

TE Verg Bescheid 2011/10/20 N/0072-BVA/14/2011-40

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.10.2011

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §269 Abs1 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 269 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

Text

BESCHEID

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: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 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 Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 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:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung, Ausscheidung des Angebots, mitgeteilt am 18. Juli 2011, im Vergabeverfahren Flatsortieranlagen der Österreichischen Post AG für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

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

Begründung

1. 1.Ziffer eins

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***, 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***, mit, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit der B*** abzuschließen. Ebenfalls mit Telefax vom 18.7.2011 setzte der Auftraggeber die A***, vom Ausscheiden ihres Angebotes wie folgt in Kenntnis:

"Nach eingehender Prüfung dürfen wir Ihnen mitteilen, dass das Angebot der A*** 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*** (in der Folge "C***"). Gemäß § 289 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 (in der Folge "BVergG") 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. Die zwingende Ausscheidung Ihres Angebotes begründet sich im Wesentlichen aus der mangelnden Eignung Ihrer Subunternehmerin C*** (in der Folge "C***"). Gemäß Paragraph 289, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (in der Folge "BVergG") 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 Subunternehmerin C***, im Speziellen D***, namhaft gemacht. D*** wurde überdies in der Beilage 5.1 Ihres Teilnahmeantrages mit der Bezeichnung "Auszug aus dem Gewerberegister 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 gewerberechtlichen Geschäftsführer. Die C*** verfügt derzeit nicht über einen gewerberechtlichen 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 Subunternehmerin 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. 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 Subunternehmerin 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 Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 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 Gewerberecht) hätten Sie einen "historischen" Gewerberegisterauszug für die C*** verlangt, obwohl ausdrücklich aktuelle Nachweise beizubringen waren. Diese Forderung könnte offenkundig dazu gedient haben, D*** als gewerberechtlichen 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". 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 Gewerberecht) hätten Sie einen "historischen" Gewerberegisterauszug für die C*** verlangt, obwohl ausdrücklich aktuelle Nachweise beizubringen waren. Diese Forderung könnte offenkundig dazu gedient haben, D*** als gewerberechtlichen 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 Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 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 Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber gestellt (siehe Spruchpunkt II). 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 römisch eins wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber gestellt (siehe Spruchpunkt römisch zwei).

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

Der Antragsgegner führe ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung für 6 Flatsortieranlagen durch.

Der Antragsteller verfüge über eine Vielzahl an Niederlassungen in der EU und habe bereits umfangreiche Leistungen für die Post AG erbracht.

Der Antragsteller habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Die Letztangebotsfrist habe am 10.6.2011 geendet.

Mit Schreiben vom 18.7.2011 habe der Antragsgegner den Antragsteller darüber in Kenntnis gesetzt, dass sein Angebot ausgeschieden werden solle. Mit einem weiteren Schreiben desselben Tages sei ihm mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit der B*** abzuschließen. Begründet worden sei die Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen mit der mangelnden Eignung des Subunternehmers C***.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in seinem Recht auf Nichtausscheiden seines Angebotes verletzt.

Der Ausscheidenstatbestand der mangelnden Eignung seines Subunternehmers sei nicht verwirklicht. Die C*** habe am 24.3.1995 das Gewerbe der Elektroniker und Elektromaschinenbauer angemeldet. Am 28.8.2008 sei D*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer aus dem Unternehmen ausgeschieden. Das Ausscheiden des gewerberechtlichen Geschäftsführers führe noch nicht automatisch zu einer Ruhendstellung der Gewerbeberechtigung. Die für die Ruhendstellung der Gewerbeberechtigung gesondert erforderliche Anzeige sei am 27.11.2008 erfolgt und von der WKNÖ bestätigt worden. Ein etwaiger Wiederbetrieb sei binnen 3 Wochen nach Aufnahme der Tätigkeit gemäß § 93 GewO anzuzeigen. Das Ruhen der Gewerbeberechtigung für sich alleine sei nicht geeignet, das Ausscheiden eines Bieters vom Vergabeverfahren zu begründen, da eine temporäre Nichtausübung einer ordnungsgemäß erworbenen Befugnis nicht bedeute, dass die Befugnis als solche verloren gehe. Die Wiederaufnahme einer ruhend gestellten Gewerbeberechtigung sei binnen 3 Wochen der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft anzuzeigen. Eine Ausübung ohne rechtzeitige Anzeige stelle jedoch keine unbefugte Gewerbeausübung dar, sondern führe lediglich zu einer Verwaltungsstrafe. Auch die Zuverlässigkeit der C*** sei gegeben. Der Antragsteller habe sich auch keiner falschen Erklärung schuldig gemacht. Weder im Teilnahmeantrag noch im Angebot sei D*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer namhaft gemacht worden. Es sei ausschließlich E*** als Geschäftsführerin angeführt worden. Der Ausscheidenstatbestand der mangelnden Eignung seines Subunternehmers sei nicht verwirklicht. Die C*** habe am 24.3.1995 das Gewerbe der Elektroniker und Elektromaschinenbauer angemeldet. Am 28.8.2008 sei D*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer aus dem Unternehmen ausgeschieden. Das Ausscheiden des gewerberechtlichen Geschäftsführers führe noch nicht automatisch zu einer Ruhendstellung der Gewerbeberechtigung. Die für die Ruhendstellung der Gewerbeberechtigung gesondert erforderliche Anzeige sei am 27.11.2008 erfolgt und von der WKNÖ bestätigt worden. Ein etwaiger Wiederbetrieb sei binnen 3 Wochen nach Aufnahme der Tätigkeit gemäß Paragraph 93, GewO anzuzeigen. Das Ruhen der Gewerbeberechtigung für sich alleine sei nicht geeignet, das Ausscheiden eines Bieters vom Vergabeverfahren zu begründen, da eine temporäre Nichtausübung einer ordnungsgemäß erworbenen Befugnis nicht bedeute, dass die Befugnis als solche verloren gehe. Die Wiederaufnahme einer ruhend gestellten Gewerbeberechtigung sei binnen 3 Wochen der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft anzuzeigen. Eine Ausübung ohne rechtzeitige Anzeige stelle jedoch keine unbefugte Gewerbeausübung dar, sondern führe lediglich zu einer Verwaltungsstrafe. Auch die Zuverlässigkeit der C*** sei gegeben. Der Antragsteller habe sich auch keiner falschen Erklärung schuldig gemacht. Weder im Teilnahmeantrag noch im Angebot sei D*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer namhaft gemacht worden. Es sei ausschließlich E*** als Geschäftsführerin angeführt worden.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 4.8.2011 zum Nachprüfungsantrag zusammengefasst 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***

(im Folgenden C***) verfüge ebenfalls nicht über eine solche Befugnis. Schlussendlich mangle es der C*** 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*** mitgeteilt, dass der Bestbieter B*** die meisten Punkte im Kriterium "technischer Wert" erzielt habe.

Das Angebot der A*** sei teurer als jenes des Bestbieters gewesen (dies sowohl beim Gesamtpreis als auch beim Gesamtpreis inkl. der Optionen). Die von der A*** 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.

In einem weiteren Schriftsatz vom 26.8.2011 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

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 erforderlichen Gewerbeberechtigung werde 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. 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 erforderlichen Gewerbeberechtigung werde 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 Paragraph 32, Absatz eins, 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 präsumtiven Zuschlagsempfängers sei auch infolge fehlender wirtschaftlicher und fehlender 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. 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 römisch 30 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. Aber selbst wenn das GPA anzuwenden gewesen wäre, sei gemäß Artikel römisch zwanzig, 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.

In einer weiteren Stellungnahme des Auftraggebers vom 29.9.2011 erfolgten Ausführungen im Bezug auf die Leistungsbeschreibung und auf die im Einzelnen vorzunehmenden Tätigkeiten sowie hierzu, dass eine Gewerbeberechtigung für Mechatronik oder verwandte Gewerbe unabdingbar sei.

Mit Schriftsatz vom 4.10.2011, beim Bundesvergabeamt außerhalb der Amtsstunden eingelangt um 21.47 Uhr, übermittelte der Antragsteller einen mit "Bronnoysundregistrere" überschriebenen Auszug aus dem norwegischen "Enhetsregisteret" zur Darlegung, dass er auch in Norwegen, einem Mitgliedstaat des EWR, ansässig sei und somit zur Angebotslegung berechtigt gewesen sei. Dem Registerauszug war eine mit "beglaubigte Übersetzung aus der norwegischen in die deutsche Sprache" überschriebene Übersetzung "Registerabschrift aus dem Einheitsregister" angeschlossen, die keinen Verfasser der Übersetzung erkennen ließ und lediglich mit Ort und Datum versehen war (Lassing, 4. Oktober 2011).

In seinem Schriftsatz vom 4.10.2011 brachte der Antragsteller vor, dass der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht habe, dass er mit dem Umstand einverstanden gewesen sei, dass der Antragsteller seinen Hauptsitz nicht in einem EWR-Staat habe. Der Auftraggeber habe auf die Ausscheidung des Angebotes verzichtet.

Am 5.10.2011 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien - soweit entscheidungsrelevant - ergänzend vorbrachten:

Antragstellervertreter auf Frage der Vorsitzenden, ob sein Vorbringen in den Schriftsätzen, wonach sich Pkt. 6.2, 1. Satz der Teilnahmebedingungen nur auf natürliche Personen beziehe, da nur solche ansässig sein könnten, aufrecht erhalten werde: Dieses Vorbringen werde insofern relativiert, als im Ausschreibungstext juristische Personen eigens genannt würden. Nunmehr konzentriere sich das Vorbringen zu dem in der zitierten Bestimmung vorgegebenen Erfordernis auf im EWR-Raum ansässige Personen (physische und juristische Personen) in gleicher Weise.

Antragstellervertreter: Beim Enhetsregisteret handle es sich um das Firmenbuch (nach österreichischer Terminologie). Ein Nachweis werde nachgereicht.

Hiezu wird eine Frist von einer Woche eingeräumt.

Die Vorsitzende weist darauf hin, dass die vom Antragsteller dem Auszug aus dem norwegischen Einheitsregister angeschlossene "beglaubigte Übersetzung aus der norwegischen in die deutsche Sprache" nicht einmal einen Urheber erkennen lasse.

Der Antragsteller legte dieselbe Urkunde nochmals vor, diesmal versehen mit einem Stempel einer allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Dolmetscherin für die norwegische Sprache. Diese Urkunde wird zum Akt genommen.

Der Auftraggebervertreter behält sich eine Erklärung zu dieser Urkunde vor.

Antragsteller (E***) auf Vorhalt der Vorsitzenden, dass als Gesellschaftsadresse der norwegischen Niederlassung die japanische Adresse des Antragstellers angegeben werde und für die A*** lediglich eine Postadresse (Postfach) bei einem anderen Unternehmen, der F***, angegeben sei, sodass es offensichtlich keine physische Niederlassung gebe: Die Mitarbeiter würden sich räumlich im Gebäude der F*** befinden. Der Mitarbeiterstand fluktuiere zwischen 10 und 15 Personen.

Der Antragstellervertreter sagt hiezu die Vorlage eines Nachweises, ebenso innerhalb der Frist von einer Woche, zu.

Antragstellervertreter: Unter den Angaben auf Seite 2 der deutschen Übersetzung zu "Angaben zur Gesellschaft" sei die Bieterin und Antragstellerin, A*** gemeint.

Antragstellervertreter zum Vorhalt der Vorsitzenden, dass die Gesellschaft der japanischen Gesetzgebung unterliegen solle: Offensichtlich beziehe sich das auf die norwegische Gesellschaft. Hierfür spreche auch das Eintragungsdatum 18.5.2009. Ebenso beziehe sich die Sprache "Norwegisch" auf die norwegische Gesellschaft. Klarstellend werde festgehalten, dass es sich um keine norwegische Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit handle, sondern um eine Zweigniederlassung der A***, mit Hauptsitz in XXX (der Bieterin und Antragstellerin). Antragstellervertreter zum Vorhalt der Vorsitzenden, dass die Gesellschaft der japanischen Gesetzgebung unterliegen solle: Offensichtlich beziehe sich das auf die norwegische Gesellschaft. Hierfür spreche auch das Eintragungsdatum 18.5.2009. Ebenso beziehe sich die Sprache "Norwegisch" auf die norwegische Gesellschaft. Klarstellend werde festgehalten, dass es sich um keine norwegische Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit handle, sondern um eine Zweigniederlassung der A***, mit Hauptsitz in römisch 30 (der Bieterin und Antragstellerin).

Mag. Pachner weist darauf hin, dass sich laut seiner Einschau im Internet keine Niederlassung der A*** in Norwegen befinden würde. Vor dem Zeitpunkt des gestrigen Schriftsatzes des Antragstellers gebe es keinerlei Hinweis auf eine im EWR-Raum vorhandene Niederlassung der A***. Sämtliche Unterlagen zum Angebot des Antragstellers und sämtliche Angaben im Angebot des Antragstellers (Firmenstempel, etc.) würden keinerlei Hinweis auf eine Existenz einer norwegischen Niederlassung liefern.

Der Antragstellervertreter verweist nochmals darauf, dass es sich bei der norwegischen Gesellschaft um eine rechtlich unselbstständige Zweigniederlassung der A*** handle. Bieterin und Antragstellerin sei stets die A***.

Die Vorsitzende weist den Antragsteller im Sinne der einschlägigen Judikatur des VwGH (12.5.2011, ZI2007/04/0012) darauf hin, dass sein Angebot unter dem Aspekt des Pkt. 6.2, 1. Satz der Teilnahmebedingungen - als ein von einem japanischen Bieter abgegebenes Angebot - ausschreibungswidrig sein könnte. Weiters drauf, dass in diesem Fall seitens des BVA zur Begründung der Rechtmäßigkeit der vom Auftraggeber vorgenommenen Ausscheidensentscheidung der Ausscheidenstatbestand des § 269 Abs. 1 Z 5 1. Fall BVergG (Ausschreibungswidrigkeit) heran gezogen werden könnte. Über die Möglichkeit der Einräumung zur Stellungnahme hiezu in der heutigen mündlichen Verhandlung hinaus wird dem Antragsteller im Sinne der Ausführungen des VwGH im zit. Erkenntnis eine 10-tägige Frist zur (schriftlichen) Stellungnahme eingeräumt. Die Vorsitzende weist den Antragsteller im Sinne der einschlägigen Judikatur des VwGH (12.5.2011, ZI. 2007/04/0012) darauf hin, dass sein Angebot unter dem Aspekt des Pkt. 6.2, 1. Satz der Teilnahmebedingungen - als ein von einem japanischen Bieter abgegebenes Angebot - ausschreibungswidrig sein könnte. Weiters drauf, dass in diesem Fall seitens des BVA zur Begründung der Rechtmäßigkeit der vom Auftraggeber vorgenommenen Ausscheidensentscheidung der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, 1. Fall BVergG (Ausschreibungswidrigkeit) heran gezogen werden könnte. Über die

Möglichkeit der Einräumung zur Stellungnahme hiezu in der heutigen mündlichen Verhandlung hinaus wird dem Antragsteller im Sinne der Ausführungen des VWGH im zit. Erkenntnis eine 10-tägige Frist zur (schriftlichen) Stellungnahme eingeräumt.

Der Antragstellervertreter nimmt dies zur Kenntnis.

Mit Telefax vom 6.10.2011 richtete das Bundesvergabeamt eine Anfrage an die königliche norwegische Botschaft Wien und ersuchte unter Anschluss des vom Antragsteller vorgelegten norwegischen Registerauszuges um Auskunftserteilung, ob es sich bei der A*** um ein in Norwegen registriertes ausländisches Unternehmen mit eigenem Standort handelt. Weiters hierzu, ob es sich bei einer norwegischen "Aksjeselskap" (Aktiengesellschaft) um eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (eigenständiges Rechtssubjekt) handelt.

Die königliche norwegische Botschaft Wien erteilte mit Telefax vom 6.10.2011 die Auskunft, dass die A*** in Norwegen als Firma registriert ist, aber dort über keinen eigenen Standort verfügt. Weiters wurde mitgeteilt, dass eine norwegische Aksjeselskap (AS), (Aktiengesellschaft), eine selbständige juristische Einheit darstellt.

Mit Schriftsatz vom 17.10.2011 übermittelte der Antragsteller ua Unterlagen zum Personalstand der A*** in englischer Sprache.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 17.10.2011 teilte der Antragsteller zum Vorhalt des Bundesvergabeamtes in der mündlichen Verhandlung betreffend den möglicher Weise vorliegenden Ausscheidenstatbestand der Ausschreibungswidrigkeit ("EWR-Klausel") im Wesentlichen mit:

Der konkreten Ausschreibungsbestimmung sei keine Konkretisierung oder Spezifikation der Qualität der Ansässigkeit zu entnehmen. Insbesondere werde nicht festgelegt, ob es sich um eine Hauptniederlassung handeln müsse oder ob Erscheinungsformen einer Gesellschaft, wie Zweig- oder Tochtergesellschaften ausgeschlossen seien. Bei der norwegischen Gesellschaft der A*** handle es sich um eine Zweigniederlassung des Antragstellers ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Es handle sich um ein in Norwegen registriertes ausländisches Unternehmen, womit das Erfordernis der Ansässigkeit in einem EWR-Mitgliedsstaat erfüllt sei.

In einem weiteren Schriftsatz vom 14.10.2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 19.10.2011, brachte der Antragsteller vor, dass das Ansässigkeitskriterium durch die Registrierung der Gesellschaft in Norwegen erfüllt sei. Die Ansässigkeit des Antragstellers im EWR werde auch durch zahlreiche Tochterunternehmen innerhalb der EU bzw. des EWR verdeutlicht. Dabei handle es sich per Definition um rechtlich eigenständige Unternehmen.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes 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). Die Österreichische Post AG ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die Österreichische Post AG ist ein öffentliches Unternehmen, das eine Sektorentätigkeit ausübt (Paragraph 165, Absatz eins, 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. Gemäß Paragraph 170, Absatz eins, BVergG sind Sektorentätigkeiten im Bereich der Post die Bereitstellung von Postdiensten und von sonstigen Diensten gemäß Absatz 4, Gemäß Paragraph 170, Absatz 2, sind Postdienste iSd Absatz eins, 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 gegenständliche Auftrag

wurde als Lieferauftrag iSd Paragraph 5, in Verbindung mit Paragraph 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 wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG.

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

B. Zu den Anträgen im Einzelnen

1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I:

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). Die Ausschreibung wurde innerhalb der in Paragraph 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 vergleiche 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. 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 vergleiche 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 allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind

demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war 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 vergleiche 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/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8) 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 vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vergleiche auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 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. 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 Paragraphen 373 a, 373 b, 373 c und 373 d GewO)". Der ausdrückliche Verweis auf - u. a. die Regelung des Paragraph 373 a, der Gewerbeordnung, deren Absatz 3, zufolge Absatz eins und Absatz 2, des Paragraph 373 a, auch für Gesellschaften iSd Artikel 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***, 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. Wie bereits eingangs festgehalten wurde, ist die A***, 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 Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 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***, 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*** in Norwegen. Bemerkenswert ist zunächst, dass sich der Antragsteller erstmalig und erst wenige Stunden vor der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt - 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 "Bronnoysundregistre" 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 G*** - die über eine von der A*** verschiedene Firmenbuchnummer verfügt - lediglich eine Postadresse (Postfach XXX). So wurde dem Bundesvergabeamt 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. 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 G*** - die über eine von der A*** verschiedene Firmenbuchnummer

verfügt - lediglich eine Postadresse (Postfach römisch 30). 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 XX). 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 (vergleiche "Bieterin und Antragstellerin sei stets die A***", Verhandlungsschrift Seite römisch zwanzig).

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 auszuschneiden. Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, eins, 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 auszuschneiden.

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). Der Auftraggeber stützte das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers auf den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 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 gegebenen 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, Zl. 2005/04/0200, mit weiterem Hinweis auf das Urteil des EuGH "Hackermüller" sowie auf die Erkenntnisse des VwGH 28.3.2008, Zl. 2005/04/0025; 1.10.2008, Zl. 2005/04/0233). Nach der Judikatur des VwGH (VwGH 12.5.2011, Zl. 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 vergleiche das oben zit. VwGH-Erkenntnis mit Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH 28.3.2007, Zl. 2005/04/0200, mit weiterem Hinweis auf das Urteil des EuGH "Hackermüller" sowie auf die Erkenntnisse des VwGH 28.3.2008, Zl. 2005/04/0025; 1.10.2008, Zl. 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, Zl. 2007/04/0012, eine ausreichende, nach dem Maßstab der Anfechtungsfrist des § 321 BVergG zu bemessende, somit 10- tägige Frist zu einer (weiteren) Stellungnahme eingeräumt. 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 Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG (Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes) verwirklicht sein könnte und dass das Bundesvergabeamt in diesem Falle die Heranziehung des Ausscheidenstatbestandes des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, eins, 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 vergleiche 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, Zl. 2007/04/0012, eine ausreichende, nach dem Maßstab der Anfechtungsfrist des Paragraph 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, Zl. 2007/04/0012). Die Vorliegen des vom Bundesvergabeamt zur Begründung der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Antragstellerangebotes herangezogenen Ausscheidenstatbestandes der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes iSd Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, eins, Fall ergibt sich für die Behörde erkennbar bereits aus der Aktenlage vergleiche VwGH 12.5.2011, Zl. 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. Der Auftraggeber war auch nicht zur Durchführung eines Aufklärungsverfahrens iSd Paragraph 126, Absatz eins, 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 Paragraph 126, Absatz eins, BVergG auszulösen gehabt hätte, lag sohin nicht vor.

Ansesichts 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, ABl 1994/L 336/273 (englische Fassung) bzw. ABl 1996/C 265/2 (deutsche Fassung), nicht mehr aufzugreifen. Ansesichts 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, Amtsblatt 1994/L 336/273 (englische Fassung) bzw. Amtsblatt 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). 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 (Paragraph 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 Anmerkung, 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 vergleiche 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 gewerberechtlicher Geschäftsführer des vom Antragsteller namhaft gemachten Subunternehmers etc., siehe unter 1. Sachverhalt), war daher nicht mehr einzugehen. Da das Angebot des Antragstellers bereits im Hinblick auf das Vorliegen des Ausscheidenstatbestandes der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, eins, 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 Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (fehlender gewerberechtlicher Geschäftsführer des vom Antragsteller namhaft gemachten Subunternehmers etc., siehe unter 1. Sachverhalt), war daher nicht mehr einzugehen.

1. b) Litera 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

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

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2012

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