



GZ: N/0073-BVA/14/2011-36

## B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, und Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Flatsortieranlagen, Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb" des Auftraggebers Österreichische Post AG, Postgasse 8, 1010 Wien, vertreten durch X\*\*\*, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 28.7.2011, wie folgt entschieden:

## S p r u c h

I.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (in der Mitteilung auch als "Zuschlagsentscheidung" bezeichnet), mitgeteilt am 18. Juli 2011, im Vergabeverfahren Flatsortieranlagen der Österreichischen Post AG für nichtig erklären", wird **zurückgewiesen**.

II.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Österreichischen Post AG auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen", wird **abgewiesen**.

## B e g r ü n d u n g

## **1. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:**

Die gegenständliche Auftragsvergabe wird in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt. Die Auftragsvergabe wurde als Lieferauftrag bekannt gemacht, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Die EU-weite Auftragsbekanntmachung erfolgte am 25.1.2011 im Supplement zum Amtsblatt der EG unter der Zahl ABI/S S16, 25231-2011-DE.

Auftragsgegenstand ist die Herstellung, die Lieferung, die Montage, die Inbetriebnahme und der Probetrieb von Flatsortieranlagen für Postsendungen bis zum Format B4 in den Standorten des Auftraggebers. Hiezu sollen 6 Flatsortieranlagen für die Briefzentren Wien, Linz, Salzburg, Graz und Hall in Tirol beschafft werden.

Die A<sup>\*\*\*</sup>, gab im gegenständlichen Vergabeverfahren am 16.2.2011 einen Teilnahmeantrag, und schließlich ein Letztangebot ab.

Mit Telefax vom 18.7.2011 teilte der Auftraggeber der A<sup>\*\*\*</sup>, mit, dass beabsichtigt sei die Rahmenvereinbarung mit der B<sup>\*\*\*</sup> abzuschließen. Eine zuvor ergangene Zuschlagsentscheidung vom 15.6.2011 war vom Auftraggeber wieder zurückgenommen worden. Ebenfalls mit Telefax vom 18.7.2011 setzte der Auftraggeber die A<sup>\*\*\*</sup> vom Ausscheiden ihres Angebotes wie folgt in Kenntnis:

*"Nach eingehender Prüfung dürfen wir Ihnen mitteilen, dass das Angebot der A<sup>\*\*\*</sup> zum Vergabeverfahren "Flatsortieranlagen" der Österreichischen Post AG ausgeschieden wird.*

*Die zwingende Ausscheidung Ihres Angebotes begründet sich im Wesentlichen aus der mangelnden Eignung Ihrer Subunternehmerin C<sup>\*\*\*</sup> (in der Folge "C<sup>\*\*\*</sup>"). Gemäß § 289 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 (in der Folge "BVerG") hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung jene Angebote von Bietern auszuschneiden, deren Befugnis, finanzielle,*

wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist.

Bei der gegenständlich ausgeschriebenen Leistung war eine Befugnis/Gewerbeberechtigung für „Mechatronik oder verwandte Gewerbe“ nachzuweisen. Hiefür wurde im Teilnahmeantrag die Subuntemehmerin C\*\*\*, im Speziellen D\*\*\*, namhaft gemacht. D\*\*\* wurde überdies in der Beilage 5.1 Ihres Teilnahmeantrages mit der Bezeichnung "Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis vom 2.2.2011" als gewerberechtlicher Geschäftsführer der C\*\*\* mit Gewerbeberechtigung Elektroniker und Elektromaschinenbauer benannt. Die Prüfung Ihrer Subunternehmerin hat nunmehr ergeben, dass D\*\*\* bereits im Kalenderjahr 2008 seine Gewerbeberechtigung ruhend gemeldet hat und gleichzeitig als gewerberechtlicher Geschäftsführer der C\*\*\* ausgeschieden ist. Dieses Prüfergebnis wurde durch Ihre Aufklärungen vom 12.7.2011 bestätigt.

Zusammenfassend mangelt es daher der A\*\*\* an der zwingend geforderten Berechtigung "Mechatronik oder verwandte Gewerbe".

Ein nachträgliches Aufrechtmelden der - laut eigenen Angaben seit 27.11.2008 - ruhenden Gewerbeberechtigung von D\*\*\* ändert nichts am Umstand, dass es Ihrer Subunternehmerin an der geforderten Gewerbeberechtigung mangelt. Dies erhellt sich aus dem Umstand, dass D\*\*\* seit 27.11.2008 lediglich Gesellschafter, aber nicht mehr gewerberechtlicher Geschäftsführer der C\*\*\* ist. Um seitens der C\*\*\* die Gewerbeberechtigung Elektroniker und Elektromaschinenbauer ausüben zu dürfen, wäre zumindest ein weiterer Rechtsakt erforderlich, nämlich die Bestellung von D\*\*\* als gewerberechtigten Geschäftsführer. Die C\*\*\* verfügt derzeit nicht über einen gewerberechtigten Geschäftsführer, welcher die geforderte Gewerbeberechtigung (wenn auch nur ruhend) vorweisen könnte. Im Hinblick auf die vergaberechtliche Rechtsprechung, im Besonderen jener von Ihnen im Aufklärungsschreiben zitierten Entscheidung des Vergabekontrollsenates der Stadt Wien (VKS-Wien 10.1.2008, VKS-8615/07), ist festzuhalten, dass Ihr Angebot mangels geforderter Befugnis auszuschneiden war.

Überdies wird angemerkt, dass die C\*\*\* (trotz mangelnder Gewerbeberechtigung Elektroniker und Elektromaschinenbauer) Leistungen in einem laufenden Wartungsvertrag für "CFC und FC Maschinen" mit der Österreichischen Post AG erbringt. Es handelt sich dabei offenkundig um eine unbefugte Gewerbeausübung, wobei sich die C\*\*\* der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen (beispielsweise: Sozialversicherungsbeiträge) bei aufrechter Befugnis entzieht und sohin einen unerlaubten Wettbewerbsvorteil hat. Ebenfalls unter Verweis auf jene von Ihnen im Aufklärungsschreiben zitierte Entscheidung des Vergabekontrollsenates der Stadt Wien (VKS-Wien 10.1.2008, VKS-8615/07) ist festzuhalten, dass Ihre Subuntemehmerin C\*\*\* trotz fehlender Gewerbeberechtigung Einkünfte aus der besagten Gewerbetätigkeit erzielt hat (dies auch allenfalls weiterhin beabsichtigt) und dieser Umstand bereits ausreicht, Ihr Angebot mangels Zuverlässigkeit Ihrer Subunternehmerin gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden.

Abschließend möchten wir auf den Umstand verweisen, dass ihr Teilnahmeantrag offenkundig unrichtige Angaben enthielt, indem Sie D\*\*\* in Beilage 5.1 "Auszug aus dem Gewerberegister vom 2.2.2011" als Geschäftsführer der C\*\*\* ausgewiesen haben. Nach Auskunft der ausstellenden Behörde (Sachbearbeiterin der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten, Fachgebiet Gewerbeamt) hätten Sie einen "historischen" Gewerberegisterauszug für die C\*\*\* verlangt, obwohl ausdrücklich aktuelle Nachweise beizubringen waren. Diese Forderung könnte offenkundig dazu gedient haben, D\*\*\* als gewerberechtigten Geschäftsführer der C\*\*\* mit der entsprechenden Gewerbeberechtigung vorzutäuschen, obwohl dies bereits seit rund drei Jahren nicht mehr der Fall war. Die Bieterin hätte sich dabei einer falschen Erklärung im erheblichen Ausmaß schuldig gemacht. Zusammenfassend wäre hiebei auf die Ausschlussgründe gemäß § 229 Abs 1 Z 7 BVergG zu verweisen."

Mit **Schriftsatz vom 28.7.2011** brachte die A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\* (im Folgenden Antragsteller), einen **Nachprüfungsantrag** beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 3.8.2011, GZ N/0073-BVA/14/2011-EV8, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Abschluss der Rahmenvereinbarung

untersagt wurde. Weiters wurde die Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber begehrt (siehe Spruchpunkt II).

In seinem **Schriftsatz vom 28.7.2011** brachte der **Antragsteller** im Wesentlichen vor:

Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung für Flatsortieranlagen durch. Die Letztangebotsfrist habe am 10.6.2011 geendet.

Der Antragsteller, ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugtes Unternehmen, das in diesem Bereich seit Jahren gewerblich tätig sei und daher Interesse am Auftragserhalt habe, habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Der Antragsteller verfüge über eine Vielzahl von Niederlassungen in der EU und habe bereits umfangreiche Leistungen für den Auftraggeber erbracht.

Mit Telefax vom 18.7.2011 sei dem Antragsteller die Entscheidung mitgeteilt worden, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle.

Diese Entscheidung werde folgendermaßen begründet:

- "Kriterium Angebotspreis 70% (maximal 210 Punkte)

Ihr Angebotspreis überschreitet jenen der Bestbieterin, Siemens Österreich AG, um 6,05%. Ihr Angebot wurde daher mit 186 Punkten bewertet, jenes der Bestbieter erhielt 210 Punkte.

- Kriterium technischer Wert 20% (maximal 75 Punkte)

...

Mit erzieltm Durchsatz von 41.700 Sendungsstücken wurde ihr Angebot gemäß den Ausschreibungsbedingungen mit 15 Punkten bewertet, wobei die Bestbieterin hierfür 30 (mehr als 48.000 Sendungsstücke) erzielen konnte.

Aufgrund der Ergebnisse der durchgeführten Testreihe wurde die Bewertung des Sendungsspektrums für ihr Angebot mit 24 Punkten bewertet. Das Angebot der Bestbieterin erhielt hierfür 18 Punkte.

Zusammenfassend wurde ihr Angebot im Kriterium "technischer Wert" mit 54 Punkten, jenes der Bestbieterin mit 63 Punkten bewertet.

..."

Das Ende der Stillhaltefrist sei mit 28.7.2011 angegeben worden. Der Mitteilung sei keinerlei Bewertungsübersicht oder dergleichen angeschlossen gewesen. Die Angebotsöffnung sei nicht nicht öffentlich gewesen.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, zu seinen Gunsten, unter anderem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG, verletzt.

Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da der Antragsteller Bestbieter sei und ohne die rechtswidrige Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen diese Entscheidung zu Gunsten des Antragstellers zu treffen wäre.

Rechtswidrigkeiten:

- Kriterium Angebotspreis:

In der angefochtenen Entscheidung vom 18. Juli 2011 werde ausgeführt, dass der Angebotspreis des Antragstellers jenen der B\*\*\* um 6,05% überschreite. Eine Nennung des Angebotspreises der für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommene B\*\*\* sei nicht erfolgt. Ausgehend vom Angebotspreis des Antragstellers in Höhe von Euro 16.700.000,-- ergebe sich daher eine Angebotssumme von Euro 15.747.289,01. Dieser Betrag sei seitens des Antragstellers aufgrund des eigenen Angebotspreises in Verbindung mit dem in der angefochtenen Entscheidung angegebenen Unterschiedsbetrag von 6,05% errechnet worden.

Dies sei insoweit verwunderlich, als in der ersten - zwischenzeitig aufgrund der Anfechtung zurückgezogen - Entscheidung, mit welchen Unternehmen die

Rahmenvereinbarung geschlossen werden solle, der Preis mit Euro 14.999.000,-- (inkl. Optionen) genannt worden sei.

Da dem Antragsteller keine weiteren Informationen vorliegen würden, sei davon auszugehen, dass die für die B\*\*\* angeführten Preise falsch seien. Der Auftraggeber werde aufzuklären haben, wie es zu der nicht unbeträchtlichen Diskrepanz von Euro 748.289,01 komme. Dabei sei nicht auszuschließen, dass beide herangezogenen Preise nicht mit dem Angebotspreis übereinstimmen würden.

Ungeachtet der Divergenz im Angebotspreis sei auch die Punktevergabe fehlerhaft:

Ausgehend von den Angaben in der angefochtenen Entscheidung habe die B\*\*\* mit dem Angebotspreis von Euro 15.747.289,01 als billigstes Angebot die volle Punktezahl 210 erreicht. Aufgrund der Überschreitung des Angebots um 6,05% erhalte das Angebot des Antragstellers um 6,05% weniger Punkte (Seite 17 der Ausschreibungsbedingungen). 210 Punkte abzüglich 12,7 Punkte (6,05% von 210) würden 197,3 Punkte ergeben. In der angefochtenen Entscheidung sei das Angebot des Antragstellers allerdings nur mit 186 Punkten bewertet worden.

Die Punktezahl werde auch bei Überprüfung der linearen Berechnungsmethode bestätigt:

Berechnungsformel:  $\text{Punkte} = (2 - (16.700.000 / 15.747.289,01)) \times 300 = 281,85 \rightarrow$  nach Gewichtung mit 70% ergebe dies 197,3 Punkte.

- Kriterium technischer Wert:

Im Kriterium technischer Wert sei das Angebot der B\*\*\* bei einer max. erreichbaren Punktezahl von 75 Punkten mit 63 Punkten bewertet worden.

Hier liege wiederum ein Widerspruch zur Entscheidung vom 17. Juni 2011 vor: Dort sei zum Angebot der B\*\*\* noch mitgeteilt worden, dass dieses beim technischen Wert die höchste Punktezahl erreiche, also 75 Punkte. Bei der hier gegenständlichen Entscheidung werde dieses Angebot allerdings nur mit 63 Punkten bewertet.

Es sei nicht nachvollziehbar, wie es plötzlich zu einer derart unterschiedlichen Bewertung komme, obwohl dieselben Angebote zugrunde gelegt worden seien. Die gesamte Bewertung müsse somit in Zweifel gezogen werden.

Die Angaben im Angebot der B\*\*\* zu Sendungsstücken seien nicht nachvollziehbar. Nach den dem Antragsteller vorliegenden Informationen betrage die Anzahl der abgezogenen Sendungen der B\*\*\* mehr als 48.000 Sendungen. Die Anzahl der verteilten Sendungen (und somit das Testergebnis) müsse einen geringeren Wert ausweisen, da es jedenfalls zu Fehlverteilungen komme. Die der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung zugrundeliegende Angebotsbewertung gehe jedoch von einem Wert über 48.000 Sendungen aus. Zwecks Überprüfung werde die Vorlage der Testprozedur der B\*\*\* beantragt. Die Bewertung der Sendungsstücke habe maßgeblichen Einfluss auf die Bewertung des technischen Kriteriums.

- Bevorzugung des Bieters B\*\*\*:

In den Briefzentren des Auftraggebers werde das Lese- und Codierungssystem ORCA von der B\*\*\* eingesetzt. Für die reibungslose Funktion der Flatsorter müsse das eingesetzte Interface zum B\*\*\*-System passen. Der große Nachteil für die übrigen Bieter liege darin, dass die Erkennungsrate der eigenen Geräte vom Funktionieren des B\*\*\* Systems abhängig sei. Darüber hinaus sei auch bei der Fehlerbehebung eine Abhängigkeit von B\*\*\* gegeben. Dies könne Auswirkungen auf vereinbarte Pönalzahlungen haben, da die Bieter selbst keinen Einfluss auf die Bereitstellung der Information und Unterstützung durch die B\*\*\* haben würden.

Abgesehen davon sei die gesamte Ausschreibung auf Geräte der B\*\*\* ausgerichtet. Dies zeige sich etwa dadurch, dass die Adresslisten des Auftraggebers bisher von der B\*\*\* geliefert worden seien und auch weiterhin beibehalten werden sollen.

Ferner bestehe Grund zur Annahme, dass für die Erstellung der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen umfangreiche Vorarbeiten der B\*\*\* erfolgt seien, was wiederum einen Wettbewerbsvorteil der B\*\*\* darstelle.

Der **präsumtive Zuschlagsempfänger (präsumtiver Vertragspartner für den Abschluss der Rahmenvereinbarung)**, die B<sup>\*\*\*</sup>, vertreten durch Z<sup>\*\*\*</sup>, erstattete mit **Schriftsatz vom 3.8.2011** fristgerecht begründete Einwendungen iSd § 324 Abs. 3 BVergG.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte in seinem Schriftsatz im Wesentlichen vor, dass die Angebote des Antragstellers auszuschneiden gewesen seien und ihm somit die Antragslegitimation fehlen würde. Der Antragsteller sei nicht geeignet und habe insbesondere nicht die Befugnis zur Erbringung der gegenständlichen Leistung.

Sein eigenes Angebot sei ausschreibungskonform und inhaltlich richtig. Er sei weder unmittelbar noch mittelbar an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren beteiligt gewesen. Die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers sei vergaberechtskonform.

Mit **Schriftsatz vom 4.8.2011** nahm der **Auftraggeber** zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen Stellung wie folgt:

Dem Antragsteller fehle es unter anderem an der Gewerbeberechtigung "Mechatronik oder verwandte Gewerbe" gemäß Pkt. 6.2 der Teilnahmebedingungen. Der hiezu im Teilnahmeantrag namhaft gemachte Subunternehmer C<sup>\*\*\*</sup> (im Folgenden C<sup>\*\*\*</sup>) verfüge ebenfalls nicht über eine solche Befugnis. Schlussendlich mangle es der C<sup>\*\*\*</sup> an der Zuverlässigkeit, da diese Leistungen anbiete, zu welchen sie nicht befugt sei. Der Auftraggeber habe dem Antragsteller mit der Bekanntgabe des beabsichtigten Abschlusses der Rahmenvereinbarung mit der B<sup>\*\*\*</sup> mitgeteilt, dass der Bestbieter B<sup>\*\*\*</sup> die meisten Punkte im Kriterium "technischer Wert" erzielt habe.

Das Angebot der A<sup>\*\*\*</sup> sei teurer als jenes des Bestbieters gewesen (dies sowohl beim Gesamtpreis als auch beim Gesamtpreis inkl. der Optionen). Die von der A<sup>\*\*\*</sup> angebotene Technik sei weniger zufriedenstellend als jene des Bestbieters gewesen. Lediglich die Lieferfristen seien mit jenen des Bestbieters ident gewesen. Im Ergebnis habe der Antragsteller daher mit seinem Angebot unterliegen müssen.

Der **Antragsteller** erstattete mit **Schriftsatz vom 26.8.2011** eine weitere Stellungnahme, in der er im Wesentlichen vorbrachte:

Die C\*\*\*, verfüge, wie sich aus dem beiliegenden Firmenbuchauszug mit Daten vom 25.8.2011 ergebe, über die Gewerbeberechtigung des reglementierten Gewerbes "Elektroniker und Elektromaschinenbauer". Neben dieser Gewerbeberechtigung sei auch eine Gewerbeberechtigung für ein freies Handelsgewerbe vorhanden. Im Zusammenhang mit dem Vorliegen der Gewerbeberechtigung sei auf das bisherige Vorbringen im Nachprüfungsantrag vom 28.7.2011 verwiesen. Die C\*\*\* sei zur Vornahme der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen auch im Rahmen der Nebenrechte nach § 32 Abs. 1 GewO berechtigt.

Gemäß Pkt. 6.2 der Teilnahmebedingungen seien zur Abgabe des Angebotes nur in den EWR-Mitgliedstaaten ansässige natürliche und juristische Personen berechtigt, die gemäß den Rechtsvorschriften ihres Heimatstaates zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugt seien.

Eine vergaberechtskonforme Interpretation dieser Bestimmung könne nur zu dem Ergebnis führen, dass die A\*\*\* zur Legung eines Angebotes berechtigt sei. Das Adjektiv "ansässig" bedeute dem Duden zufolge "mit festem Wohnsitz wohnend, lebend". Dem Wortlaut zufolge beziehe sich diese Formulierung ausschließlich auf den Wohnsitz natürlicher Personen. Juristische Personen seien von dem Begriff "ansässig" nicht erfasst. Der Firmensitz sei offenbar nicht gemeint, da diesfalls eine entsprechende Formulierung gewählt worden wäre. Demzufolge sei das Angebot des Antragstellers mit zahlreichen Niederlassungen in der EU zulässig. Verwiesen werde auf den Jahresbericht der A\*\*\* und die Jahresabschlüsse der A\*\*\*. Die A\*\*\* beschäftige weltweit 142.000 Mitarbeiter, von denen zumindest 2,4% auf Europa entfallen würden.

Im Angebot sei überdies die C\*\*\* mit Sitz in Österreich als Vertretung des Antragstellers angeführt worden. Überdies würden Unternehmen in mehreren europäischen Ländern zur Konzernstruktur des Antragstellers gehören.

In diesem Zusammenhang sei auf das GPA (Government Procurement Agreement) hinzuweisen. Darin werde ausdrücklich festgehalten, dass weltweite Beschaffungsvorgänge in keinsten Weise diskriminierend gegenüber einzelnen Ländern oder Firmen erfolgen dürften.

Es sei kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, weshalb eine derartige Eingrenzung des Bietermarktes auf den EWR-Raum gerechtfertigt wäre.

In einer **Replik vom 26.8.2011** teilte der **Auftraggeber** mit:

Das Angebot des präsidentiven Zuschlagsempfängers sei infolge fehlender wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen.

Die ausgeschriebenen Tätigkeiten dürften nicht als gewerberechtliche Nebenrechte ausgeübt werden. Der Auftraggeber habe ausdrücklich die Gewerbeberechtigung für Mechatronik oder verwandte Gewerbe als Befugnisnachweis gefordert.

Zur mangelnden Zuverlässigkeit des Antragstellers sei darauf hinzuweisen, dass es einem Bieter an der Zuverlässigkeit mangle, wenn dieser trotz der Ruhendmeldung des Gewerbes Einkünfte aus dieser Tätigkeit beziehe.

Zur mangelnden Berechtigung der A\*\*\*, ein Angebot zu legen, sei auf die "EWR-Klausel" zu verweisen. Die entsprechende Bestimmung in den Teilnahmebedingungen stelle auf den Wohnsitz natürlicher Personen sowie auf den Firmensitz juristischer Personen ab, da letztere auch ausdrücklich angeführt würden.

Dass die A\*\*\* nach eigenen Aussagen Mitarbeiter in Europa beschäftige und am europäischen Markt auftrete, könne nicht darüber hinwegtäuschen, dass die A\*\*\* ihren Firmensitz ausschließlich in XXX und daher nicht in einem EWR-Mitgliedstaat habe. Die A\*\*\* sei daher gemäß den Teilnahmebedingungen zur Angebotslegung nicht berechtigt gewesen.

Die C\*\*\* sei als Subunternehmer der A\*\*\* genannt gewesen. Die C\*\*\* sei ein eigenständiges, nicht in die Konzernstruktur der A\*\*\* eingegliedertes Unternehmen.

Es sei daher im Hinblick auf die oben zitierte wiedergegebene Berechtigung zur Angebotslegung unerheblich, dass sich der Subunternehmer C\*\*\* als "Vertretung" der A\*\*\* bezeichne. Das Angebot sei - entgegen den bestandsfesten Teilnahmebedingungen - von der nicht in einem EWR-Mitgliedstaat ansässigen A\*\*\* gelegt worden. In der europaweiten Bekanntmachung der Auftragsvergabe sei ausdrücklich festgehalten worden, dass der gegenständliche Auftrag nicht unter das Beschaffungsübereinkommen (GPA) falle.

Aber selbst wenn das GPA anzuwenden gewesen wäre, sei gemäß Art. XX GPA ein Widerspruchsverfahren vorgesehen, welches innerhalb einer Frist von 10 Tagen ab Kenntnis der Rechtswidrigkeit einzuleiten gewesen wäre.

Überdies handle es sich beim GPA um einen völkerrechtlichen Vertrag, der für den einzelnen Staatsbürger keine unmittelbare Wirkung entfalte, da dieser kein Völkerrechtssubjekt sei.

Die Prüfung des Teilnahmeantrages der B\*\*\* habe das Vorliegen ihrer wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit ergeben.

Mit einem weiteren **Schriftsatz vom 6.9.2011** brachte der **Auftraggeber** vor, dass der Antragsteller die ihm bereits ohnehin bekannte Vergabesumme errechnen bzw. verifizieren habe können. Der Antragsteller habe mit seinem Schriftsatz selbst unter Beweis gestellt, dass er sehr wohl den Umgang mit der Preisberechnungsformel beherrsche. Auch aus diesem Grund sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Antragsteller nunmehr behaupte, dass er mit der bekannten Punktezahl und dem Preis nicht die (bereits bekannte) Vergabesumme errechnen bzw. verifizieren habe können.

Die Optionen seien voll umfänglich berücksichtigt worden und sei der Gesamtpreis inkl. aller Optionen bewertet worden.

Zum Vorwurf der ungerechtfertigten Bevorzugung des Bestbieters sei darauf zu verweisen, dass die Ausschreibungsunterlagen unangefochten geblieben und daher in Bestandskraft erwachsen seien. Der Auftraggeber habe sich mit der

ausgeschriebenen Leistung lediglich am Stand der Technik orientiert. Der Antragsteller hätte die seines Erachtens unvorteilhaften Ausschreibungsbedingungen, welche lediglich den Stand der Technik widerspiegeln würden, anfechten können.

Im Zuge der Angebotsprüfung seien keine spekulativen Preisansätze des Bestbieters zu erkennen gewesen.

In einer **Stellungnahme vom 13.9.2011** brachte der **präsumtive Zuschlagsempfänger** vor, dass gemäß Pkt. 6.2 der bestandfesten Teilnahmeunterlagen zur Abgabe eines Angebotes nur solche natürliche und juristische Personen berechtigt seien, welche in den EWR-Mitgliedstaaten ansässig seien. Der Antragsteller mit Sitz in XXX, sei daher vergaberechtskonform auszuschneiden gewesen.

Weiters sei gemäß Pkt. 6.2 der bestandfesten Teilnahmeunterlagen die Befugnis insbesondere durch Vorlage einer Gewerbeberechtigung für Mechatronik oder verwandte Gewerbe zu erbringen gewesen. Der Antragsteller mit Sitz in XXX, verfüge weder über die geforderte Befugnis noch habe er einen befugten Subunternehmer ordnungsgemäß namhaft gemacht. Das Angebot des Antragstellers sei daher mangels Befugnis auszuschneiden gewesen. Da dem Antragsteller weder ein Schaden drohe noch eingetreten sei, sei der Nachprüfungsantrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe vergaberechtskonform ordnungsgemäße Angebote gelegt, die auch ausschreibungskonform bewertet worden seien.

In einer weiteren **Stellungnahme vom 4.10.2011**, beim Bundesvergabeamt außerhalb der Amtsstunden um 21.50 Uhr eingelangt, brachte der **Antragsteller** vor:

Der Auftraggeber hätte im Bezug auf das Angebot der B\*\*\* eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen gehabt. Diese sei unterblieben. Der Preis des Letztangebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe den Preis des Erstangebotes um mehr als 30% unterschritten, obgleich in den

Ausschreibungunterlagen während der Verhandlungen keine wesentlichen Veränderungen vorgenommen worden seien.

Neben den bisher aufgezählten Versäumnissen des Auftraggebers sei das Vergabeverfahren auch deshalb zu widerrufen, da dem Antragsteller im Rahmen der Besprechungen zwischen E\*\*\* (Post AG) und F\*\*\* am 24.5.2011 nachweislich in Aussicht gestellt worden sei, dass es für den Fall einer Reduktion seines Angebotspreises um 10% s sehr wahrscheinlich sei, dass er den Auftrag erhalten würde. Dieses Gespräch zeige deutlich, dass derartige - schlichtweg unzulässige Besprechungen - mit Sicherheit nicht nur mit dem Antragsteller geführt worden seien.

Weiters sei es zu Unregelmäßigkeiten beim Testverfahren eines anderen Bieters gekommen.

Am **5.10.2011** fand eine **mündliche Verhandlung** vor dem Bundesvergabebeamten statt, in der die Parteien im Wesentlichen ergänzend vorbrachten:

Die Parteien verwiesen - abgesehen von dem am 4.10.2011, 21.50 Uhr, beim BVA eingelangten Schriftsatz des Antragstellers, der ihnen bis dato noch nicht zugänglich war - auf ihr Vorbringen in den Schriftsätzen.

Auftraggebervertreter: Selbst wenn das im Schriftsatz des Antragstellers vom 4.10.2011 genannte Gespräch auf die dargestellte Art und Weise stattgefunden hätte, was bestritten werde, hätte es sich hierbei um keine unstatthafte Vorgangsweise gehandelt. Als Termin für die Abgabe des "last and best offers" sei der 10.6.2011 vorgesehen gewesen, somit ein Datum nach dem angeblichen Datum des Gespräches vom 24.5.2011. Die "last and best offers" seien am 10.6.2011 eingelangt (siehe Vergabeakt). Der Gesprächsinhalt sei daher als zulässige Anregung zu einer Senkung des Angebotspreises im Hinblick auf das abzugebende "last and best offer" zu sehen.

Der Unterzeichner der eidesstattlichen Erklärung, (F\*\*\*), gebe nicht einmal an, dass ihm Preise der Konkurrenz zugänglich gemacht worden seien (siehe Pkt. 2 "probably").

Antragsteller (G<sup>\*\*\*</sup>): Beim Unterzeichner der Erklärung handle es sich um einen externen Berater der A<sup>\*\*\*</sup>.

Die Vorsitzende weist darauf hin, dass das Vorbringen des Antragstellers, wonach die Ausschreibung auf B<sup>\*\*\*</sup> Produkte abstellen würde, im Zuge einer fristgerechten Bekämpfung der Ausschreibung geltend zu machen gewesen wäre.

Der Auftraggebervertreter gibt auf Frage des Antragstellervertreeters an, dass im Bezug auf das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei. Die Preise seien betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar gewesen.

Der Antragstellervertreter richtet an den Auftraggeber (H<sup>\*\*\*</sup>), die Frage, inwiefern es betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei, dass für eine Option ein "Minuspriis" veranschlagt werde.

Auftraggeber (H<sup>\*\*\*</sup>): Ihres Wissens nach habe dies eine technische Komponente, Näheres könne sie hiezu allerdings nicht sagen. Sie sei Juristin und mit der Preisprüfung konkret nicht befasst gewesen. Auch im Falle, dass die Option außer Acht gelassen worden wäre, hätte sich kein Bietersturz ergeben.

Der Antragstellervertreter repliziert, dass eine Option, die zu einem Minuspriis von Euro 800.000,- führe, als auffälliger Priis iSd § 268 BVergG anzusehen sei und deshalb zu einer vertieften Angebotsprüfung zu führen gehabt hätte. Allein die Unterlassung einer vertieften Angebotsprüfung habe zu einer Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu führen.

Der Auftraggebervertreter bringt vor, dass bezüglich der B<sup>\*\*\*</sup> eine Preisprüfung vorgenommen worden sei (Angebotsprüfungsprotokoll 14.6.2011) und sich keine Auffälligkeiten ergeben hätten.

## **2. Rechtliche Beurteilung:**

## **A. Zuständigkeit des Bundesvergabebesamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:**

Die Österreichische Post AG ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Österreichische Post AG ist ein öffentliches Unternehmen, das eine Sektorentätigkeit ausübt (§ 165 Abs. 1 BVergG).

Gemäß § 170 Abs. 1 BVergG sind Sektorentätigkeiten im Bereich der Post die Bereitstellung von Postdiensten und von sonstigen Diensten gemäß Abs. 4. Gemäß § 170 Abs. 2 sind Postdienste iSd Abs. 1 Dienste, die die Abholung, das Sortieren, den Transport und die Zustellung von Postsendungen betreffen. Die Österreichische Post AG ist somit gegenständlich jedenfalls als Sektorenauftraggeber tätig.

Der gegenständliche Auftrag wurde als Lieferauftrag iSd § 5 iVm § 174 BVergG ausgeschrieben und als solcher EU-weit bekannt gemacht. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines Verhandlungsverfahrens nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb abgewickelt wird.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG.

Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig und das Bundesvergabebesamt zu dessen Behandlung zuständig.

## **B. Zu den Anträgen im Einzelnen**

### **a) Zu Spruchpunkt I:**

Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber vorgenommenen Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers war Gegenstand eines unter der GZ N/0072-BVA/14/2011 am 28.7.2011 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahrens.

Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung des Antragstellerangebotes stellt im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, in dem die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt wird, eine Vorfrage dar. Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers durch den Auftraggeber wurde vom Bundesvergabebeamten nach Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens als rechtmäßig erkannt und der Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung des Ausscheidens seines Angebotes vom 28.7.2011 mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 20.10.2011, GZ N/0072-BVA/14/2011-40, abgewiesen.

Die rechtliche Begründung des zitierten Bescheides zur Begründung der Abweisung des Nachprüfungsantrages des Antragstellers ("zu Spruchpunkt I") lautete wie folgt:

*Pkt. 6.2, 1. Satz der Teilnahmebedingungen lautet: "Zur Abgabe eines Angebotes berechtigt sind nur in den EWR-Mitgliedsstaaten ansässige natürliche und juristische Personen, die gemäß den Rechtsvorschriften ihres Heimatstaates zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugt sind".*

*Die Ausschreibung wurde innerhalb der in § 321 BVergG normierten Frist nicht angefochten. Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach in ihrer Gesamtheit, somit einschließlich der vorstehend wiedergegebenen Regelung des Pkt. 6.2 der Teilnahmebedingungen, bestandsfest geworden (vgl. VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28 uva).*

*Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandskräftige Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar (vgl. auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; BVA 23.9.2011, N/0067-BVA/09/2011-21 uva). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung.*

Beim angebotslegenden Antragsteller handelt es sich um keine in einem EWR-Mitgliedstaat ansässige natürliche oder juristische Person iSd Ausschreibungsvorgabe:

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 und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. 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 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl. auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8).

Unter Zugrundelegung der anzuwendenden, oben wiedergegebenen Interpretationsgrundsätze ergibt sich schon aus dem ausdrücklichen und unmissverständlichen Wortlaut der konkret zu beurteilenden Ausschreibungsbestimmung des Pkt. 6.2, 1. Satz der Teilnahmebedingungen, dass sich das für eine zulässige Angebotslegung normierte Erfordernis der Ansässigkeit in einem EWR-Mitgliedsstaat auch auf juristische Personen erstreckt.

Der zunächst unternommene Versuch des Antragstellers, die in den Teilnahmebedingungen vorgenommene Beschränkung der Zulässigkeit der Angebotslegung auf in den EWR-Mitgliedsstaaten ansässige Personen auf natürliche Personen reduzieren zu wollen, ist verfehlt. Eine solche Deutung geht schon deshalb ins Leere, da in der maßgeblichen, bestandsfest gewordenen Regelung des Pkt. 6.2, 1. Satz der Teilnahmebedingungen neben natürlichen Personen explizit auch juristische Personen genannt werden. Unter in den EWR-Mitgliedsstaaten ansässigen natürlichen und juristischen Personen iSd zitierten Ausschreibungsregelung sind demnach - je nachdem, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person handelt - solche Personen zu verstehen, die ihren Wohnsitz in einem EWR-Mitgliedstaat haben (natürliche Personen) bzw. Personen, die ihren firmenmäßigen Sitz in einem EWR-Mitgliedsstaat haben (juristische Personen).

Würde man der gegenteiligen - im Widerspruch zur bestandfesten Ausschreibungsregelung stehenden und damit abzulehnenden - Auffassung des Antragstellers folgen, würde dies bedeuten, dass ausschließlich physische Personen für eine Angebotslegung in Frage kämen, da laut Antragsteller nur natürliche Personen ansässig sein können. Für ein solches Auslegungsergebnis lassen die Ausschreibungsbestimmungen keinen Raum. Nicht nur, dass, wie bereits erwähnt, die Regelung des Pkt. 6.2, 1. Satz der Teilnahmebedingungen eine Auslegung in diese Richtung verbietet, folgt dies darüber hinaus etwa auch aus Pkt. 6.2 letzter Absatz der Teilnahmebedingungen. Pkt. 6.2, letzter Absatz der Teilnahmebedingungen lautet: "Bewerber, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, haben ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls vor Ablauf der Teilnahmefrist einzuleiten (siehe §§ 373a, 373b, 373c und 373d GewO)". Der ausdrückliche Verweis auf - u.a. die Regelung des § 373a der Gewerbeordnung, deren Abs. 3 zufolge Abs. 1 und Abs. 2 des § 373a auch für Gesellschaften iSd Art. 34 des EWR-Abkommens, die nach den Rechtsvorschriften einer EWR-Vertragspartei gegründet wurden und ihren satzungsgemäßen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem EWR-Vertragsstaat haben, gelten, stellt außer Zweifel, dass sich die Regelungen

des Pkt. 6.2 der Teilnahmebedingungen auf natürliche und juristische Personen in gleicher Weise beziehen.

Am Rande wird bemerkt, dass eine - von der Ausschreibung nicht gedeckte - Nichtzulassung juristischer Personen zur Angebotslegung den tatsächlichen Gegebenheiten des Wirtschaftslebens zuwiderlaufen würde, da damit faktisch alle von natürlichen Personen verschiedenen Rechtssubjekte von einer Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen wären.

In diesem Sinne distanzierte sich der Antragsteller - nachdem er sich der Existenz einer "Niederlassung" in Norwegen bewusst geworden war - schließlich selbst von seinem Vorbringen, wonach die EWR-Klausel nur für natürliche Personen gelten sollte (siehe mündliche Verhandlung).

Wie bereits eingangs festgehalten wurde, ist die A<sup>\*\*\*</sup>, die im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt hat, kein im EWR-Raum ansässiges Unternehmen iSd Ausschreibungserfordernisses. Das Angebot des Antragstellers steht somit im Widerspruch zu Pkt. 6.2, 1. Satz der Teilnahmebedingungen und stellt somit ein ausschreibungswidriges Angebot iSd § 269 Abs. 1 Z 5 1. Fall BVergG dar.

An diesem Ergebnis vermag auch das vom Antragsteller ins Treffen geführte Argument nichts zu ändern, dass er über Niederlassungen in der EU verfüge und zumindest 2,4% seiner weltweit beschäftigten Mitarbeiter auf Europa entfallen sollen. Dies vermag nämlich nicht über den Umstand hinweg zu täuschen, dass es sich bei allfälligen Niederlassungen in der EU in jedem Fall um vom Angebotsleger verschiedene eigenständige Rechtssubjekte handelt. So gesteht der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 14.10.2011 selbst zu, dass es sich bei seinen Tochterunternehmen innerhalb der EU bzw. des EWR "per Definition um rechtlich eigenständige Unternehmen handle". Das zu beurteilende Angebot wurde jedoch definitiv von der A<sup>\*\*\*</sup>, und damit nicht von einer (europäischen) Niederlassung des Antragstellers gelegt.

Gleiches gilt auch für die vom Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 4.10.2011 ins Treffen geführte "Niederlassung" der A<sup>\*\*\*</sup> in Norwegen. Bemerkenswert ist zunächst,

dass sich der Antragsteller erstmalig und erst wenige Stunden vor der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten - offenbar nachdem die "EWR-Klausel" der Teilnahmebedingungen in den Schriftsätzen des Auftraggebers intensiv thematisiert worden war - der Existenz einer solchen "Niederlassung" erinnert hat. Aber auch dieses Vorbringen sowie der Auszug aus dem norwegischen "Bronnoysundregistrene" über die A\*\*\* samt angeschlossener Übersetzung in die deutsche Sprache führen zu keiner abweichenden Sichtweise, sondern bestätigen das oben skizzierte Ergebnis.

Wie schon der Registerauszug darauf hindeutet, handelt es sich bei der A\*\*\* um ein lediglich in Norwegen registriertes ausländisches Unternehmen, das jedoch über keinen eigenen Standort in Norwegen verfügt (Vgl. "Gesellschaftsform: In Norwegen registriertes ausländisches Unternehmen"). Dieses ausländische Unternehmen hat am Sitz eines anderen Unternehmens, der I\*\*\* - die über eine von der A\*\*\* verschiedene Firmenbuchnummer verfügt - lediglich eine Postadresse (Postfach XXX). So wurde dem Bundesvergabebeamten auch von der königlichen norwegischen Botschaft Wien bestätigt, dass die A\*\*\* zwar in Norwegen als Firma registriert ist, dort jedoch über keinen eigenen Standort verfügt.

Ist ein Unternehmen aber selbst nicht ansässig, liegt es auf der Hand, dass dieses Unternehmen einem anderen Unternehmen ebenso keine Ansässigkeit vermitteln kann. Schon im Hinblick darauf ist der Verweis des Antragstellers auf die A\*\*\* nicht dazu geeignet, ein Ansässigkeitserfordernis im EWR-Raum zu begründen.

Sieht man einmal davon ab, tritt noch folgender Umstand hinzu, der eine erfolgreiche Berufung des Antragstellers auf die A\*\*\* zur Begründung des Ansässigkeitserfordernisses im EWR-Raum von vorne herein scheitern lässt. Die laut Registerauszug am 18.5.2009 in das "Enhetsregisteret" eingetragene A\*\*\* weist, wie aus der beglaubigten deutschen Übersetzung des Registerauszuges hervorgeht, die gesellschaftsrechtliche Organisationsform einer Aktiengesellschaft (Aksjeselskap) auf. Bei einer Aksjeselskap handelt es sich, wie auch die Rechtsauskunft der königlichen norwegischen Botschaft Wien bestätigt, um ein selbständiges Rechtssubjekt. Das Bemühen des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung und in seinem ergänzenden Schriftsatz vom 17.10.2011, die A\*\*\* als lediglich rechtlich

*unselbständige (Zweig) Niederlassung des Antragstellers erscheinen zu lassen, ist somit verfehlt. In Bezug auf die A\*\*\* gilt somit das bereits oben Gesagte, dass es sich um ein vom Bieter, der A\*\*\*, verschiedenes Rechtssubjekt handelt. Dies dürfte letztlich aber ohnedies auch dem Antragsteller bewusst sein (vgl. "Bieterin und Antragstellerin sei stets die A\*\*\*\*", Verhandlungsschrift Seite 10).*

*Schließlich vermag auch die Tatsache, dass die vom Antragsteller als Subunternehmer namhaft gemachte C\*\*\*, in seinem Angebot als dessen rechtsgeschäftlicher Vertreter angegeben wurde, keine abweichende Sichtweise zu begründen. Indem der Antragsteller seinen Subunternehmer zu seiner rechtsgeschäftlichen Vertretung einsetzt, bringt er selbst zum Ausdruck, dass die C\*\*\* als ein von ihm - als Angebotsleger - zu unterscheidendes Rechtssubjekt zu qualifizieren ist, das - und dies wiederum in seiner Eigenschaft als eigenständiges Rechtssubjekt - darüber hinaus als sein Subunternehmer tätig werden soll.*

*Gemäß § 269 Abs. 1 Z 5, 1. Fall BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich u.a. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden.*

*Der Auftraggeber stützte das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers auf den Ausscheidenstatbestand des § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG (Verpflichtung zum Ausscheiden von Angeboten von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, siehe unter 1. Sachverhalt).*

*Nach der Judikatur des VwGH (VwGH 12.5.2011, ZI. 2007/04/0012), kann die Vergabekontrollbehörde bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer vom Auftraggeber bekannt gegeben Ausscheidensentscheidung auch Ausscheidensgründe, die der Auftraggeber der Ausscheidung nicht zugrunde gelegt hat, berücksichtigen. Dies unter der Voraussetzung, dass dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit dieser Ausscheidensgründe anzuzweifeln (vgl. das oben zit. VwGH-Erkenntnis mit Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH 28.3.2007, ZI. 2005/04/0200, mit weiterem Hinweis*

auf das Urteil des EuGH "Hackermüller" sowie auf die Erkenntnisse des VwGH 28.3.2008, ZI. 2005/04/0025; 1.10.2008, ZI. 2005/04/0233).

Die Thematik der "EWR-Klausel", Pkt. 6.2, 1. Satz der Teilnahmebedingungen, war Thema der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt. Der Antragsteller wurde in der mündlichen Verhandlung von der Behörde darauf hingewiesen, dass im Bezug auf sein Angebot der Ausscheidenstatbestand des § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG (Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes) verwirklicht sein könnte und dass das Bundesvergabeamt in diesem Falle die Heranziehung des Ausscheidenstatbestandes des § 269 Abs. 1 Z 5, 1. Fall BVergG beabsichtige. Der Antragsteller hatte somit bereits in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit, die Stichhaltigkeit der ihm vom Bundesvergabeamt vorgehaltenen Ausschreibungswidrigkeit seines Angebotes anzuzweifeln und hiezu Stellung zu nehmen (vgl. hiezu unter "Vorbringen in der mündlichen Verhandlung", Pkt. 1, Sachverhalt). Darüber hinaus wurde dem Antragsteller ab dem Zeitpunkt des entsprechenden Vorhaltes in der mündlichen Verhandlung iSd Ausführungen des VwGH in seinem Erkenntnis vom 12.5.2011, ZI. 2007/04/0012, eine ausreichende, nach dem Maßstab der Anfechtungsfrist des § 321 BVergG zu bemessende, somit 10-tägige Frist zu einer (weiteren) Stellungnahme eingeräumt.

Der Antragsteller machte hiervon mit Schriftsatz vom 17.10.2011 Gebrauch. Die in diesem Schriftsatz - wie auch die im beim Bundesvergabeamt am 19.10.2011 eingelangten Schriftsatz vom 14.10.2011 - getätigten Ausführungen (siehe unter 1. Sachverhalt), vermögen jedoch zu keiner geänderten Beurteilung zu führen.

Die Vorliegen des vom Bundesvergabeamt zur Begründung der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Antragstellerangebotes herangezogenen Ausscheidenstatbestandes der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes iSd § 269 Abs. 1 Z 5, 1. Fall ergibt sich für die Behörde erkennbar bereits aus der Aktenlage (vgl. VwGH 12.5.2011, ZI. 2007/04/0012).

Zu den Ausführungen des Antragstellers, wonach der Auftraggeber auf die Geltendmachung des Ausscheidensgrundes der Nichtansässigkeit des Antragstellers und Angebotslegers im EWR-Raum verzichtet haben soll, ist darauf zu verweisen, dass es nicht in das Belieben des Auftraggebers gestellt ist, von der Wahrnehmung

eines (obligatorischen) Ausscheidenstatbestandes Gebrauch zu machen. Bei Verwirklichung eines (obligatorischen) Ausscheidenstatbestandes ist der Auftraggeber iSd Gleichbehandlung der Bieter zum Ausscheiden eines hievon betroffenen Angebotes verpflichtet.

Der Auftraggeber war auch nicht zur Durchführung eines Aufklärungsverfahrens iSd § 126 Abs. 1 BVergG verhalten. Aufgrund des objektiven Erklärungswertes des Angebotes des Antragstellers war für den Auftraggeber klar und unmissverständlich ersichtlich, dass das Angebot von einem in Japan ansässigen Unternehmen abgegeben wurde. Eine aufklärungsbedürftige Unklarheit, die ein Aufklärungsverfahren gemäß § 126 Abs. 1 BVergG auszulösen gehabt hätte, lag sohin nicht vor.

Angesichts der sich aus der bestandsfesten Regelung des Pkt. 6.2 der Teilnahmebedingungen ergebenden Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes des Antragstellers und des damit im Ergebnis zu Recht erfolgten Ausscheidens seines Angebotes durch den Auftraggeber, waren Fragen im Bezug auf das vom Antragsteller ins Treffen geführte Government Procurement Agreement (GPA), Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, ABI 1994/L 336/273 (englische Fassung) bzw. ABI 1996/C 265/2 (deutsche Fassung), nicht mehr aufzugreifen.

Abgesehen davon ist festzuhalten, dass eine allfällige, mit den Regelungen des GPA nicht im Einklang stehende Ausschreibungsregelung der Begrenzung potenzieller Bewerber bzw. Bieter auf im EWR-Raum ansässige Unternehmen ebenso durch fristgerechte Anfechtung der entsprechenden Ausschreibungsbestimmung (§ 321 BVergG) geltend gemacht werden hätte müssen. Im Übrigen sieht auch das GPA die Geltendmachung von Rechtsverstößen in einem (fristgebundenen) Rechtsschutzverfahren vor. Die gebotene Vorgangsweise der (fristgerechten) Geltendmachung allfälliger GPA-Widrigkeiten erklärt sich schon daraus, dass das GPA, als plurilateraler Staatsvertrag, keine unmittelbare Wirkung für die Staatsangehörigen (Rechtsunterworfenen) entfaltet. So stellt der Rat in der Präambel des Genehmigungsbeschlusses 94/800/EG indirekt auch für das GPA fest, dass dieses nicht so angelegt ist, "dass es unmittelbar vor den Rechtsprechungsorganen

*der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten angeführt werden kann" (siehe dazu den 11. Erwägungsgrund in 94/800/EG). Im Übrigen verneinte der EuGH im Zusammenhang mit dem multilateralen GATT (Anm.: Beim 1996 in Kraft getretenen GPA handelt es sich um das Nachfolgeabkommen zum sog. "GATT-Kodex") bereits im Jahr 1972 die Einräumung eines subjektiven Rechts, sich auf die Bestimmungen des Abkommens zu berufen (vgl. EuGH 12.12.1992, RS 21-24, International Fruit Company).*

*Abschließende Schlussfolgerungen:*

*Da das Angebot des Antragstellers bereits im Hinblick auf das Vorliegen des Ausscheidenstatbestandes der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes (§ 269 Abs. 1 Z 5, 1. Fall BVergG) auszuschneiden war, erfolgte das Ausscheiden des Angebotes durch den Auftraggeber im Ergebnis zu Recht. Auf den vom Auftraggeber zur Begründung seiner Ausscheidensentscheidung heran gezogenen Tatbestand der mangelnden Befugnis iSd § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG (fehlender gewerberechtl. Geschäftsführer des vom Antragsteller namhaft gemachten Subunternehmers etc., siehe unter 1. Sachverhalt), war daher nicht mehr einzugehen.*

Wie sich aus obigen Ausführungen ergibt, wurde das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden und kam somit für eine Zuschlagserteilung von vornherein nicht in Betracht. Somit konnte dem Antragsteller aus seinem – zu Recht erfolgten Ausscheiden – aber auch kein Schaden erwachsen.

Mangelt es einem Angebot aber bereits an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der VwGH bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd § 320 Abs. 1 BVergG zu verneinen (vgl. VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039 ua; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; BVA 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29; BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78, N/0100-BVA/09/2008-18 uva).

Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG fehlt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

**b) Zu Spruchpunkt II:**

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG).

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren (Auferlegung an den Auftraggeber) war daher abzuweisen.

Wien, am 20. Oktober 2011

Die Vorsitzende des Senates 14

Mag. Ilse Lesniak