung (EuGH 103.2012, Rs C-368/10). Das müsse ebenso für die Implementierung zusätzlicher Ausschluss- oder Ausscheidensgründe gelten. Auch diese könnten nicht in Form einer bloßen Fragebeantwortung zur Geltung gelangen. Daraus folge, dass der Bieter F*** bloß wegen der "Mehrfachbeteiligung" als Bieter und als Subunternehmer nicht auszuschneiden sei.

Aber auch wenn man die Fragebeantwortung als Abänderung der Ausschreibungsunterlagen, also mit Einführung eines zusätzlichen Ausscheidensgrundes, gelten lassen wollte, würde sich nichts an der Gültigkeit des Angebotes der mitbeteiligten Partei ändern, denn der Subunternehmer F*** habe auf den gesamten Inhalt des Angebotes der mitbeteiligten Partei keinen wesentlichen Einfluss. Es komme eben darauf an, ob tatsächlich Einfluss auf den Wettbewerb, also auf mehr als ein Angebot, genommen werden konnte. Da dies im konkreten Fall nicht vorliege, könne diese "Mehrfachbeteiligung" der F*** höchstens zum Ausscheiden des Angebotes der F***führen, aber nicht zum Ausscheiden jenes der mitbeteiligten Partei, weil die "Mehrfachbeteiligung" der F*** diesbezüglich keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt haben könne. Sowohl die mitbeteiligte Partei als auch der von ihr genannte Subunternehmer F*** würde über die erforderliche Anzahl ausgebildeter und zertifizierter Mitarbeiter und die erforderliche Systemgarantie für den Einbau von Produkten des Herstellers O*** verfügen. Dies sei im Aufklärungsverfahren nach Angebotslegung eindeutig nachgewiesen worden.

Daher sei aus diesem Grund weder die technische Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei noch jene der F*** fragwürdig, noch handle es sich bei der F*** um einen notwendigen Subunternehmer, dessen etwaiger Wegfall einen Ausscheidensgrund darstellen würde. Die Vorgangsweise des Auftraggebers zur Aufklärung des Angebotes der mitbeteiligten Partei verstieß weder gegen vergaberechtliche Grundsätze noch gegen die Ausschreibungsbestimmungen. Daher sei die Antragstellerin hierdurch in keiner Weise beschwert oder in ihren subjektiven Rechten verletzt.

Zur mangelhaften Mitteilung der Auftraggeberentscheidung werde ausgeführt, dass der Preis einziges Zuschlagskriterium sei, die Preise der anderen Mitbewerber der Antragstellerin bekannt seien und ihr bekannt sei, dass sie beim Preis eindeutig zurückliege und auch nicht das Gegenteil behaupte. Es wäre der Antragsstellerin frei gestanden, ein besseres, billigeres Angebot zu legen. Es sei daher nicht nachvollziehbar zu erkennen, welche sonstigen "Merkmale und Vorteil des ausgewählten Angebotes" die Auftraggeberin mitteilen hätte sollen.

Insgesamt zeige sich einerseits durch die erfolglosen Versuche des Herstellers O***, den Mitbewerbern der Antragstellerin im Vorfeld des Vergabeverfahrens durch vertragswidrige und rechtsgrundlose Interpretationen die Berechtigung zum Einbau ihrer Produkte zu entziehen, sowie andererseits die aus dem Nachprüfungsantrag evidente Tatsache dass die Antragstellerin über all diese Daten und Vorgänge offensichtlich beste Kenntnis habe, ein deutliches Bild über den Versuch, den Markt durch Ausschaltung des Wettbewerbs in eine für die Antragstellerin günstige Richtung zu lenken; eine Richtung, die ihr erlauben solle, ohne Rücksichtnahme auf Preise der Konkurrenten zu einem

Auftrag zu kommen. Die mitbeteiligte Partei werde diese Zusammenhänge in diesem Nachprüfungsverfahren noch deutlicher untersuchen und gegebenenfalls darstellen und behalte sich in diesem Sinne vor, das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin gemäß § 129 Abs I Z 8 BVergG zu relevieren. Letztlich seien auch weitergehende kartell- und wettbewerbsrechtliche Schritte, die zur Verhinderung derartiger Praktiken geeignet sein könnten, derzeit nicht auszuschließen. Insgesamt zeige sich einerseits durch die erfolglosen Versuche des Herstellers O***, den Mitbewerbern der Antragstellerin im Vorfeld des Vergabeverfahrens durch vertragswidrige und rechtsgrundlose Interpretationen die Berechtigung zum Einbau ihrer Produkte zu entziehen, sowie andererseits die aus dem Nachprüfungsantrag evidente Tatsache dass die Antragstellerin über all diese Daten und Vorgänge offensichtlich beste Kenntnis habe, ein deutliches Bild über den Versuch, den Markt durch Ausschaltung des Wettbewerbs in eine für die Antragstellerin günstige Richtung zu lenken; eine Richtung, die ihr erlauben solle, ohne Rücksichtnahme auf Preise der Konkurrenten zu einem Auftrag zu kommen. Die mitbeteiligte Partei werde diese Zusammenhänge in diesem Nachprüfungsverfahren noch deutlicher untersuchen und gegebenenfalls darstellen und behalte sich in diesem Sinne vor, das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Abs römisch eins Ziffer 8, BVergG zu relevieren. Letztlich seien auch weitergehende kartell- und wettbewerbsrechtliche Schritte, die zur Verhinderung derartiger Praktiken geeignet sein könnten, derzeit nicht auszuschließen.

Aus all diesen Gründen werde daher beantragt, das BVA möge den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 28.11.2012 keine Folge geben.

Mit Schriftsatz vom 9.1.2012 führte die B*** weiter ergänzend aus, die Antragstellerin habe im Nachprüfungsantrag behauptet, dass es sowohl ihr als auch ihrem Subunternehmer F*** an ausreichend ausgebildeten und zertifizierten Mitarbeitern im Sinne der LV-Position 001101F sowie der 25-jährigen Hersteller-Systemgarantie im Sinne der LV-Position 001110C und anderer mangle. Bereits in ihren begründeten Einwendungen habe die B*** dem widersprochen und auf den Vergabeakt der Auftraggeberin verwiesen. Auch von der Auftraggeberin sei in ihrem Schriftsatz vom 5.12.2012 bestätigt worden, dass die Eignung hier sehr wohl vorliege. Die emc sei durch ihre eigene Eignung sowie jene des Subunternehmers F*** sogar doppelt abgesichert bzw leistungsfähig.

Ob die B*** auf der Website des Herstellers O*** (in der Folge "O****") als "Contractor" genannt sei oder nicht, liege nicht im Einflussbereich der emc und sei nicht von rechtlicher Relevanz. Die von der Ausschreibung geforderte Systemgarantie des Herstellers sei von der emc für den Subunternehmer F*** und für sie selbst nachgewiesen worden.

Weiters habe die emc in ihren begründeten Einwendungen auch schon ausgeführt, dass vermutlich ein akkordierter Versuch der Antragstellerin gemeinsam mit dem Hersteller O*** vorliege, Mitbewerber der Antragstellerin aus dem Markt - oder zumindest aus diesem Auftrag - zu drängen. Die im Nachprüfungsantrag enthaltenen Informationen könne die Antragstellerin nach Meinung der erstmittbeteiligten Partei kaum aus anderer Quelle erhalten haben.

Ein derartiges Zusammenwirken würde den Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG verwirklichen, denn eine solche Abrede zwischen der Antragstellerin und einem Hersteller wäre eine von der Antragstellerin als Bieterin "mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede". Der Nachteil für die Auftraggeberin liege durch den Versuch, ein billigeres Angebot zu Gunsten des eigenen teureren Angebots der Antragstellerin aus dem Verfahren zu bringen, evident vor. Ebenso klar seien in dem Fall, dass tatsächlich Hintergrundinformationen über die Geschäftsbeziehungen zwischen O*** und der B***, dem Subunternehmer F*** oder andere Bieter von O*** an die Antragstellerin geflossen seien, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der B*** bzw anderer mit O*** in Geschäftsbeziehungen stehenden Unternehmen verletze; ganz abgesehen von sonst dadurch möglicherweise erfüllten Verstößen gegen Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht. Daher würde diesfalls auch der Verstoß "gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs" zweifellos erfüllt sein. Ein derartiges Zusammenwirken würde den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG verwirklichen, denn eine solche Abrede zwischen der Antragstellerin und einem Hersteller wäre eine von der Antragstellerin als Bieterin "mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede". Der Nachteil für die Auftraggeberin liege durch den Versuch, ein billigeres Angebot zu Gunsten des eigenen teureren Angebots der Antragstellerin aus dem Verfahren zu bringen, evident vor. Ebenso klar seien in dem Fall, dass tatsächlich Hintergrundinformationen über die Geschäftsbeziehungen zwischen O*** und der B***, dem Subunternehmer F*** oder andere Bieter von O*** an die Antragstellerin geflossen seien, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der B*** bzw anderer mit O*** in

Geschäftsbeziehungen stehenden Unternehmen verletze; ganz abgesehen von sonst dadurch möglicherweise erfüllten Verstößen gegen Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht. Daher würde diesfalls auch der Verstoß "gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs" zweifellos erfüllt sein.

Dieser Verdacht sei umso größer, als die Antragstellerin auch hinsichtlich anderer Mitbewerber bereits im Nachprüfungsantrag entsprechende Behauptungen aufgestellt habe. All diese Informationen, etwa über Zertifizierungen und Schulungen von Mitarbeitern, könne die Antragstellerin unmöglich "aufgrund von Rückschlüssen" oder "dem Vernehmen nach" oder durch "allgemeines Branchenvernehmen" gewonnen haben. Diese Behauptungen seien völlig lebensfremd und würden bloße Schutzbehauptungen darstellen.

Die Antragstellerin würde daher nach ständiger Judikatur mangels Antragslegitimation nicht berechtigt sein, die gegenständliche Auftraggeberentscheidung zu hinterfragen. Die Antragstellerin werde -- als Vorfrage zur Klärung der Antragslegitimation - in der mündlichen Verhandlung zu ihren Quellen für die Informationen über Eignungsdetails von Mitbewerbern sowie zu etwaigen Abreden mit dem Hersteller zu befragen sein.

Sollten O*** und/oder die Antragstellerin versuchen, den Markt der Unternehmen, die diese Produkte einbauen und/oder reparieren dürfen, auf diese Art und Weise zu lenken, würde dies ein äußerst bedenkliches Vorgehen sein. Die B*** erwäge unabhängig vom laufenden Vergabeverfahren, eine Prüfung dieser Praktiken bei den wettbewerbsrechtlich zuständigen Stellen einzuleiten.

Die E*** erstattete mit Schriftsatz vom 10.12.2012 (in weiterer Folge: E***) begründete Einwendungen und führte aus, sie habe im genannten Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und am 22.11.2012 per E-Mail die "Zuschlagsbekanntgabe" der Auftraggeberin erhalten. Nicht bekannt gegeben worden sei, an welcher Stelle ihr Angebot gereiht sei. Am 29.11.2012 sei auf der Amtstafel des BVA zu GZ: N/0109- BVA/03/2012 die Bekanntmachung über die Verfahrenseinleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren erfolgt. Daher erhebe E*** begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG 2006. Da das Angebot der E*** unter den am 5 besten bewerteten Angeboten liege, sei nicht auszuschließen, dass E*** an erster Position liege. Vielmehr spreche der Umstand, dass im Schreiben vom 22.11.2012 E*** nicht der erstgereichte Bieter bekannt gegeben worden sei dafür, dass E*** an erster Stelle gereiht sei. In diesem Fall würde ihr schon nach ausdrücklicher Regelung in § 324 Abs 2 BVert3G 2006 Parteistellung zu kommen bzw sei sie durch den Nachprüfungsantrag nachteilig betroffen. Jedoch auch dann, wenn E*** nicht an erster Stelle gereiht sein sollte, sei E*** durch die begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren Rechten nachteilig betroffen: Die Ausschreibungsunterlagen würden in Pkt 000916D (S 4-5) festlegen, dass der Abruf entweder (1) unmittelbar auf Grund der Rahmenvereinbarung (nach Reihung) oderDie E*** erstattete mit Schriftsatz vom 10.12.2012 (in weiterer Folge: E***) begründete Einwendungen und führte aus, sie habe im genannten Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und am 22.11.2012 per E-Mail die "Zuschlagsbekanntgabe" der Auftraggeberin erhalten. Nicht bekannt gegeben worden sei, an welcher Stelle ihr Angebot gereiht sei. Am 29.11.2012 sei auf der Amtstafel des BVA zu GZ: N/0109- BVA/03/2012 die Bekanntmachung über die Verfahrenseinleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren erfolgt. Daher erhebe E*** begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006. Da das Angebot der E*** unter den am 5 besten bewerteten Angeboten liege, sei nicht auszuschließen, dass E*** an erster Position liege. Vielmehr spreche der Umstand, dass im Schreiben vom 22.11.2012 E*** nicht der erstgereichte Bieter bekannt gegeben worden sei dafür, dass E*** an erster Stelle gereiht sei. In diesem Fall würde ihr schon nach ausdrücklicher Regelung in Paragraph 324, Abs 2 BVert3G 2006 Parteistellung zu kommen bzw sei sie durch den Nachprüfungsantrag nachteilig betroffen. Jedoch auch dann, wenn E*** nicht an erster Stelle gereiht sein sollte, sei E*** durch die begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren Rechten nachteilig betroffen: Die Ausschreibungsunterlagen würden in Pkt 000916D (S 4-5) festlegen, dass der Abruf entweder (1) unmittelbar auf Grund der Rahmenvereinbarung (nach Reihung) oder

(2) nach Durchführung eines neuerlichen Wettbewerbes erfolge. Durch das gewählte "Kaskadenprinzip", also das Nachrücken der Nächstgereihten, bestehe für jeden Rahmenvereinbarungspartner, auch für den an fünfter Stelle gereihten, die Chance auf einen unmittelbaren Abruf. Die Reihung eines Bieters zeige im Ergebnis die "Chancen" eines Bieters auf einen unmittelbaren Abruf. Je besser gereiht, desto größere Chancen auf einen Abruf. Im Ergebnis sei es also für jeden der fünf Rahmenvereinbarungspartner von Interesse, an welcher Stelle dieser gereiht sei und ob er beispielsweise von Position 5 auf Position 4 vorrücke. Konkret bedeute dies, dass der gegenständliche Nachprüfungsantrag dazu führen könnte, dass der Nachprüfungswerber vor E*** zu reihen sei. Es könne auch nicht

ausgeschlossen werden, dass die im Nachprüfungsantrag begehrte Entscheidung in sonstiger Weise die rechtlichen Interessen von E*** beeinträchtigt. Durch das gegenständliche Nachprüfungsverfahren würde der Abschluss der Rahmenvereinbarung auch mit E*** verzögert. Seitens E*** bestehe ein Interesse an einer raschen Durchführung des Vergabeverfahrens und Abschluss der Rahmenvereinbarung. Der Nachprüfungsantrag habe insofern negative Auswirkungen für E***. Aus all diesen Gründen werde beantragt, das BVA möge der E*** auf Grund des In Punkt 2 dargestellten rechtlichen Interesse die umfassende Akteneinsicht in alle zum gegenständlichen Nachprüfungsverfahren (GZ N/0109-BVA/03/2012) vorgelegten Unterlagen gewähren und im Rahmen dessen insbesondere den Nachprüfungsantrag samt Beilagen zu GZ N/0109-BVA/03/2012 übermitteln.

In der am 10.1.2013 durchgeführten mündlichen Verhandlung wird den Parteien vorab mitgeteilt, dass die E***, vertreten durch Z***, gemäß Schriftsatz vom 9.1.2012 nicht zur gegenständlichen Verhandlung erscheinen werde, jedoch die Übermittlung der Verhandlungsschrift begehre.

Die Auftraggeberin gab in weiterer Folge auf einleitendes Befragen durch die Vorsitzende an, die Originalunterlagen dem Bundesvergabeamt vollständig vorgelegt zu haben und bereits mit der Aufforderung, zum Antragsvorbringen Stellung zu nehmen, auf die Bestimmung des § 313 Abs 2 BergG hingewiesen worden zu sein. Die Auftraggeberin gab in weiterer Folge auf einleitendes Befragen durch die Vorsitzende an, die Originalunterlagen dem Bundesvergabeamt vollständig vorgelegt zu haben und bereits mit der Aufforderung, zum Antragsvorbringen Stellung zu nehmen, auf die Bestimmung des Paragraph 313, Absatz 2, BergG hingewiesen worden zu sein.

Auf Vorhalt der Vorsitzenden betreffend die Behauptung der Auftraggeberin im Schriftsatz OZ 32, der Antragstellerin sei die Antragslegitimation infolge wettbewerbswidrigem Verhalten abzusprechen, führte die Auftraggeberin aus, dass erst im Zuge der Prüfung der Schriftsätze und des Firmenbuchauszuges hervorgekommen sei, dass C*** gewerberechtlicher Geschäftsführer der Antragstellerin sei. Auf Befragen, ob die Auftraggeberin die Antragstellerin aus diesem Grunde ausgeschieden habe, wurde dies von der Auftraggeberin verneint und ausgeführt, dass diese Tatsache erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hervorgekommen sei.

Auf Befragen durch die Vorsitzende zum Ausschreibungsgegenstand und dazu, wo in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegt sei, wann bzw wo die Verkabelung zu erneuern bzw lediglich zu ergänzen sei, wurde von der Auftraggeberin dazu ausgeführt, dass je nach Standort innerhalb Wiens ein Projekt erneuert bzw ein Projekt ergänzt werde und der Erfüllungsort bezüglich dieser Projekte in Punkt 000916F der Ausschreibungsbestimmungen festgelegt sei.

Die Antragstellerin führte informativ dazu aus, dass aus den Ausschreibungsbestimmungen klar hervorgehe, welche Produkte in welchen Projekten zu erneuern bzw. lediglich zu ergänzen seien.

Zum Abruf aus der Rahmenvereinbarung führte die Auftraggeberin aus, es sei richtig, dass entweder direkt aus der Rahmenvereinbarung abgerufen oder ein neuer Wettbewerb durchgeführt werden könne.

Die Antragstellerin wies ergänzend darauf hin, dass die Auftraggeberin trotz einer Wettbewerbsrunde auch vom ursprünglichen Billigstbieter abrufen könne.

Zur Zahl der Unternehmen, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, befragt, führte die Auftraggeberin aus, es sei richtig, dass die Absicht bestehe, die Rahmenvereinbarung mit fünf Unternehmen abzuschließen. Für den Fall, dass es weniger als fünf Bieter gebe, könnte es je nach den wirtschaftlichen Kosten auch sein, dass die Auftraggeberin die Entscheidung, mit wem der Abschluss zustande kommen sollte, widerrufe. Ein weiterer Aspekt für den Widerruf wäre, so die Auftraggeberin weiter, ob mit weniger Unternehmen ein ausreichender Wettbewerb gegeben wäre. Richtig sei jedenfalls, dass das sogenannte "Kaskadenprinzip" d.h. ein Nachrücken des nächsten Bieters, greifen würde, wenn die Auftraggeberin mit einem Bieter nicht abschließen könne.

Die Antragstellerin brachte ergänzend vor, dass der Preisabstand zwischen dem Erstgereihten und der Antragstellerin lediglich rund 8,5% betrage.

Diese Angabe wurde vom Beisitzer DI Kleiner insofern richtig gestellt, als nach seiner Berechnung der Preisabstand rund 9,3% ,bezogen auf den Billigstbieter, betrage.

Zu Pkt. 001700F der Ausschreibungsbestimmungen (Technische Beschreibung 3) befragt, gab die Auftraggeberin an, dass zu den Objekten unter a) entweder das Leitprodukt oder gleichwertige Produkte angeboten werden können und

bei den unter b) genannten Objekten nur die Leitprodukte, die - so in Ergänzung durch die Antragstellerin - mit dem Buchstaben B versehen seien.

Die Antragstellerin führte dazu aus, dass etwa in Pos. 190313A auf Seite 83 angeführt sei, "Leitprodukt oder gleichwertig" und in Pos 190313B auf Seite 85 nur das Leitprodukt festgelegt sei und daher nur dieses, nämlich AMP Netconnect Type: AMP 0-1711205-1, anzubieten sei.

Die Auftraggeberin führte auf Vorhalt der Vorsitzenden betreffend die zahlreichen Aufforderungen betreffend die Nachreichung von geforderten Nachweisen aus, richtig sei, dass mehrere Nachforderungen betreffend fehlende Nachweise bei den Bieter durchgeföhrt worden seien. Richtig sei auch, dass bei der Fa. C*** sechs Nachforderungen durchgeföhrt worden seien, jedoch seien dies nicht sechs Nachforderungen im eigentlichen Sinn gewesen, sondern der Erinnerung nach nur vier, da es sich auch um Fristerstreckungen gehandelt habe. Richtig sei auch, dass die Strafregisterbescheinigung für den Subunternehmer Q***, den die C*** namhaft gemacht habe, nicht vom Bieter selbst vorgelegt worden sei. Vielmehr sei diese Strafregisterbescheinigung der Auftraggeberin von einem anderen Bieter in diesem Verfahren vorgelegt worden, da die Fa. Q*** auch bei einem anderen Bieter in diesem Verfahren als Subunternehmer namhaft gemacht worden sei. Die geforderte Strafregisterbescheinigung liege daher dem Auftraggeber vor.

Die Antragstellerin führte zu den beiden Schriftsätzen OZ 31 u. 32 aus, dass die darin vorgebrachten Ausscheidenstatbestände jeweils zur Gänze nicht vorliegen würden. Darüber hinaus fehle es aus Sicht des Nachprüfungsverfahrensrechtes an der "Aktenersichtlichkeit", die für ein Ablehnen der Antragslegitimation erforderlich wäre.

Die Auftraggeberin bestritt die Behauptung, dass eine wettbewerbswidrige Abrede zwischen der B*** und der F*** bestanden habe, zumal dies aus dem Vergabeakt und auch aus dem Angebotsprüfprotokoll ersichtlich sei.

Zur Gültigkeit der Zertifizierung durch die Fa. O*** brachte die Auftraggeberin vor, dass ein Ablauf der Gültigkeit der Zertifikate aufgrund des von der Fa. O*** der Auftraggeberin zur Verfügung gestellten Mustervertrages nicht vorgesehen sei, ebenso wenig ein einseitiges Widerrufsrecht der Zertifizierungen.

Der rechtsfreundliche Vertreter der mitbeteiligten Partei B*** brachte vor, große Bedenken hinsichtlich der umfangreichen Kenntnisse der Antragstellerin im Hinblick auf die Geschäftsgebarung und Details der anderen Bieter zu haben. Auf Befragen gab die Antragstellerin dazu an, dass dieser Punkt nicht verfahrensgegenständlich sei und es zudem der Intention einer Antragstellerin entspreche, Vermutungen anzustellen, die dann seitens der entscheidenden Behörde zu überprüfen seien. Ergänzend führte die Antragstellerin aus, dass ein positives Wissen hinsichtlich der Behauptungen der B*** nicht vorhanden sei.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze der Parteien, insbesondere der Antragstellerin und der Auftraggeberin, der vorgelegten Originalunterlagen und insbesondere der Aussagen der Parteien in der mündlichen Verhandlung, wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Juli 2012 schrieb die Auftraggeberin die Datennetzverkabelung für die Seminarräume und Hörsäle an der Universität Wien, CPV Code 45311100, laut Angaben der Auftraggeberin als Bauauftrag im offenen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit 5 Unternehmern im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben der Auftraggeberin Euro XXXX ohne USt. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 26.7.2012 auf der Homepage der Auftraggeberin, am 27.7.2012 in der online Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers unter L-510299-2627 (Druckvorschau), die Bekanntmachung in der Druckausgabe erfolgte laut Angaben der Auftraggeberin am 31.7.2012. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 12.9.2012, um 10.10 Uhr. Neben der Antragstellerin waren bei der Angebotsöffnung laut Anwesenheitsliste drei Vertreter der Auftraggeberin anwesend. Im Juli 2012 schrieb die Auftraggeberin die Datennetzverkabelung für die Seminarräume und Hörsäle an der Universität Wien, CPV Code 45311100, laut Angaben der Auftraggeberin als Bauauftrag im offenen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit 5 Unternehmern im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben der Auftraggeberin Euro römisch 40 ohne USt. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 26.7.2012 auf der Homepage der Auftraggeberin, am 27.7.2012 in

der online Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers unter L-510299-2627 (Druckvorschau), die Bekanntmachung in der Druckausgabe erfolgte laut Angaben der Auftraggeberin am 31.7.2012. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 12.9.2012, um 10.10 Uhr. Neben der Antragstellerin waren bei der Angebotsöffnung laut Anwesenheitsliste drei Vertreter der Auftraggeberin anwesend.

Gegenstand der Rahmenvereinbarung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit 5 Partnern, um die bestehende strukturierte Verkabelung zu ergänzen bzw. neu herzustellen. Die Rahmenvereinbarung wird gemäß Punkt 000916A (Gegenstand der Rahmenvereinbarung) der Ausschreibungsbestimmungen für eine Dauer von 3 Vertragsjahren abgeschlossen mit einer Option zur zweimaligen Verlängerung um je ein weiteres Vertragsjahr.

Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Varianten bzw. Abänderungsangebote, Teil - oder Alternativangebote sind nicht zulässig. In Punkt 001101Q (Bietergemeinschaften) der Ausschreibungsunterlagen (in weiterer Folge: AB) ist festgelegt: Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Varianten bzw. Abänderungsangebote, Teil - oder Alternativangebote sind nicht zulässig. In Punkt 001101Q (Bietergemeinschaften) der Ausschreibungsunterlagen (in weiterer Folge: Ausschussbericht ist festgelegt:

Bietergemeinschaften sind zulässig. Die Teilnahme eines Unternehmers an mehreren Bietergemeinschaften gleichzeitig oder die Abgabe eines Angebotes eines Unternehmers als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft gleichzeitig ist nicht zulässig; die Angebote solcher Bietergemeinschaften und (Einzel-)Bieter werden ausgeschieden.

In einer Bieteranfrage Nr.23 dazu wurde von der Auftraggeberin Folgendes festgehalten:

Lt. der Position 001101Q ist die Teilnahme eines Bieters an mehreren Bietergemeinschaften nicht zulässig. In der Position 001101R ist nicht ausgeschlossen, dass ein Bieter mehrfach als Subunternehmer auftritt. Verstehen wir es richtig, dass es zulässig ist:

A) Dass ein Bieter mehrfach (in mehreren Angeboten) als Subunternehmer auftritt

B) dass ein Bieter sowohl direkt oder in einer Bietergemeinschaft als auch (ggf. mehrfach) als Subunternehmer am Vergabeverfahren teilnimmt.

Antwort: Punkt A wird mit JA beantwortet. Ein Bieter darf mehrfach als Subunternehmer auftreten.

Punkt B wird mit NEIN beantwortet. Ein Bieter darf NICHT direkt oder in einer Bietergemeinschaft als auch (ggf. mehrfach) als Subunternehmer am Vergabeverfahren teilnehmen.

Weiter ist in den AB festgelegt: Weiter ist in den Ausschussbericht festgelegt:

001101P Z (EIGNUNGS-)NACHWEISE

Die Partei/en der Rahmenvereinbarung müssen (auch während der gesamten Laufzeit der Rahmenvereinbarung) zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen geeignet sein; weiters dürfen gegen die Parteien der Rahmenvereinbarung (insbesondere) keine Ausschlussgründe vorliegen. Mit der Abgabe ihrer Angebote erklären die Bieter, dass sie über die für die gegenständliche Leistungen erforderliche Eignung, insbesondere die dafür notwendige erforderliche qualifizierte und erfahrene Personal, Erfahrungen mit der Erbringung ähnlicher Verträge sowie die finanzielle Leistungsfähigkeit verfügen.

Die Bieter haben hierfür die nachfolgend definierten Eignungskriterien zu erfüllen und dies durch die unten angeführten Nachweise zu belegen. Sämtliche Nachweise sind als Kopie in deutscher Sprache oder in einer beglaubigten deutschen Übersetzung ebenfalls in Kopie beizulegen. Der AG behält sich vor, die Vorlage von Nachweisen im Original zu fordern.

Der Bieter bestätigt das Vorliegen seiner Eignung und die Eignung von allfälligen Subunternehmern gemäß diesen Bedingungen mittels rechtsgültiger Unterfertigung des Angebotsschreibens.

Sämtliche festgelegten Nachweise (siehe Position 01101F EINREICHUNG DER ANGEBOTE) sind in aktueller Fassung (maximal 2 Monate alt) gemeinsam mit dem Angebot vorzulegen oder zunächst mittels einer Eigenerklärung zu erbringen. Die in der Ausschreibung verlangten Eignungsnachweise müssen (bei Vorlage einer Eigenerklärung) jedoch nach Aufforderung - binnen drei Tagen nachgereicht werden. Eine nicht fristgerechte Nachreichung kann zum

Ausscheiden des Angebotes führen.

Nachweise österreichischer und ausländischer Behörden sind, sofern nichts anderes gefordert, in Kopie beizulegen. Fremdsprachige Nachweise sind in Kopie und in beglaubigter Übersetzung beizulegen.

Alle Nachweise sind für sämtliche Bieter (Mitglieder einer Bieter- bzw. Bewerbergemeinschaft) beizubringen.

Die gilt auch für Subunternehmer (Formblatt Subunternehmer bzw. Formular A - Erklärung Subunternehmer), in Bezug auf die ihnen jeweils spezifisch übertragenen Teilleistungen.

Die gilt auch für verbundene Unternehmen, die für die jeweils vom Verbundenen Unternehmen zur Verfügung gestellte Leistung. Verbundene Unternehmen müssen die Erklärung Subunternehmer/Sonstige Dritte (Formular A) ausfüllen, unterfertigen und einpflegen.

Der Auftraggeber wird von Bietern und deren Subunternehmen bzw. Verbundenen Unternehmen, welche für die Zuschlagsentscheidung in Betracht kommen, eine Auszug aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministeriums für Finanzen gemäß § 28b des Ausländerbeschäftigungsgesetzes BGBl 218/1975 in der jeweils gültigen Fassung oder eine Bestätigung über die Einhaltung vergleichbarer Vorschriften außerhalb Österreichs von der zuständigen Behörde einholen. Der Bieter erteilt mit der Abgabe des Angebotes sein Einverständnis zur Einholung dieser Bestätigungen. Der Auftraggeber wird von Bietern und deren Subunternehmen bzw. Verbundenen Unternehmen, welche für die Zuschlagsentscheidung in Betracht kommen, eine Auszug aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministeriums für Finanzen gemäß Paragraph 28 b, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes Bundesgesetzblatt 218 aus 1975, in der jeweils gültigen Fassung oder eine Bestätigung über die Einhaltung vergleichbarer Vorschriften außerhalb Österreichs von der zuständigen Behörde einholen. Der Bieter erteilt mit der Abgabe des Angebotes sein Einverständnis zur Einholung dieser Bestätigungen.

[....].

NACHWEIS DER TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT

Der Bieter muss die für die Erbringung der Leistung erforderliche technische Leistungsfähigkeit aufweisen.

Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit hat der Bieter folgende Unterlagen vorzulegen:

-Formblatt 2: Referenzliste der in den letzten 3 Jahren erbrachte Leistungen im Bereich der IKT Verkabelung, über deren Ausführung mit Angabe des Ortes, der Zeit und des Wertes der Leistungserfüllung sowie der Auftraggeber. Der Bieter hat zumindest 3 Referenzen (in oben genanntem Zeitraum) mit einem Auftragswert von zumindest 100.000,-- Euro (inkl. MwSt.) für 2 Projekte und 1 Projekt mit einem Auftragswert von zumindest 200.000,-- Euro (inkl. MwSt.) nachzuweisen; sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaft erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben (Das Formular B - Referenzbestätigung) ist erst auf gesonderte Aufforderung des Auftraggebers zu übermitteln!)

- -Strichaufzählung

Formblatt 3 Subunternehmer: eine Angabe, welche Teile des Auftrages der Unternehmer unter Umständen als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt. (Gegebenenfalls Formular A)

001101R SUBUNTERNEHMER / SONSTIGE DRITTE

Die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ist zulässig; die Weitergabe der Gesamtleistung, die den Auftragsgegenstand bildet, an Subunternehmer ist unzulässig, ausgenommen davon ist die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Der Bieter hat jene wesentlichen Leistungsteile des Auftrages, der er jedenfalls oder möglicher Weise im Rahmen von Subaufträgen an Dritte (Subunternehmer) weitzugeben beabsichtigt, mit dem Angebot bekannt zu geben. Weiters hat der Bieter allenfalls schon bekannte Subunternehmer namentlich zu nennen und dabei anzugeben, welche Leistungen der jeweilige Subunternehmer für den Bieter im Auftragsfall mit welchem Anteil an der Gesamtleistung erbringen soll (anderes gilt für "notwendige" Subunternehmer - siehe hiezu weiter unten). Die Bekanntgabe der Leistungsteile und etwaige Bekanntgabe der Subunternehmer hat zwingend in Formular A zu erfolgen. Diese bereits benannten Subunternehmer dürfen ohne vorherige Zustimmung des AG nicht ausgewechselt werden. Der AG wird einer Auswechslung nur bei Gleichwertigkeit des neuen Subunternehmers zustimmen.

Die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ist überdies nur insoweit zulässig als der Subunternehmer dir für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Der AG behält sich vor, alle entsprechenden Nachweise zu fordern, die zum Nachweis der Eignung des Subunternehmers erforderlich sind. Diese Regelung gilt sowohl während des Vergabeverfahrens als während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung. Der Bieter verpflichtet sich mit Abgabe seines Angebots, die entsprechenden Nachweise binnen 3 Tagen ab Anforderung durch den AG an diesen zu übermitteln.

Bieter können sich zum Nachweis ihrer Eignung auf Subunternehmer berufen ("notwendige Subunternehmer"). Für solche notwendigen Subunternehmer gilt zusätzlich folgendes:

Eine Änderung der notwendigen Subunternehmer ist grundsätzlich während des Vergabeverfahrens und der gesamten Dauer der Rahmenvereinbarung ausgeschlossen und nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des AG zulässig. Außerdem hat der Bieter in geeigneter Form nachzuweisen, dass er für die gesamte Dauer der Rahmenvereinbarung tatsächlich über die Mittel der notwendigen Subunternehmer zur jeweiligen Leistungserbringung verfügt. Jeder notwendige Subunternehmer ist zwingend in Formular A bekannt zu geben. Für jeden notwendigen Subunternehmer hat der Bieter daher im Angebot eine Erklärung vorzulegen, in der sich der notwendige Subunternehmer verbindlich dazu verpflichtet, im Falle der Wahl des Bieters als Partei der Rahmenvereinbarung die angegebenen Leistungen zu erbringen bzw. mit dem Bieter solidarisch zu haften ("Verpflichtungserklärung"). Für die Verpflichtungserklärung ist

- -Strichaufzählung
bei Substitution der technischen Leistungsfähigkeit und der Befugnis zwingend Formular ./A1 "Subunternehmer Erklärung technische Leistungsfähigkeit und Befugnis"
- -Strichaufzählung
bei Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zwingend Formular ./A2
"Subunternehmer Erklärung finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit"

zu verwenden.

Die oben zu "notwendigen Subunternehmern" gemachten Ausführungen gelten sinngemäß auch für "sonstige Dritte". "Sonstige Dritte" sind solche Unternehmen, auf die der Bieter zum Nachweis seiner Befugnis und/oder Leistungsfähigkeit verwiesen hat, welche aber nicht als Subunternehmer bekannt gegeben wurden.

001101S Z FORM UND INHALT DER ANGEBOTE

Das Angebot muss genau dem Leistungsverzeichnis entsprechend erstellt werden. Das Angebot muss rechtsgültig elektronisch signiert sein. Der Bieter hat sich bei Erstellung seines Angebotes in Form und Inhalt genau an das Leistungsverzeichnis und die gegenständlichen Ausschreibungs- und Vertragsbedingungen zu halten.

[...].

In Punkt 000916D (Abruf aus der Rahmenvereinbarung) der AB ist festgelegt In Punkt 000916D (Abruf aus der Rahmenvereinbarung) der Ausschussbericht ist festgelegt:

".....

Sofern der AG mehrere Parteien der Rahmenvereinbarung ausgewählt hat, erfolgt der jeweilige konkrete Leistungsabruf (Einzelauftrag oder Beauftragung) aus dieser Rahmenvereinbarung nach einer der folgenden Möglichkeiten, wobei es im freien Ermessen des AG liegt, welcher Möglichkeit er sich bedient:

- -Strichaufzählung
(Unmittelbarer) Abruf aus der Rahmenvereinbarung gemäß Pkt 1 (dieser Position) unten.
- -Strichaufzählung
Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde gemäß Pkt 2 (dieser Position) unten.

1. 1.Ziffer eins

(UNMITTELBARER) ABRUF AUS DER RAHMEN VEREINBARUNG

Bei unmittelbarem Abruf aus der Rahmenvereinbarung ruft der AG Leistungen durch einseitige Willenserklärung unmittelbar auf Basis der Bedingungen und der Preise dieser Rahmenvereinbarung ab. In diesem Fall wird der AG jene Partei beauftragen, welche das günstigste Angebot zur Auswahl der Partner für die Rahmenvereinbarung gelegt hat

(ursprünglicher Billigstbieter). Es gilt die Regelung für Mengenänderungen von +/- 30% gemäß Position 000916A. Die Möglichkeit des Leistungsabrufes unmittelbar auf Basis der Rahmenvereinbarung steht dem AG auch nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde gemäß Pkt 2 (vgl diese Position unten) offen. Bei unmittelbarem Abruf aus der Rahmenvereinbarung ruft der AG Leistungen durch einseitige Willenserklärung unmittelbar auf Basis der Bedingungen und der Preise dieser Rahmenvereinbarung ab. In diesem Fall wird der AG jene Partei beauftragen, welche das günstigste Angebot zur Auswahl der Partner für die Rahmenvereinbarung gelegt hat (ursprünglicher Billigstbieter). Es gilt die Regelung für Mengenänderungen von +/- 30% gemäß Position 000916A. Die Möglichkeit des Leistungsabrufes unmittelbar auf Basis der Rahmenvereinbarung steht dem AG auch nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde gemäß Pkt 2 (vergleiche diese Position unten) offen.

Sollte im Falle des Abrufes unmittelbar aus der Rahmenvereinbarung die für die Einzelbeauftragung in Aussicht genommene Partei - aus welchen Gründen auch immer - die Einzelbeauftragung nicht ausführen (insbesondere die genannten Lieferfristen nicht einhalten bzw erklären, den Auftrag nicht auszuführen oder nicht ausführen zu können), so behält sich der AG vor, bei der nächstgereichten Partei abzurufen.

1. 2. Ziffer 2

ERNEUTER WETTBEWERB

Der AG fordert die Parteien auf Basis dieser Rahmenvereinbarung in Ausschreibungsunterlagen für die Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde schriftlich zur Legung neuer Angebote für einen vom AG näher bestimmten Leistungsteil auf ("Zweite Wettbewerbsrunde" bzw "Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde"). Mit diesen Ausschreibungsunterlagen für die Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde können vom AG auch Vervollständigungen, Abänderungen oder Verbesserungen der Bedingungen der Rahmenvereinbarung (insbesondere des Leistungsverzeichnisses) übermittelt werden. Es gilt die Regelung für Mengenänderungen von +130% gemäß Position 000916A.

In der zweiten Wettbewerbsrunde werden die Parteien der Rahmenvereinbarung - sofern die Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde nicht anderes vorsieht - aufgefordert neuerlichen einen Preis anzubieten. Soll danach eine Beauftragung auf Basis dieser zweiten Wettbewerbsrunde erfolgen, so erhält den Zuschlag - sofern die Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde nicht anderes vorsieht - der Bieter bzw die Partei mit dem günstigsten angebotenen Preis (Billigstbieterprinzip) erfolgt.

Die Beauftragung erfolgt dann zu den in dieser Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde festgelegten Bedingungen sowie zu den in dieser zweiten Wettbewerbsrunde angebotenen Preisen.

Die Versendung einer Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde verpflichtet den AG nicht zur Vergabe eines Einzelauftrages bzw zum konkreten Leistungsabruf. Der AG behält sich vor, nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde in einer Beauftragung überhaupt abzusehen oder eine neuerliche Wettbewerbsrunde durchzuführen. Darüber hinaus behält sich der AG auch vor, trotz Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde Leistungen unmittelbar aus der Rahmenvereinbarung entsprechend den dort festgelegten Bedingungen und Preisen (siehe Pkt 1 oben) abzurufen....."

In Pkt. 001101M (Ausschluss vom Vergabeverfahren § 68 BVergG) der AB ist festgelegt In Pkt. 001101M (Ausschluss vom Vergabeverfahren Paragraph 68, BVergG) der Ausschussbericht ist festgelegt:

Angebote von Bieter, auf die ein in § 68 Z 1- Z 7 BVergG festgelegter Ausschlussgrund zutrifft, werden vom Vergabeverfahren ausgeschieden. Ebenso werden Angebote aufgrund allfälliger sonstiger in der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage angeführten Gründen ausgeschieden. Angebote von Bieter, auf die ein in Paragraph 68, Ziffer eins -, Ziffer 7, BVergG festgelegter Ausschlussgrund zutrifft, werden vom Vergabeverfahren ausgeschieden. Ebenso werden Angebote aufgrund allfälliger sonstiger in der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage angeführten Gründen ausgeschieden.

Gemäß Pkt. 001102F (Bestbieterprinzip u Zuschlagskriterien) wird der Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip ermittelt. Das einzige Zuschlagskriterium ist demnach der Angebotspreis.

Neben 8 weiteren Bieter hat auch die Antragstellerin ein Angebot gelegt. Das ungeprüfte Angebotsergebnis hat folgende Reihung der billigsten Bieter ergeben:

Nr.	Bieter	EUR
-----	--------	-----

1	B***	XXXX
2	C***	XXXX
3	D***	XXXX
4	Antragstellerin A***	XXXX
5	E***	XXXX
6	F***	XXXX
7	G***	XXXX
8	H***	XXXX
9	I***	XXXX

Nach erfolgter Angebotsprüfung wurde nach dem Ausscheiden von 4 Bietern, u.a. auch die D***, das Angebot der Antragstellerin mit einer Angebotssumme von Euro XXXX (ohne Ust) an 3. Stelle gereiht, jenes der B*** mit einer Angebotssumme von Euro XXXX (ohne Ust) wurde an 1. Stelle gereiht und das Angebot der C*** mit einer Angebotssumme von Euro XXXX (ohne Ust) wurde an 2. Stelle gereiht: Nach erfolgter Angebotsprüfung wurde nach dem Ausscheiden von 4 Bietern, u.a. auch die D***, das Angebot der Antragstellerin mit einer Angebotssumme von Euro römisch 40 (ohne Ust) an 3. Stelle gereiht, jenes der B*** mit einer Angebotssumme von Euro römisch 40 (ohne Ust) wurde an 1. Stelle gereiht und das Angebot der C*** mit einer Angebotssumme von Euro römisch 40 (ohne Ust) wurde an 2. Stelle gereiht:

Nr.	Bieter	EUR
1.	B***	XXXX
2.	C***	XXXX
3.	Antragstellerin A***	XXXX
4.	E***	XXXX
5.	I***	XXXX

Im Zuge der Angebotsprüfung wurden sämtliche Bieter unter Setzung einer Frist per e-mails zur Nachreichung von Unterlagen und Eignungsnachweisen aufgefordert. Laut Angebotsprüfbericht vom 22.10.2012 haben neben der Antragstellerin die Bieter B***, E*** und I*** sämtliche Unterlagen und Nachweise erbracht.

Der Bieter C*** hat zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und Befugnis die Q***, unterfertigt durch M***, als Subunternehmer gemäß verpflichtender Erklärung in Formular A der Ausschreibungsunterlagen namhaft gemacht. Nach fünf Aufforderungen - jeweils unter Setzung einer Frist - durch die Auftraggeberin betreffend die Nachreichung fehlender Unterlagen und Nachweise über einen Zeitraum von 4 Wochen (1. Aufforderung 13.9.2012) wurde die C*** mit e-mail vom 17.10.2012 im Rahmen der 6. Nachforderung wie folgt aufgefordert:

1. "6.Ziffer 6
Nachreichung:
Versandter E-Mail-Text

Beheben von Mängel wurde am 2012-10-17 09:54:57 an 1 Firma von R*** versandt.

Keine Attachments.

Mail wurde an folgende Firmen gesendet: C***

Universität Wien - Projekt: Rahmenvereinbarung Datennetzverkablung, AZ: 12-AS-H01-999999-19 - Beheben von Mängel

Auftraggeber: Universität Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir ersuchen Sie, für Ihr Angebot beim Projekt 12-AS-H01-999999-19 Rahmenvereinbarung Datennetzverkablung folgende fehlende Unterlagen nachzureichen:

„Bescheinigung einer Behörde (z.B. Auszug aus dem Strafregister), dass gegen den Unternehmer beziehungsweise gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, welche die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers in Frage stellt“ für den Subunternehmer Q***; lt. Formular A, Seite 3 Pkt. 5. (lt. Pos. 001101P, vierter Absatz nicht älter als 2 Monate). „Bescheinigung einer Behörde (z.B. Auszug aus dem Strafregister), dass gegen den Unternehmer beziehungsweise gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, welche die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers in Frage stellt“ für den Subunternehmer Q***; römisch eins t. Formular A, Seite 3 Pkt. 5. (römisch eins t. Pos. 001101P, vierter Absatz nicht älter als 2 Monate).

Termin: bis spätestens 2012-10-19 22:00

Loggen Sie sich dazu mit Ihren Zugangsdaten auf <http://univie.vemap.com/> ein und folgen Sie den dortigen Anweisungen.

Mit freundlichen Grüßen,

R***

Universität Wien

Telefon: +XXXXXX

Email: rm.ausschreibungen@univie.ac.at

Dieser Aufforderung ist die C*** nachweislich nicht nachgekommen.

Im Angebotsprüfbericht vom 22.10.2012 ist dazu Folgendes festgehalten:

"....

1. 6.Ziffer 6

Nachreichung:

Keine Dokumente fristgerecht nachgereicht.

Prüfung der Angebote lt. Prüfbericht:

Offene Punkte nach 6. Nachreichung:

Es fehlt die

1. 6.Ziffer 6

"Bescheinigung einer Behörde (z.B. Auszug aus dem Strafregister), dass gegen den Unternehmer beziehungsweise gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, welche die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers in Frage stellt" für den Subunternehmer Q***; lt.

Formular A, Seite 3 Pkt. 5. (lt. Pos. 00110W, vierter Absatz nicht älter als 2 Monate) "Bescheinigung einer Behörde (z.B. Auszug aus dem Strafregister), dass gegen den Unternehmer beziehungsweise gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, welche die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers in Frage stellt" für den Subunternehmer Q***; lt. Formular A, Seite 3 Pkt. 5. (römisch eins t. Pos. 00110W, vierter Absatz nicht älter als 2 Monate)

Diese Bestätigung wurde von einem anderen Bieter abgegeben bei dem die Firma Q*** ebenfalls Subunternehmer ist, somit gilt die 6.Nachreichung als abgeschlossen.

Vollständigkeit / erforderliche Beilagen

Das Angebot ist vollständig und alle erforderlichen Nachweise wurden beigelegt.

Bietergemeinschaften / Subunternehmer

Die Fa. C*** hat als Einzelbieter (im Sinne einer Bietergemeinschaft) angeboten. Als Subunternehmer wurde die Fa. "Q***" und die Fa. "P***" benannt. Die Subunternehmererklärung (Formular A) liegt für beide Subunternehmen vor, die erforderlichen Nachweise für die Subunternehmer wurden NICHT erbracht. Die Nachweise für die

Subunternehmer wurden zum Teil nachgereicht. Es fehlt der Auszug aus dem Strafregister für den Subunternehmer Q***. Diese Bestätigung wurde von einem anderen Bieter abgegeben bei dem die Firma Q*** ebenfalls Subunternehmer ist, somit gilt die 6.Nachreichung als abgeschlossen."

Mit e-mail vom 14.11.2012 hat die Auftraggeberin den übrigen Bietern die Ausscheidensentscheidung bekanntgegeben.

Die Auftraggeberin hat in weiterer Folge mit e-mail vom 22.11.2012 den 5 verbliebenen Bietern - darunter auch die Antragstellerin- Folgendes mitgeteilt:

"

Zuschlagsbekanntgabe - Projekt: Rahmenvereinbarung Datennetzverkablung, AZ: 12-

AS-H01-999999-19

Auftraggeber: Universität Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

vielen Dank für Ihr Angebot im oben angeführten Vergabeverfahren. Anbei erhalten Sie die Zuschlagsbekanntgabe samt Bewertung.

Eventuelle Beilagen finden Sie im Menü unter Infomails.

Wir werden uns nach Ablauf der Stillhaltefrist bzw. im Fall der Erhebung eines Rechtsmittels wieder an Sie wenden.

Mit freundlichen Grüßen,

R***

Telefon: +XXXXXX

Email: rm.ausschreibungen@univie.ac.at"

Gegen diese Entscheidung richtet sich der vorliegende, mit Schriftsatz vom 28.11.2012, beim Bundesvergabeamt protokolliert am 29.11.2012, eingebrachte Nachprüfungsantrag, mit der Begründung, diese Entscheidung der Auftraggeberin vom 22.11.2012, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei rechtswidrig, da die drei gemäß Angebotsöffnung vor ihr gereihten Bieter auszuscheiden gewesen wären, vielmehr die Antragstellerin als Billigstbieterin festzulegen wäre und die Rahmenvereinbarung mit ihr als Erstgereichte abzuschließen sei.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 10.1.2013 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurden den Parteien Gelegenheit gegeben, zum Vorbringen Stellung zu nehmen.

Die Ausschreibungsbestimmungen wurden nicht bekämpft.

Die Verständigung der Auftraggeberin ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 4500.- bezahlt. Die Auftraggeberin gab bislang weder eine Zuschlagsentscheidung bekannt, noch wurde der Zuschlag erteilt oder der Widerruf erklärt (Auskünfte der Auftraggeberin).

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum

Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0109-BVA/03/2012 am 29.11.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0109-BVA/03/2012 am 29.11.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, maßgeblich.

3.2. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG idgF ist die Universität Wien. Für sie gilt nach gemäß § 6 Z 1 das Universitätsgesetz 2002 (UG). Gemäß § 4 UG sind die Universitäten juristische Personen öffentlichen Rechts. Die Universität Wien ist daher öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 15.3.2012, N/0006-BVA/12/2012-29). Die Universität Wien Raum-und Ressourcenmanagement fungiert als vergebende Stelle iSd § 2 Z 42 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben der Auftraggeberin Euro XXXX (ohne Ust) und liegt somit unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG. Es handelt sich daher um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG idgF ist die Universität Wien. Für sie gilt nach gemäß Paragraph 6, Ziffer eins, das Universitätsgesetz 2002 (UG). Gemäß Paragraph 4, UG sind die Universitäten juristische Personen öffentlichen Rechts. Die Universität Wien ist daher öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 15.3.2012, N/0006-BVA/12/2012-29). Die Universität Wien Raum-und Ressourcenmanagement fungiert als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben der Auftraggeberin Euro römisch 40 (ohne Ust) und liegt somit unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Es handelt sich daher um ein Verfahren im Unterschwellenbereich.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG idgF iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG idgF in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs. 2 BVergG idgF zur

Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG idGF zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Der geltend gemachte drohende Schaden ist hinreichend dargelegt. So stellen nicht nur reine Vermögensschäden wie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung oder entgangener Gewinn einen drohenden Schaden iSd § 328 Abs 1 BVergG dar (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065), sondern auch der drohende Verlust eines Referenzprojektes oder ganz allgemein jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen (VwGH 24. 2. 2010, 2008/04/0239; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG2 § 320 Rz 7 und T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel2 § 328 Rz 29). Die Behauptung muss bloß plausibel sein und muss nicht im Einzelnen dargelegt werden (VwGH 24. 2. 2006, 2004/04/0127, VwSlg 16.842 A/2006). Der drohende Schaden ist im Nachprüfungsantrag und darauf verweisend im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nachvollziehbar dargestellt. Eines detaillierten Nachweises bedarf es nicht, zumal dem Bundesvergabeamt auch nicht die Zuständigkeit zukommt, diesen Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich festzustellen oder seinen Ersatz vorzuschreiben. Der geltend gemachte drohende Schaden ist hinreichend dargelegt. So stellen nicht nur reine Vermögensschäden wie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung oder entgangener Gewinn einen drohenden Schaden iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG dar (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065), sondern auch der drohende Verlust eines Referenzprojektes oder ganz allgemein jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen (VwGH 24. 2. 2010, 2008/04/0239; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG2 Paragraph 320, Rz 7 und T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel2 Paragraph 328, Rz 29). Die Behauptung muss bloß plausibel sein und muss nicht im Einzelnen dargelegt werden (VwGH 24. 2. 2006, 2004/04/0127, VwSlg 16.842 A/2006). Der drohende Schaden ist im Nachprüfungsantrag und darauf verweisend im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nachvollziehbar dargestellt. Eines detaillierten Nachweises bedarf es nicht, zumal dem Bundesvergabeamt auch nicht die Zuständigkeit zukommt, diesen Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich festzustellen oder seinen Ersatz vorzuschreiben.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, gemäß § 320 Abs. 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

Die präsumtive Billigstbieterin, die B***, hat rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben (OZ 19). Ihr kommt daher Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zu. Die präsumtive Billigstbieterin, die B***, hat rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben (OZ 19). Ihr kommt daher Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

Die die viertgereichte Bieterin, die E***, hat rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben (OZ 14). Ihr kommt daher Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zu. Die die viertgereichte Bieterin, die E***, hat rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben (OZ 14). Ihr kommt daher Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

Die zweitgereichte Bieterin, die C***, wurde mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 7.12.2012 (OZ 11) gemäß 323 Abs 4 BVergG vom gegenständlichen Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf § 324 Abs 3 BVergG verständigt. Die C*** hat keine begründeten Einwendungen erhoben. Ihr kommt daher keine Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zu. Die zweitgereichte Bieterin, die C***, wurde mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 7.12.2012 (OZ 11) gemäß

323 Absatz 4, BVergG vom gegenständlichen Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf Paragraph 324, Absatz 3, BVergG verständigt. Die C*** hat keine begründeten Einwendungen erhoben. Ihr kommt daher keine Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

Die fünftgereichte Bieterin, die I***, wurde mit Schreiben des Bundesvergabebeamtes vom 17.12.2012 (OZ 22) gemäß 323 Abs 4 BVergG vom gegenständlichen Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf § 324 Abs 3 BVergG verständigt. Die I*** hat keine begründeten Einwendungen erhoben. Ihr kommt daher keine Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zu. Die fünftgereichte Bieterin, die I***, wurde mit Schreiben des Bundesvergabebeamtes vom 17.12.2012 (OZ 22) gemäß 323 Absatz 4, BVergG vom gegenständlichen Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf Paragraph 324, Absatz 3, BVergG verständigt. Die I*** hat keine begründeten Einwendungen erhoben. Ihr kommt daher keine Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

3. 3. Rechtliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt I Zu Spruchpunkt römisch eins

I.1. Zulässigkeit des Begehrens römisch eins. 1. Zulässigkeit des Begehrens

Das gegenständliche Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit 5 Bietern abgewickelt (Ausschreibungsunterlagen Punkt 00916A). Zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen für diese Verfahrensart zählt gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG nicht die Zuschlagsentscheidung. Anfechtbar ist vielmehr die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Soll allerdings eine Rahmenvereinbarung mit - wie im gegenständlichen Fall - mehreren Unternehmern abgeschlossen werden, ist - allerdings erst nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb - auch die Zuschlagsentscheidung anfechtbar. Dies trifft jedoch im gegenständlichen Stadium der Rahmenvereinbarung nicht zu, da sich das Vergabeverfahren nachweislich (OZ 6 Pkt.11) erst im Stadium der Auswahlentscheidung bzw. der Bekanntgabe, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, befindet. Das gegenständliche Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit 5 Bietern abgewickelt (Ausschreibungsunterlagen Punkt 00916A). Zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen für diese Verfahrensart zählt gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG nicht die Zuschlagsentscheidung. Anfechtbar ist vielmehr die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Soll allerdings eine Rahmenvereinbarung mit - wie im gegenständlichen Fall - mehreren Unternehmern abgeschlossen werden, ist - allerdings erst nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb - auch die Zuschlagsentscheidung anfechtbar. Dies trifft jedoch im gegenständlichen Stadium der Rahmenvereinbarung nicht zu, da sich das Vergabeverfahren nachweislich (OZ 6 Pkt.11) erst im Stadium der Auswahlentscheidung bzw. der Bekanntgabe, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, befindet.

Wie die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 30.11.2012 (OZ 6) ausführte, handelt es sich bei der als Zuschlagsentscheidung bezeichneten Entscheidung der Auftraggeberin vom 22.11.2012 um eine Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Die Antragstellerin bekämpfte den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung.

Die falsche Bezeichnung der Auftraggeberin für die bekämpfte Entscheidung vom 22.11.2012 kann nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen. Da die Antragstellerin die Entscheidung der Auftraggeberin vom 22.11.2012, mit welchen Bietern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, anfechtet, ist die beantragte Nichtigerklärung dieser Entscheidung daher zulässig (vgl. BVA 23.3.2012, N/0027-BVA/04/2012-30). Die falsche Bezeichnung der Auftraggeberin für die bekämpfte Entscheidung vom 22.11.2012 kann nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen. Da die Antragstellerin die Entscheidung der Auftraggeberin vom 22.11.2012, mit welchen Bietern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, anfechtet, ist die beantragte Nichtigerklärung dieser Entscheidung daher zulässig vergleiche BVA 23.3.2012, N/0027-BVA/04/2012-30).

I.2. Antragslegitimation römisch eins. 2. Antragslegitimation

Das Angebot der Antragstellerin wurde nachweislich nicht ausgeschieden. Wenn die Auftraggeberin nunmehr vorbringt, das Angebot der Antragstellerin wäre aufgrund der personellen Verflechtung zwischen der Antragstellerin und der C*** - C*** ist laut Firmenbuchauszug handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer der C*** und

zugleich auch gewerberechtlicher Geschäftsführer der Antragstellerin für das ausschreibungsgegenständliche Gewerbe Elektrotechnik - und der damit verbundenen Wahrscheinlichkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens bzw. eines unzulässigen Informationsflusses bei der Durchführung der gegenständlichen Rahmenvereinbarung, der einen fairen Wettbewerb nicht zulasse, auszuscheiden gewesen, so ist dieses Vorbringen im Rahmen der Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 BVergG idGF zu prüfen. Nach ständiger Judikatur des VwGH (22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011, 2007/04/0007; 18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 10.2.2010, N/0119/04/2009-31; 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und ihr Antrag daher gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG idGF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und von der Auftraggeberin nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuscheiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat. Das Angebot der Antragstellerin wurde nachweislich nicht ausgeschieden. Wenn die Auftraggeberin nunmehr vorbringt, das Angebot der Antragstellerin wäre aufgrund der personellen Verflechtung zwischen der Antragstellerin und der C*** - C*** ist laut Firmenbuchauszug handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer der C*** und zugleich auch gewerberechtlicher Geschäftsführer der Antragstellerin für das ausschreibungsgegenständliche Gewerbe Elektrotechnik - und der damit verbundenen Wahrscheinlichkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens bzw. eines unzulässigen Informationsflusses bei der Durchführung der gegenständlichen Rahmenvereinbarung, der einen fairen Wettbewerb nicht zulasse, auszuscheiden gewesen, so ist dieses Vorbringen im Rahmen der Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG idGF zu prüfen. Nach ständiger Judikatur des VwGH (22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011, 2007/04/0007; 18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 10.2.2010, N/0119/04/2009-31; 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und ihr Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idGF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und von der Auftraggeberin nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuscheiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat.

Den Rahmen der Nachprüfungsbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf die Judikatur des EuGH [(EuGH 28.1.2010, Rs C-406/08 (Uniplex); 19.3.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller)] insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vgl auch VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011; 2007/04/0007; 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32; s. auch BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32). Den Rahmen der Nachprüfungsbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf die Judikatur des EuGH [(EuGH 28.1.2010, Rs C-406/08 (Uniplex); 19.3.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller)] insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre vergleiche auch VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011; 2007/04/0007; 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32; s. auch BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32).

Ob solche im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfenden Ausscheidensgründe, die schon aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich sind, vorliegen, ist nachfolgend zu prüfen.

Die Auftraggeberin brachte als Grund für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 9.1.2013 vor, auf Grund der personellen Verflechtung zwischen der Antragstellerin und C***, der gewerberechtlicher Geschäftsführer der Antragstellerin für den Bereich Elektrotechnik sei, hätte dieser genaue Kenntnis vom Angebotsinhalt der C*** als auch vom Angebot der Antragstellerin, was auf einen unzulässigen Informationsfluss zwischen diesen beiden Bietern deute, sodass die Antragstellerin aufgrund dieser wettbewerbsschädigenden Verflechtung die Geheimhaltungsverpflichtung des § 23 BVerG verletze und daher wegen mangelnder beruflichen Zuverlässigkeit auszuschneiden wäre. Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 10.1.2013 dazu befragt, ob die Auftraggeberin die Antragstellerin aus diesem Grund ausgeschieden habe, wurde dies verneint und ausgeführt, erst im Zuge des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens sei diese personelle Verflechtung und der damit verbundene Verdacht bzw. die Wahrscheinlichkeit eines wettbewerbsschädigenden Informationsflusses festgestellt worden. Die Auftraggeberin brachte als Grund für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 9.1.2013 vor, auf Grund der personellen Verflechtung zwischen der Antragstellerin und C***, der gewerberechtlicher Geschäftsführer der Antragstellerin für den Bereich Elektrotechnik sei, hätte dieser genaue Kenntnis vom Angebotsinhalt der C*** als auch vom Angebot der Antragstellerin, was auf einen unzulässigen Informationsfluss zwischen diesen beiden Bietern deute, sodass die Antragstellerin aufgrund dieser wettbewerbsschädigenden Verflechtung die Geheimhaltungsverpflichtung des Paragraph 23, BVerG verletze und daher wegen mangelnder beruflichen Zuverlässigkeit auszuschneiden wäre. Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 10.1.2013 dazu befragt, ob die Auftraggeberin die Antragstellerin aus diesem Grund ausgeschieden habe, wurde dies verneint und ausgeführt, erst im Zuge des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens sei diese personelle Verflechtung und der damit verbundene Verdacht bzw. die Wahrscheinlichkeit eines wettbewerbsschädigenden Informationsflusses festgestellt worden.

Dieser von der Auftraggeberin vorgebrachte Grund ist anhand der vorgelegten Unterlagen jedoch nicht ersichtlich (vgl. VfGH 20.6.2001, B 1560/00; VwGH 18.6.2012, 2010/04/0011; s auch BVA 13.7.2012, N/0062-BVA/04/2012-31). Die Antragslegitimation der Antragstellerin iSv § 320 Abs. 1 BVerG ist daher gegeben. Dieser von der Auftraggeberin vorgebrachte Grund ist anhand der vorgelegten Unterlagen jedoch nicht ersichtlich vergleiche VfGH 20.6.2001, B 1560/00; VwGH 18.6.2012, 2010/04/0011; s auch BVA 13.7.2012, N/0062-BVA/04/2012-31). Die Antragslegitimation der Antragstellerin iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVerG ist daher gegeben.

I.3. Nichtigserklärung der Auftraggeberentscheidung römisch eins.3. Nichtigserklärung der Auftraggeberentscheidung

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVerG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Weitere maßgebliche gesetzliche Bestimmungen:

Abschluss von Rahmenvereinbarungen und Vergabe von Aufträgen auf Grund einer Rahmenvereinbarung

§ 32. Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 abgeschlossen wurde Paragraph 32, Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den Paragraphen 28 bis 30 abgeschlossen wurde

Abschluss von Rahmenvereinbarungen

§ 151. (1) Der Auftraggeber hat in der Bekanntmachung gemäß § 46 oder - sofern ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wird Paragraph 151, (1) Der Auftraggeber hat in der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46, oder - sofern ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wird

- -Strichaufzählung
in der Aufforderung zur Angebotsabgabe anzugeben, ob eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen oder mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden soll. Soll eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden, so hat der Auftraggeber die Anzahl der Unternehmer in der Bekanntmachung oder - sofern ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wird
- -Strichaufzählung
in der Aufforderung zur Angebotsabgabe anzugeben. Nach Möglichkeit sind auch kleine und mittlere Unternehmen am Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zu beteiligen.

(2)

(3) Die Parteien der Rahmenvereinbarung werden nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 sowie 38 Abs. 1 ermittelt. Eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer ist mit jenem Bieter abzuschließen, der das gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewertete Angebot gelegt hat. Eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern ist mit jenen Bietern abzuschließen, die die gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebote gelegt haben. Soll eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden, so müssen mindestens drei Parteien daran beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Unternehmern die Eignungskriterien erfüllt hat und eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten abgegeben wurde. Die maßgeblichen Gründe für die Bewertung der Angebote sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Der Auftraggeber hat den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nachweislich mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß § 28 Abs. 2 Z 3, § 29 Abs. 2 Z 3 oder 6 oder § 30 Abs. 2 Z 3 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde.

(3) Die Parteien der Rahmenvereinbarung werden nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den Paragraphen 28 bis 30 sowie 38 Absatz eins, ermittelt. Eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer ist mit jenem Bieter abzuschließen, der das gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewertete Angebot gelegt hat. Eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern ist mit jenen Bietern abzuschließen, die die gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebote gelegt haben. Soll eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden, so müssen mindestens drei Parteien daran beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Unternehmern die Eignungskriterien erfüllt hat und eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten abgegeben wurde. Die maßgeblichen Gründe für die Bewertung der Angebote sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Der Auftraggeber hat den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nachweislich mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 28, Absatz 2, Ziffer 3,, Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, oder 6 oder Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 3, zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde.

(4) Der Auftraggeber darf die Rahmenvereinbarung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist abschließen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage. Für

eine freiwillige Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung gelten die §§ 49 Abs. 2 und 55 Abs. 5 sinngemäß.(4) Der Auftraggeber darf die Rahmenvereinbarung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist abschließen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage. Für eine freiwillige Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung gelten die Paragraphen 49, Absatz 2 und 55 Absatz 5, sinngemäß.

(5) Das Instrument der Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Weise angewendet werden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.

(6) Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf drei Jahre nicht überschreiten. Sofern dies ausnahmsweise, insbesondere auf Grund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung, sachlich gerechtfertigt werden kann, darf eine maximale Laufzeit von fünf Jahren vorgesehen werden. Die dafür ausschlaggebenden Gründe sind festzuhalten.

(7) Auf den Widerruf einer Rahmenvereinbarung sind die §§ 138 bis 140 sinngemäß anzuwenden(7) Auf den Widerruf einer Rahmenvereinbarung sind die Paragraphen 138 bis 140 sinngemäß anzuwenden

Vergabe von öffentlichen Aufträgen auf Grund von Rahmenvereinbarungen

§ 152. (1) Bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Aufträge dürfen die Parteien keinesfalls substantielle Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen.Paragraph 152, (1) Bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Aufträge dürfen die Parteien keinesfalls substantielle Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen.

(2) Aufträge, die auf Grund einer gemäß § 151 abgeschlossenen Rahmenvereinbarung vergeben werden sollen, werden gemäß den in Abs. 3 bis 6 beschriebenen Verfahren vergeben. Diese Verfahren sind nur zwischen dem bzw. den Auftraggebern und jenem bzw. jenen Unternehmern zulässig, die von Anfang an Parteien der Rahmenvereinbarung waren.(2) Aufträge, die auf Grund einer gemäß Paragraph 151, abgeschlossenen Rahmenvereinbarung vergeben werden sollen, werden gemäß den in Absatz 3 bis 6 beschriebenen Verfahren vergeben. Diese Verfahren sind nur zwischen dem bzw. den Auftraggebern und jenem bzw. jenen Unternehmern zulässig, die von Anfang an Parteien der Rahmenvereinbarung waren.

(3)

(4) Wird eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern gemäß § 151 Abs. 3 abgeschlossen, so ist der Zuschlag für die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge(4) Wird eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern gemäß Paragraph 151, Absatz 3, abgeschlossen, so ist der Zuschlag für die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge

1. 1.Ziffer eins

unmittelbar auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb, oder

2. 2.Ziffer 2

nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb zu erteilen.

(5) Sofern nicht alle Bedingungen für die Vergabe der Aufträge in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt sind, kann der erneute Aufruf der Parteien zum Wettbewerb gemäß Abs. 4 Z 2(5) Sofern nicht alle Bedingungen für die Vergabe der Aufträge in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt sind, kann der erneute Aufruf der Parteien zum Wettbewerb gemäß Absatz 4, Ziffer 2

1. 1.Ziffer eins

auf der Grundlage der ursprünglichen und nunmehr vervollständigten Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge, oder

2. 2.Ziffer 2

auf der Grundlage von anderen, in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen

erfolgen.

(6) Bei einem erneuten Aufruf der Parteien zum Wettbewerb gemäß Abs. 4 Z 2 kann der Auftraggeber den Zuschlag

entweder nach Durchführung einer elektronischen Auktion gemäß den §§ 146 bis 149 oder nach Durchführung des nachfolgenden Verfahrens erteilen:(6) Bei einem erneuten Aufruf der Parteien zum Wettbewerb gemäß Absatz 4, Ziffer 2, kann der Auftraggeber den Zuschlag entweder nach Durchführung einer elektronischen Auktion gemäß den Paragraphen 146 bis 149 oder nach Durchführung des nachfolgenden Verfahrens erteilen:

1. 1.Ziffer eins

Vor der Vergabe jedes Einzelauftrages konsultiert der Auftraggeber schriftlich jene Parteien der Rahmenvereinbarung, die in der Lage sind, die konkret nachgefragte Leistung zu erbringen.

2. 2.Ziffer 2

Der Auftraggeber setzt eine angemessene Frist für die Abgabe neuer Angebote für jeden Einzelauftrag fest. Bei der Festsetzung der Frist hat der Auftraggeber insbesondere die Komplexität des Auftragsgegenstandes und die für die Übermittlung der Angebote und der sonstigen Unterlagen erforderliche Zeit zu berücksichtigen.

3. 3.Ziffer 3

Die Angebote sind schriftlich einzureichen, ihr Inhalt ist bis zum Ablauf der Angebotsfrist geheim zu halten.

4. 4.Ziffer 4

Der Zuschlag ist dem gemäß dem oder den auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung festgelegten Zuschlagskriterium bzw. Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebot zu erteilen. Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten. Hinsichtlich der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, der Wirksamkeit des Zuschlages und der Form des Vertragsabschlusses gelten die §§ 131 bis 134. Der Zuschlag ist dem gemäß dem oder den auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung festgelegten Zuschlagskriterium bzw. Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebot zu erteilen. Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten. Hinsichtlich der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, der Wirksamkeit des Zuschlages und der Form des Vertragsabschlusses gelten die Paragraphen 131 bis 134,

(7) Auf den Widerruf eines Verfahrens gemäß Abs. 3 bis 6 sind die §§ 138 bis 140 sinngemäß anzuwenden.(7) Auf den Widerruf eines Verfahrens gemäß Absatz 3 bis 6 sind die Paragraphen 138 bis 140 sinngemäß anzuwenden

Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestensParagraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. 1.Ziffer eins

beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

2. 2.Ziffer 2

...

3. 3.Ziffer 3

....

4. 4.Ziffer 4

....

5. 5.Ziffer 5

.....

6. 6.Ziffer 6

bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Z 1 bis 3 sowie bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist,[...]bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Ziffer eins bis 3 sowie bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist,[...]

vorliegen.

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

§ 70. (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihreParagraph 70, (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. 1.Ziffer eins
berufliche Befugnis,
2. 2.Ziffer 2
berufliche Zuverlässigkeit,
3. 3.Ziffer 3
finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie
4. 4.Ziffer 4
technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(2) Bewerber oder Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.

(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in § 12 Abs. 1 genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in Paragraph 12, Absatz eins, genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.

(4) Nach Maßgabe des Abs. 3 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.(4) Nach Maßgabe des Absatz 3, kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

(5) Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

(6)

Subunternehmerleistungen

§ 83. (1) Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.Paragraph 83, (1) Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

(2) Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind.

(3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des § 70 Abs. 2 bis 4 nachweisen.(3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des Paragraph 70, Absatz 2 bis 4 nachweisen.

Allgemeine Bestimmungen

§ 106. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.Paragraph 106, (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

[....].

Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. 1.Ziffer eins

.....

2. 2.Ziffer 2

Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt;

[....]

(2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. 1.Ziffer eins

ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurdepb den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. 2.Ziffer 2

nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis,

Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;

3. 3.Ziffer 3

....

4. 4.Ziffer 4

....

5. 5.Ziffer 5

ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Paragraph 126, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen. (2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

(3) Weist ein Angebot solche Mängel auf, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden kann, so ist es auszuschneiden.

(4)

Von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließende Unternehmer Ausschlussgründe

§ 68. (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Abs. 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn Paragraph 68, (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Absatz 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

1. 1.Ziffer eins

...

[....]

1. 7.Ziffer 7

sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

[...].

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 325, (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden nicht innerhalb der Frist des § 321 Abs. 4 BVergG angefochten. Sie sind daher bestandsfest (st Rspr, zB VwGH 26. 11. 2010, 2008/04/0027, 0036; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Alle Einwendungen gegen die Ausschreibungsunterlagen und damit verbundener allfälliger Widersprüche sind daher präkludiert (st Rspr, zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007; BVA 5. 8. 2011, N/0060-BVA/04/2011-20; BVA 19.11.2012, N/0094-BVAa/03/2012-19). Die Ausschreibungsunterlagen wurden nicht innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG angefochten. Sie sind daher bestandsfest (st Rspr, zB VwGH 26. 11. 2010, 2008/04/0027, 0036; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Alle Einwendungen gegen die Ausschreibungsunterlagen und damit verbundener allfälliger Widersprüche sind daher präkludiert (st Rspr, zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007; BVA 5. 8. 2011, N/0060-BVA/04/2011-20; BVA 19.11.2012, N/0094-BVAa/03/2012-19).

Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt an die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen gebunden (st Rspr, zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße (siehe Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 321 Rz 26). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (s. BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorläge (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008- 29). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt an die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen gebunden (st Rspr, zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße (siehe Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 321, Rz 26). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (s. BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorläge (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008- 29).

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-23 uva.). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung

bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-23 uva.).

Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006 idgF, zu lesen (zB VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087).

Aufgrund der Festlegungen in Punkt 001101R der AB, wonach die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer zulässig ist und sich Bieter zudem zum Nachweis ihrer Eignung auf (notwendige) Subunternehmer berufen können, sofern der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit besitzt, - wobei sich die Auftraggeberin vorbehält, alle entsprechenden Nachweise zu fordern, die zum Nachweis der Eignung des Subunternehmers erforderlich sind und der Bieter verpflichtet ist, mit Abgabe seines Angebots, die entsprechenden Nachweise binnen 3 Tagen ab Anforderung durch die Auftraggeberin an diesen zu übermitteln - und gemäß Punkt 001101M der AB, wonach Angebote von Bieter, auf die ein in § 68 Z 1- Z 7 BVergG festgelegter Ausschlussgrund zutrifft, vom Vergabeverfahren ausgeschieden werden, war aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich)]; Aufgrund der Festlegungen in Punkt 001101R der AB, wonach die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer zulässig ist und sich Bieter zudem zum Nachweis ihrer Eignung auf (notwendige) Subunternehmer berufen können, sofern der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit besitzt, - wobei sich die Auftraggeberin vorbehält, alle entsprechenden Nachweise zu fordern, die zum Nachweis der Eignung des Subunternehmers erforderlich sind und der Bieter verpflichtet ist, mit Abgabe seines Angebots, die entsprechenden Nachweise binnen 3 Tagen ab Anforderung durch die Auftraggeberin an diesen zu übermitteln - und gemäß Punkt 001101M der AB, wonach Angebote von Bieter, auf die ein in Paragraph 68, Ziffer eins -, Ziffer 7, BVergG festgelegter Ausschlussgrund zutrifft, vom Vergabeverfahren ausgeschieden werden, war aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich)];

VwGH 19.11.2008, 2007/04/20018, 2007/04/0019; 17.11.2004, 2002/04/0078;

16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen des BVergG entsprechend den genannten Bestimmungen der Ausschreibung jedenfalls iSd § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG davon auszugehen, dass ein Bieter die geforderten Eignungsnachweise bei sonstigem zwingenden Ausscheiden seines Angebotes der Auftraggeberin vorzulegen hat. 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen des BVergG entsprechend den genannten Bestimmungen der Ausschreibung jedenfalls iSd Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG davon auszugehen, dass ein Bieter die geforderten Eignungsnachweise bei sonstigem zwingenden Ausscheiden seines Angebotes der Auftraggeberin vorzulegen hat.

Nach dem objektiven Erklärungswert des Angebotes der C*** hat diese unstrittig zwei (notwendige) Subunternehmer, die Q***, und die P***, zur Substitution ihrer technischen Leistungsfähigkeit namhaft gemacht und wurde das gemäß den AB geforderte Formular "A1- Verpflichtungserklärung technische Leistungsfähigkeit und Befugnis" entsprechend ausgefüllt und unterfertigt. Auch wenn die technische Leistungsfähigkeit eines Auftragnehmers durch die Fähigkeit eines Subunternehmers substituiert werden kann (vgl. EuGH 14.4.1994, Ballast Nedam Groep I Nv/Belgien, Slg 1994, I-1289; EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia), so ist die Eignung des Subunternehmers immer ad personam zu prüfen, was insbesondere für die berufliche Zuverlässigkeit iSd § 19 Abs 1 BVergG gilt. Zum Nachweis der Eignung des Subunternehmers hat die Auftraggeberin die " Bescheinigung einer Behörde (z.B. Auszug aus dem Strafregister), dass gegen den Unternehmer beziehungsweise gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, welche die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers in Frage stellt" gefordert und die C*** nach Angebotsöffnung am 12.9.2012 mit e-mail vom 17.10.2012 aufgefordert, diesen

Eignungsnachweis " für den Subunternehmer Q***; lt. Formular A, Seite 3 Pkt. 5. (lt. Pos. 001101P, vierter Absatz nicht älter als 2 Monate)" bis spätestens 19.10.2012 vorzulegen. Dieser Aufforderung kam die laut Angebotsprüfbericht an 2. Stelle gereichte Bieterin unbestritten nicht nach. Sie hat diesen Eignungsnachweis somit nachweislich dokumentiert nicht erbracht. Nach dem objektiven Erklärungswert des Angebotes der C*** hat diese unstrittig zwei (notwendige) Subunternehmer, die Q***, und die P***, zur Substitution ihrer technischen Leistungsfähigkeit namhaft gemacht und wurde das gemäß den Ausschussbericht geforderte Formular "A1- Verpflichtungserklärung technische Leistungsfähigkeit und Befugnis" entsprechend ausgefüllt und unterfertigt. Auch wenn die technische Leistungsfähigkeit eines Auftragnehmers durch die Fähigkeit eines Subunternehmers substituiert werden kann vergleiche EuGH 14.4.1994, Ballast Nedam Groep römisch eins Nv/Belgien, Slg 1994, I-1289; EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia), so ist die Eignung des Subunternehmers immer ad personam zu prüfen, was insbesondere für die berufliche Zuverlässigkeit iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG gilt. Zum Nachweis der Eignung des Subunternehmers hat die Auftraggeberin die " Bescheinigung einer Behörde (z.B. Auszug aus dem Strafregister), dass gegen den Unternehmer beziehungsweise gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, welche die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers in Frage stellt" gefordert und die C*** nach Angebotsöffnung am 12.9.2012 mit e-mail vom 17.10.2012 aufgefordert, diesen Eignungsnachweis " für den Subunternehmer Q***; römisch eins t. Formular A, Seite 3 Pkt. 5. (römisch eins t. Pos. 001101P, vierter Absatz nicht älter als 2 Monate)" bis spätestens 19.10.2012 vorzulegen. Dieser Aufforderung kam die laut Angebotsprüfbericht an 2. Stelle gereichte Bieterin unbestritten nicht nach. Sie hat diesen Eignungsnachweis somit nachweislich dokumentiert nicht erbracht.

Wenn die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung am 10.1.2013 behauptet, dieser Nachweis der Eignung sei - wie im Angebotsprüfbericht dokumentiert - jedenfalls erbracht worden, da der geforderte Nachweis "von einem anderen Bieter dieses Vergabeverfahrens der Auftraggeberin vorgelegt worden sei, bei dem die Q*** ebenfalls als Subunternehmer namhaft gemacht worden sei", so geht dies in Leere: die Behebbarkeit von Mängeln hinsichtlich der Eignung ist zwar zulässig, wenn nachgewiesen wird, dass die Eignung zum relevanten Zeitpunkt - hier also gemäß § 69 Z 1 BVergG zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung - tatsächlich bestanden hat (vgl. Fink/Hofer in Heid/Presbnayr, Handbuch Vergaberecht', Rz 1429), doch ist dies im gegenständlichen Verfahren nicht der Fall. Der geforderte Eignungsnachweis liegt entgegen der oben zitierten Dokumentation im Angebotsprüfbericht und entgegen der Aussage der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, die Originalunterlagen in Kenntnis der Bestimmung des § 313 Abs 2 BVergG vollständig der erkennenden Behörde vorgelegt zu haben, den Originalunterlagen nachweislich nicht bei. Wenn die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung am 10.1.2013 behauptet, dieser Nachweis der Eignung sei - wie im Angebotsprüfbericht dokumentiert - jedenfalls erbracht worden, da der geforderte Nachweis "von einem anderen Bieter dieses Vergabeverfahrens der Auftraggeberin vorgelegt worden sei, bei dem die Q*** ebenfalls als Subunternehmer namhaft gemacht worden sei", so geht dies in Leere: die Behebbarkeit von Mängeln hinsichtlich der Eignung ist zwar zulässig, wenn nachgewiesen wird, dass die Eignung zum relevanten Zeitpunkt - hier also gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung - tatsächlich bestanden hat vergleiche Fink/Hofer in Heid/Presbnayr, Handbuch Vergaberecht', Rz 1429), doch ist dies im gegenständlichen Verfahren nicht der Fall. Der geforderte Eignungsnachweis liegt entgegen der oben zitierten Dokumentation im Angebotsprüfbericht und entgegen der Aussage der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, die Originalunterlagen in Kenntnis der Bestimmung des Paragraph 313, Absatz 2, BVergG vollständig der erkennenden Behörde vorgelegt zu haben, den Originalunterlagen nachweislich nicht bei.

Zudem handelt es sich bei der Behauptung der Auftraggeberin, der geforderte Eignungsnachweis liege der Auftraggeberin vor, da dieser von einem anderen Bieter des gegenständlichen Vergabeverfahrens, bei dem die Q*** ebenfalls als Subunternehmer namhaft gemacht worden sei, vorgelegt worden sei, ganz offensichtlich um eine Schutzbehauptung. Die Q*** wurde nach Prüfung der vorgelegten Originalunterlagen durch den erkennenden Senat von keinem der neun Bieter, die ein Angebot im gegenständlichen Vergabeverfahren legten, als Subunternehmer namhaft gemacht.

Gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG hat die Auftraggeberin - unbeschadet der Abs. 2 und gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat die Auftraggeberin - unbeschadet der Absatz 2, und

3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie

sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische

Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 22.5.2012, 2008/04/0032, ausgesprochen, dass bei Nichtvorlage eines in den Ausschreibungsunterlagen geforderter Eignungsnachweis gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG auszuschneiden ist und hat sich dabei auf sein Erkenntnis vom 21.3.2011, 2008/04/0083 berufen, wonach " die Ausscheidung bei Nichterteilung von Auskünften betreffend die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG zwingend ist, sodass im gegenständlichen Fall der in § 129 Abs 2 BVergG vorgesehene Beurteilungsspielraum ("Ermessen") der Auftraggeberin von vornherein nicht gegeben war."Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 22.5.2012, 2008/04/0032, ausgesprochen, dass bei Nichtvorlage eines in den Ausschreibungsunterlagen geforderter Eignungsnachweis gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuschneiden ist und hat sich dabei auf sein Erkenntnis vom 21.3.2011, 2008/04/0083 berufen, wonach " die Ausscheidung bei Nichterteilung von Auskünften betreffend die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zwingend ist, sodass im gegenständlichen Fall der in Paragraph 129, Absatz 2, BVergG vorgesehene Beurteilungsspielraum ("Ermessen") der Auftraggeberin von vornherein nicht gegeben war."

Nach der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes führt daher die Nichterteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG - als lex specialis zu § 129 Abs 2 BVergG - zwingend zur Ausscheidung des betreffenden Angebotes gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG (vgl. VwGH 21.3.2011, 2008/04/0083; VwGH 22.5.2012, 2008/04/0032; VwGH; Gunther Gruber/Christian Eisner ZVB 2012/11, 428 f)Nach der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes führt daher die Nichterteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG - als lex specialis zu Paragraph 129, Absatz 2, BVergG - zwingend zur Ausscheidung des betreffenden Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG vergleiche VwGH 21.3.2011, 2008/04/0083; VwGH 22.5.2012, 2008/04/0032; VwGH; Gunther Gruber/Christian Eisner ZVB 2012/11, 428 f).

I.4.Nichtigerklärung gemäß § 325 BVergGrömisches 4.Nichtigerklärung gemäß Paragraph 325, BVergG

Wie oben dargestellt, wurde das Angebot der an 2. Stelle gereihten C*** von der Auftraggeberin in rechtswidriger Weise nicht ausgeschieden. Dadurch wurde die Antragstellerin in ihren geltend gemachten Rechten verletzt. Da darüber hinaus die aufgezeigte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss iSd § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG ist und nicht auszuschließen ist, dass in der Folge eine andere Bieterreihung als die derzeitige hinsichtlich der Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchen Unternehmen sie die Rahmenvereinbarung abschließen will, in Frage kommt, ist auch vom Vorliegen der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit iSv § 325 Abs.1 Z 2 BVergG auszugehen (vgl VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32; 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15; 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; u.a.).Wie oben dargestellt, wurde das Angebot der an 2. Stelle gereihten C*** von der Auftraggeberin in rechtswidriger Weise nicht ausgeschieden. Dadurch wurde die Antragstellerin in ihren geltend gemachten Rechten verletzt. Da darüber hinaus die aufgezeigte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist und nicht auszuschließen ist, dass in der Folge eine andere Bieterreihung als die derzeitige hinsichtlich der Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchen Unternehmen sie die Rahmenvereinbarung abschließen will, in Frage kommt, ist auch vom Vorliegen der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit iSv Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszugehen vergleiche VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32; 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15; 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; u.a.).

Aufgrund der obigen Ausführungen war auf das weitere Vorbringen daher nicht mehr einzugehen

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II Zu Spruchpunkt römisch zwei

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz

seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) [...]

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt, da das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt I stattgegeben hat. Der Ersatz der bezahlten Pauschalgebühr findet daher statt. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt, da das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt römisch eins stattgegeben hat. Der Ersatz der bezahlten Pauschalgebühr findet daher statt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Rahmenvereinbarung; Begehren; Antragslegitimation; Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung;

Zuletzt aktualisiert am

05.03.2013

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