

TE Verg Bescheid 2012/12/7 N/0109-BVA/03/2012-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.12.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z24

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §345 Abs15 Z3

B-VG Art 14b Abs2 Z1 litb

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 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013

2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 306 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 § 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 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
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 gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, idF der Novelle BGBl II Nr. 10/2012 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sibyll Andrea Böck, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Datennetzverkabelung, Aktenzahl 12-AS-H01-999999-19" der Auftraggeberin 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***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 vom 29. November 2012, wie folgt

entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 10 aus 2012, (BVerG) durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sibyll Andrea Böck, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Datennetzverkabelung, Aktenzahl 12-AS-H01-999999-19" der Auftraggeberin 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***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, vom 29. November 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge der Auftraggeberin (Antragsgegnerin) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss der Rahmenvereinbarung im gegenständlichen Vergabeverfahren untersagen ", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Datennetzverkabelung, Aktenzahl 12-AS-H01- 999999-19", die Rahmenvereinbarung abzuschließen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVerG

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 28.11.2012, protokolliert am 29.11.2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, 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. A***	XXXX
5. E***	XXXX
6. F***	XXXX
7. G***	XXXX
8. H***	XXXX
9. 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 der Bieters emc 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" (s. Fragebeantwortung 23, Teil B). 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 emc 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 des Auftraggebers 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 M***. 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 knüpfen weitere Vorgaben der Auftraggeberin an: 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 der Auftraggeber eine, nach Einbau der Produkte zu erlangende, 25-jährige, direkt vom jeweiligen Hersteller stammende Systemgarantie zu den angebotenen Produkten (Komponenten) erhalten werde. Dafür habe der Bieter mit seinem Angebot eine Garantiezusage vorzulegen (siehe bspw LV-Positionen 0011100, 001700D letzter Satz, weiter Weißbuch "Kommunikationsverkabelung und Infrastruktur" Punkt 2.1.15 oder auch die Fragebeantwortungen 7, 20 und 21).

Soweit bekannt, verfüge der Bieter B*** 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 B*** die erforderliche Eignung zu verschaffen.

Aber selbst dann, wenn man davon ausgehe, dass F*** berechtigter Weise Subunternehmer der B*** wäre, würde das dem Bieter B*** nicht helfen. Auch F*** selbst 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/M***). So seien etwa im relevanten Zeitpunkt (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 - wie hier- notwendigen Subunternehmern, sei aber auch von anderen "kapazitätenverschaffenden" Unternehmen, unzulässig. Der Bieter B*** könne daher auch nicht einen (notwendigen) Subunternehmer nachnominieren. Dazu sei darauf hinzuweisen, dass laut Verlesung bei der Angebotsöffnung der Bieter B*** nur über einen einzigen Subunternehmer verfüge habe sowie auch keine Bestätigungen seinem Angebot beigelegt hätte.

Das Angebot des Bieters B*** 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 beispielsweise 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 oben in Punkt 3.1.2 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/M***). So seien etwa im relevanten Zeitpunkt (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 - unzulässiges Ausmaß 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 dem Auftraggeber 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 (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 macht die angefochtene Entscheidung rechtswidrig, sodass diese für nichtig zu erklären sei. Zur Verletzung der Grundsätze des Vergabeverfahrens - unzulässiges Ausmaß 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 dem Auftraggeber 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 (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 macht 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 auszuschcheidenden - 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 - und zwar 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 auszuschcheidenden - 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 - und zwar gegenüber allen Bietern - Angaben enthalten, die 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 (siehe LV-Position 000916D, Punkt 1. "(Unmittelbarer) Abruf aus der Rahmenvereinbarung"). Weiter wäre die Rahmenvereinbarung mit ihr als Erstgereichte abzuschließen.

Es handle sich hier um ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit mehreren, konkret fünf, Unternehmern. Die Auftraggeberin können - nach "freiem Ermessen" - einen unmittelbaren Abruf aus der Rahmenvereinbarung vom "ursprünglichen Billigstbieter vornehmen, dh ohne erneuten Wettbewerb (LV-Position 000916D, insbesondere Unterpunkt 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 Unternehmern 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 berücksichtigten 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 gemäß Art 41 Abs 2 VergRL 2004/18/EG: „Auf Verlangen der betroffenen Partei unterrichtet der öffentliche Auftraggeber unverzüglich (2. Spiegelstrich) jeden nicht berücksichtigten Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes [1 und (3. Spiegelstrich) jeden Bieter, der ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht hat, über die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebotes sowie über den Namen des Zuschlagsempfängers oder der Parteien der Rahmenvereinbarung". In der vorliegenden Konstellation treffe genau dies zu, denn bei unmittelbarem Abruf aus der Rahmenvereinbarung sei die Antragstellerin ein "nicht berücksichtigter" Bieter. Weiter habe sie ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht, sodass sie - ohne weitere Voraussetzungen - entsprechend ausführlich zu "unterrichten" sei. Für die nicht berücksichtigten 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 gemäß Artikel 41, Absatz 2, VergRL 2004/18/EG: „Auf Verlangen der betroffenen Partei unterrichtet der öffentliche Auftraggeber unverzüglich (2. Spiegelstrich) jeden nicht berücksichtigten Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes [1 und (3. Spiegelstrich) jeden Bieter, der ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht hat, über die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebotes sowie über den Namen des Zuschlagsempfängers oder der Parteien der Rahmenvereinbarung". In der vorliegenden Konstellation treffe genau dies zu, denn bei unmittelbarem Abruf aus der Rahmenvereinbarung sei die Antragstellerin ein "nicht berücksichtigter" Bieter. Weiter habe sie ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht, sodass sie - ohne weitere Voraussetzungen - entsprechend ausführlich zu "unterrichten" sei.

Vergleichbar der angeführten Auslegung sei das BVA hinsichtlich des § 151 BVergG aF sogar davon ausgegangen, dass trotz fehlender gesetzlicher Grundlage bei Einfach-Rahmenvereinbarungen (zur Erfüllung des Gebotes der Effektivität des Rechtsschutzes) eine Stillhaltefrist einzuhalten sei. Schließlich sei in diesem Zusammenhang auch auf die Judikatur

zu § 141 BVergG aF zu verweisen, zu dem aus europarechtlichen Vorgaben judiziert worden sei, s eine dem § 131 Abs 1 BVergG entsprechende Informationspflicht sei auch bei nicht prioritären Dienstleistungen vorhanden. Vergleichbar der angeführten Auslegung sei das BVA hinsichtlich des Paragraph 151, BVergG aF sogar davon ausgegangen, dass trotz fehlender gesetzlicher Grundlage bei Einfach-Rahmenvereinbarungen (zur Erfüllung des Gebotes der Effektivität des Rechtsschutzes) eine Stillhaltefrist einzuhalten sei. Schließlich sei in diesem Zusammenhang auch auf die Judikatur zu Paragraph 141, BVergG aF zu verweisen, zu dem aus europarechtlichen Vorgaben judiziert worden sei, s eine dem Paragraph 131, Absatz eins, BVergG entsprechende Informationspflicht sei auch bei nicht prioritären Dienstleistungen vorhanden.

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. Nur der Vollständigkeit halber sei ergänzend erwähnt, dass die Zuschlagsentscheidung weder in formaler Weise eine Begründung noch das datumsmäßig angeführte Ende der Stillhaltefrist enthalte.

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 D*** 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.

Der Auftraggeber 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. Anggeführt 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. Anggeführt 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.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Die Auftraggeberin habe in der Beilage der Bekanntgabe vom 22. November 2012 - von ihr als "Zuschlagsbekanntgabe" bzw. "Zuschlagsentscheidung" bezeichnet - darauf hingewiesen, dass die Stillhaltefrist am 29. November 2012, 24.00 Uhr, ende. Es sei davon auszugehen, dass die Auftraggeberin auch tatsächlich beabsichtige, unmittelbar nach Ablauf der Stillhaltefrist die Rahmenvereinbarung, und zwar in der derzeit von ihr vorgesehenen Reihung, wo nicht die Antragstellerin "ursprüngliche Billigstbieterin" sei, und daher insbesondere mit dem nach Ansicht der Auftraggeberin derzeitigen Billigstbieter abzuschließen. Nach Ablauf der Stillhaltefrist und im Hinblick darauf, dass dem Nichtigerklärungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme, wäre es der Auftraggeberin rechtlich möglich, trotz der geäußerten rechtlichen Bedenken die Rahmenvereinbarung rechtswirksam abzuschließen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine beträchtliche Gefährdung ihrer Interessen, da eine allfällige Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen, die Chancen der Antragstellerin nicht zu kompensieren vermögen, erstgereichte Billigstbieterin und damit "Abrufpartner" bei (nach freiem Ermessen der Auftraggeberin möglichen) unmittelbaren Abrufen gemäß LV-Position 000916D zu sein. Es sei abzusehen, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren erst einige Zeit nach Ende der gegenständlichen Stillhaltefrist entschieden werde, sodass die Antragstellerin sodann vor vollendeten Tatsachen stünde.

Aus diesen Gründen erhebe die Antragstellerin ihr erstattetes Vorbringen zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wobei die bezeichneten Beweismittel als Bescheinigungsmittel angeboten würden. Die unmittelbar drohende Schädigung der Antragstellerin bzw. ihrer Interessen ergebe sich auch aus der irreversiblen rechtlichen Situation bei rechtswidriger Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die das Vergabeverfahren endgültig abschließen würde ("unumkehrbare Tatsachen"), auch nach den durch die BVergG-

Novelle 2010 verbesserten Rechtsschutzbestimmungen - mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden. So könne nach dem auch europarechtlich anerkannten Grundsatz pacta sunt servanda nach Abschluss der Rahmenvereinbarung - trotz massiver Mängel des Vergabeverfahrens - grundsätzlich nicht mehr nachträglich in ein abgeschlossenes Vertragsverhältnis eingegriffen werden. Die Antragstellerin wäre auf den nicht adäquaten ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Dabei sei weiter zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin nach Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht nur unmittelbar (von einem anderen - auszuscheidenden - Bieter) abrufen könnte, sondern auch bei einem neuerlichen Aufruf zum Wettbewerb nicht einmal verpflichtet sei, die Zuschlagsentscheidung den Parteien der Rahmenvereinbarung mitzuteilen und daher selbst bei Durchführung eines Wettbewerbes die Möglichkeit hätte, den Zuschlag ohne weitere "Vorwarnung" an einen (in Wahrheit auszuscheidenden) Bieter zu erteilen.

Diese Nachteile könnten nur durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung abgewendet werden. Dazu werde darauf verwiesen, dass für die Antragstellerin auch die Möglichkeit zur weiteren Teilnahme an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren wirksam gesichert werden müsse.

Zur Bezifferung und Höhe der unmittelbar drohenden Schädigung Ihrer Interessen erhebe die Antragstellerin zunächst ihr Vorbringen zum Antrag auf Nichtigerklärung auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im Hinblick auf den drohenden entgangenen Gewinn sei anzuführen, dass dieser unter Berücksichtigung des Auftragswerts gesamt mit zumindest EUR XXXX (exklusive USt) angenommen werden könne. Zur Bezifferung und Höhe der unmittelbar drohenden Schädigung Ihrer Interessen erhebe die Antragstellerin zunächst ihr Vorbringen zum Antrag auf Nichtigerklärung auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im Hinblick auf den drohenden entgangenen Gewinn sei anzuführen, dass dieser unter Berücksichtigung des Auftragswerts gesamt mit zumindest EUR römisch 40 (exklusive USt) angenommen werden könne.

Sollte die Antragstellerin aufgrund der bekämpften Entscheidung nicht Erstgereichte und damit unmittelbarer "Abrufpartner" sein, entstünde darüber hinaus ein Schaden aus der bisherigen Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren durch erhebliche frustrierte Kosten, insbesondere bestehend aus den Angebotserstellungskosten. Im Übrigen seien auch die frustrierten Kosten aus der Durchführung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens, einschließlich Pauschalgebühren und der Kosten der anwaltlichen Vertretung zu berücksichtigen. Abschließend ist im Rahmen der drohenden Aufrechterhaltung der (rechtswidrigen) angefochtenen Entscheidung noch die Chance auf Erlangung eines signifikanten Referenzprojektes für künftige Aufträge zu nennen.

Die Antragstellerin habe ein weit überwiegendes Interesse auf Gewährung der einstweiligen Verfügung. Diese würden im Rahmen der Interessenabwägung allfällige Interessen des Antragsgegners sowie Dritter eindeutig überwiegen. Es sei nicht ersichtlich, welcher Schaden dem Auftraggeber bzw auch den öffentlichen Interessen durch die geringfügige Verzögerung der Auftragsausführung entstehen könnte. Weiter sei nicht ersichtlich, welche höher stehenden Interessen (etwa für Leib und Leben) gefährdet sein sollten, die gleichzeitig auch nicht durch andere Maßnahmen hintangehalten werden könnten.

Die Auftraggeberin legte am 4. 12. 2012 dem Bundesvergabeamt die Originalunterlagen vor und teilte in ihrer Stellungnahme vom selben Tag zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit, auf die Abgabe einer inhaltlichen Stellungnahme zu verzichten.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens Folgendes festgestellt und erwogen:

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 im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip aus. Gegenstand der Rahmenvereinbarung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit 5 Unternehmern über die Neuherstellung bzw Ergänzung der bestehenden strukturierten Verkabelung. Die Veröffentlichung auf der Homepage der Auftraggeberin erfolgte am 26.7.2012, in der Online Ausgabe des amtlichen Lieferungsanzeigers am 27.7.2012 und in der Druckausgabe am 31.7.2012.

Die Angebotsöffnung, bei der die Antragstellerin und drei Vertreter der Auftraggeberin anwesend waren, fand am 12.9.2012 von 10.10 bis 10.48 statt. Neben 8 weiteren Bietern hat auch die Antragstellerin ein Angebot gelegt. Nach

erfolgter Angebotsprüfung wurde nach dem Ausscheiden von 4 Bietern 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 und das Angebot der C*** mit einer Angebotssumme von Euro XXXX (ohne Ust) an 2. Stelle gereiht. Die Angebotsöffnung, bei der die Antragstellerin und drei Vertreter der Auftraggeberin anwesend waren, fand am 12.9.2012 von 10.10 bis 10.48 statt. Neben 8 weiteren Bietern hat auch die Antragstellerin ein Angebot gelegt. Nach erfolgter Angebotsprüfung wurde nach dem Ausscheiden von 4 Bietern 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 und das Angebot der C*** mit einer Angebotssumme von Euro römisch 40 (ohne Ust) an 2. Stelle gereiht.

In Punkt 000916D (Abruf aus der Rahmenvereinbarung) der Ausschreibungsunterlagen 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 nächstgereihten 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 Preises (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 en 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....."

Mit Schreiben vom 22.11.2012 teilte die Auftraggeberin den Bietern die Auswahlentscheidung/Entscheidung, mit welchen Bietern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wie folgt mit:

"

Zuschlagsbekanntgabe - Projekt

.....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....."

In der angeführten Beilage wurde der Antragstellerin eine Abschrift aus der Bewertung der Angebote betreffend ihr eigenes Angebot übermittelt und als Ablauf der Stillhaltefrist der 29.11.2012,24 Uhr angegeben.

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den übermittelten Unterlagen. 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 mit Datum 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 mit Datum 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 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

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 Nichtigkeitsklärung 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 Nichtigkeitsklärung 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/Fruhmam/Thienel, BVergG2 Paragraph 320, Rz 7 und T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam/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 dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.3. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste

noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin beabsichtigt ist, eine Rahmenvereinbarung mit den ausgewählten 5 Bietern abzuschließen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin als Billigstbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorgeht, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin beabsichtigt ist, eine Rahmenvereinbarung mit den ausgewählten 5 Bietern abzuschließen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin als Billigstbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorgeht, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es, die der Antragstellerin bei Zutreffen ihres Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der einen allfälligen späteren Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Auftraggeberin im Sinne des Vorbringens der Antragstellerin ermöglicht. Bei beabsichtigtem Abschluss der Rahmenvereinbarung durch die Auftraggeberin ist dies dessen vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, durch die einstweilige Verfügung zu verhindern, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren allenfalls zu erfolgende Nichtigklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVA 17. 5. 2011, N/0036-BVA/10/2011-EV23).

Demgegenüber hat die Auftraggeberin auf Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung verzichtet. Auch dem Bundesvergabeamt sind keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden besonderen öffentlichen Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden.

In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin bei der Erstellung des Zeitplanes

eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua). In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiter ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiter ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG idGF ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend zu werten. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG idGF ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend zu werten.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung; Erlassung;

Zuletzt aktualisiert am

13.02.2013

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