

TE Verg Bescheid 2011/2/14 N/0001-BVA/14/2011-17

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.02.2011

Norm

BVergG 2006 §13 Abs1

1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Rechnungsprüfer - Akt. Nr. 047 A/2010/0008" des Auftraggebers Oesterreichische Nationalbank AG, Otto Wagner Platz 3, 1090 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 30.12.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.1.2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Rechnungsprüfer - Akt. Nr. 047 A/2010/0008" des Auftraggebers Oesterreichische Nationalbank AG, Otto Wagner Platz 3, 1090 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 30.12.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.1.2011, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "die Entscheidung der Auftraggeberin vom 20.12.2010, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die gegenständliche Auftragsvergabe wird in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Das Vergabeverfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EG unter der Zahl 2010/S 150-23164 am 5.8.2010 EU-weit bekannt gemacht.

Auftraggeber ist die Oesterreichische Nationalbank AG (im Folgenden OeNB bzw. Auftraggeber). Vergebende Stelle ist die OeNB, Abteilung ETS/Einkaufsmanagement.

Auftragsgegenstand ist die Prüfung des Jahresabschlusses (Einzelabschlüsse und damit zusammenhängende Bestätigungsleistungen) für das Geschäftsjahr 2011 und für maximal vier darauffolgende Geschäftsjahre (2012 bis 2015). Für die Geschäftsjahre 2012 bis 2015 besteht eine jeweils jährliche Vertragsverlängerungsoption des Auftraggebers.

Das Nationalbankgesetz (NBG) sieht die jährliche Wahl zweier Rechnungsprüfer und zweier Ersatzrechnungsprüfer durch die Generalversammlung der OeNB vor. Die konkret vorgenommene Ausschreibungsgestaltung ist durch die Regelungen des NBG wie auch durch die Regelungen des Unternehmensgesetzbuches (UGB) und des Europäische Zentralbank-Statutes (EZB-Statutes) bedingt. Jahrzehntelange Praxis der OeNB waren mehrjährige Rechnungsprüferbestellungen (siehe mündliche Verhandlung).

Entsprechend den Vorgaben des NBG werden in der Ausschreibung somit vier Funktionen ausgeschrieben (Los 1: Rechnungsprüfer, Los 2: Rechnungsprüfer, Los 3: Ersatzrechnungsprüfer, Los 4: Ersatzrechnungsprüfer). Jedes Angebot hat sich bei sonstiger Nichtberücksichtigung auf alle vier Lose zu erstrecken.

Zuschlagskriterien sind das angebotene Honorar, die Qualifikation des tatsächlich zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonals des Prüfungsteams und die Referenzen des künftig testierenden Wirtschaftsprüfers. Die Angebote werden bei allen vier Losen nach den drei genannten Zuschlagskriterien bewertet.

Die Angebotsbewertungsregelungen der Ausschreibung sehen eine Prüfung der Lose in aufsteigender Reihenfolge vor (Los 1 bis Los 4), sodass jeder Bieter - obgleich er mit seinem Angebot für alle vier Lose zu bieten hat - nur mit einem Los zum Zug kommen kann. Sobald ein Bieter den Zuschlag für ein Los erhalten hat, ist er bei der weiteren Losprüfung nicht mehr zu berücksichtigen. Jeder Bieter kann mit dem in seinem Angebot anzugebenden Rechnungsprüfer nur einmal (als Rechnungsprüfer oder als Ersatzrechnungsprüfer) zum Zug kommen. Es ist ausgeschlossen, dass ein- und derselbe Bieter beide Rechnungsprüfer oder beide Ersatzrechnungsprüfer oder einen Rechnungsprüfer und einen Ersatzrechnungsprüfer stellt. Bei dem im Angebot zu nominierenden testierenden Wirtschaftsprüfer handelt es sich um jene Person, die im Falle der Berücksichtigung eines Angebotes bei der Zuschlagserteilung entweder als Rechnungsprüfer oder als Ersatzrechnungsprüfer zu fungieren hat (siehe Ausschreibung sowie mündliche Verhandlung).

Der den Bestätigungsvermerk über die Prüfung des Jahresabschlusses unterzeichnende Wirtschaftsprüfer (Abschlussprüfer nach UGB) bestätigt mit seinem Testat die Vollständigkeit und Richtigkeit der Jahresabschlussprüfung und zeichnet auch dafür verantwortlich.

Laut Ausschreibung ist im Angebot der den Jahresabschluss künftig testierende Wirtschaftsprüfer mit seinen Referenzen anzugeben. Es sind zwei Referenzarten des künftig testierenden Wirtschaftsprüfers vorgesehen [Erfahrungen im Bereich Bilanzierung nach IFRS und international anerkannte Risikobemessungsverfahren für die Bemessung von finanziellen Risiken (insbesondere Markt- und Kreditrisiken)]. Pro Referenzart darf der Bieter maximal fünf Referenzen des künftig testierenden Wirtschaftsprüfers angeben.

Weiters sind im Angebot fünf Mitarbeiter mit ihrer im Prüfteam vorgesehenen Funktion zu benennen (Schlüsselpersonal).

Die Angebotsfrist endete am 16.11.2010.

Der Antragsteller legte ein Angebot und gab darin B*** als künftig testierenden Wirtschaftsprüfer an. Unter den fünf anzugebenden Mitarbeitern wurde C*** (im Folgenden C***) mit der Funktion des Prüfleiters namhaft gemacht.

Für die Prüfung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 ist derzeit noch ein Vertragsverhältnis des Auftraggebers mit dem Antragsteller aufgrund einer Ausschreibung aus dem Jahr 2005 betreffend die Prüfung der

Jahresabschlüsse der Geschäftsjahre 2006-2010 (im Folgenden Ausschreibung alt) aufrecht. Die Ausschreibung alt sah - wie die nunmehrige Ausschreibung - eine jährliche, insgesamt vier Mal mögliche Verlängerungsoption des Auftraggebers vor. Der Auftraggeber machte von seiner Verlängerungsoption in vollem Umfang Gebrauch.

Im seinerzeitigen Angebot des Antragstellers zur Ausschreibung alt war B*** als testierender Wirtschaftsprüfer angegeben. B*** nahm diese Funktion in den Geschäftsjahren 2006 bis 2009, also bisher vier Mal wahr. C*** war im Angebot des Antragstellers zur Ausschreibung alt als "Prüfleiter vor Ort" benannt.

Zur Testierung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 (das letzte Geschäftsjahr des noch laufenden Vertragsverhältnisses) soll C*** als testierender Wirtschaftsprüfer an die Stelle des im Angebot des Antragstellers zur Ausschreibung alt vorgesehenen B*** treten. Damit verfolgt der Auftraggeber den Zweck, B*** im Hinblick auf die Ausschlussregelung des § 271a Abs. 1 Z 4 UGB im ersten Geschäftsjahr (2011) des potenziellen Neuvertrages ein weiteres (fünftes Mal) die Tätigkeit des testierenden Wirtschaftsprüfers zu ermöglichen (siehe Antragstellervertreter mündliche Verhandlung). Zur Testierung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 (das letzte Geschäftsjahr des noch laufenden Vertragsverhältnisses) soll C*** als testierender Wirtschaftsprüfer an die Stelle des im Angebot des Antragstellers zur Ausschreibung alt vorgesehenen B*** treten. Damit verfolgt der Auftraggeber den Zweck, B*** im Hinblick auf die Ausschlussregelung des Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB im ersten Geschäftsjahr (2011) des potenziellen Neuvertrages ein weiteres (fünftes Mal) die Tätigkeit des testierenden Wirtschaftsprüfers zu ermöglichen (siehe Antragstellervertreter mündliche Verhandlung).

An der Vorprüfung der Jahresabschlussprüfung für das Geschäftsjahr 2010 einschließlich der Koordinierungssitzung mit dem Auftraggeber zur Festlegung der Prüffelder und Termine im Herbst 2010, nahmen sowohl C*** als auch B*** in ihren bisherigen Funktionen teil.

Ab dem Geschäftsjahr 2012 des potenziellen Neuvertrages mit dem Antragsteller soll C*** an Stelle von B*** als testierender Wirtschaftsprüfer fungieren.

Mit E-Mail an B*** vom 23.11.2010 ersuchte der Auftraggeber um Aufklärung, wie das Angebot des Antragstellers, in dem B*** als testierender Wirtschaftsprüfer angegeben worden sei, mit § 271a UGB im Einklang stehe. Mit E-Mail an B*** vom 23.11.2010 ersuchte der Auftraggeber um Aufklärung, wie das Angebot des Antragstellers, in dem B*** als testierender Wirtschaftsprüfer angegeben worden sei, mit Paragraph 271 a, UGB im Einklang stehe.

Mit Schreiben vom 29.11.2010 erteilte der Antragsteller dem Auftraggeber nachfolgende Auskunft:

Akt. Nr. 047 A/2010/0008

Aufklärung zum Angebot Ausschreibung "Rechnungsprüfung"

Sehr geehrte Frau D***!

In Beantwortung Ihrer Anfrage per mail vom 23.11.2010 zu unserem Angebot im Rahmen der Ausschreibung "Rechnungsprüfer" können wir Ihnen folgende Erklärung abgeben:

1. 1.Ziffer eins

B*** war als verantwortlicher Abschlussprüfer und Prüfungsleiter im Rahmen der Prüfung der Rechnungsabschlüsse 2006 bis 2009 tätig und hat daher in vier Fällen einen Bestätigungsvermerk über die Prüfung des Rechnungsabschlusses der OeNB gezeichnet.

Die Übernahme der Funktion sowohl als Prüfungsleiter als auch als testierender Wirtschaftsprüfer war aufgrund der Größe und Komplexität des Auftragsverhältnisses erforderlich und zeigt sich in einer intensiven Befassung des testierenden Wirtschaftsprüfers im Rahmen der Auftragsannahme, Prüfungsplanung, Erstellung von Anweisungen, Überwachung des Prüfungsablaufs, inhaltliche Kontrolle und Beurteilung der Prüfungsergebnisse und der Prüfberichte, sowie der Entscheidung über das Prüfungsurteil.

1. 2.Ziffer 2

Wir haben bereits zeitgerecht mit der Planung der Weitergabe der Verantwortung begonnen und vorgesehen, dass die Durchführung der Prüfung des Rechnungsabschlusses zum 31.12.2010 unter der Verantwortung und unter der Prüfungsleitung von C***, der in den Vorjahren als Mitglied des Prüfteams tätig war, durchgeführt werden soll. B*** steht im Jahr 2010 für Fragen zur Verfügung, die Verantwortung liegt jedoch bei C***.

1. 3.Ziffer 3

Aufgrund dieser Tatsache wird B*** daher für die Prüfung der Ausschlussgründe nach § 271 a Abs 1 Z 4 UGB im Rahmen der Prüfung des Rechnungsabschlusses 2011 erst vier Bestätigungsvermerke gezeichnet haben, sodass kein Ausschlussgrund nach § 271a UGB vorliegt. Aufgrund dieser Tatsache wird B*** daher für die Prüfung der Ausschlussgründe nach Paragraph 271, a Absatz eins, Ziffer 4, UGB im Rahmen der Prüfung des Rechnungsabschlusses 2011 erst vier Bestätigungsvermerke gezeichnet haben, sodass kein Ausschlussgrund nach Paragraph 271 a, UGB vorliegt.

1. 4. Ziffer 4

Sofern es nach der Prüfung des Rechnungsabschlusses 2011 entsprechend den Bestimmungen der Ausschreibung zu einer Verlängerung der Beauftragung kommen sollte, wird die Verantwortung über die Prüfung der Rechnungsabschlüsse ab 2012 im Sinne des § 270 UGB wieder auf C*** übergehen. Damit ist eine schrittweise Übergabe der Verantwortung sichergestellt. Es wäre daher vorgesehen, dass die Bestätigungsvermerke über die Prüfung der Rechnungsabschlüsse 2010 und ab 2012 von C*** gezeichnet werden, der auch gleichzeitig als Prüfungsleiter in diesen Jahren tätig werden soll. Sofern es nach der Prüfung des Rechnungsabschlusses 2011 entsprechend den Bestimmungen der Ausschreibung zu einer Verlängerung der Beauftragung kommen sollte, wird die Verantwortung über die Prüfung der Rechnungsabschlüsse ab 2012 im Sinne des Paragraph 270, UGB wieder auf C*** übergehen. Damit ist eine schrittweise Übergabe der Verantwortung sichergestellt. Es wäre daher vorgesehen, dass die Bestätigungsvermerke über die Prüfung der Rechnungsabschlüsse 2010 und ab 2012 von C*** gezeichnet werden, der auch gleichzeitig als Prüfungsleiter in diesen Jahren tätig werden soll.

Wir hoffen, dass wir mit diesen Ausführungen eine ausreichende Erklärung abgegeben haben, warum wir der Meinung sind, dass unser Anbot im Einklang mit den Bestimmungen des § 271 a UGB steht und stehen gerne für weitere Rückfragen zur Verfügung. Wir hoffen, dass wir mit diesen Ausführungen eine ausreichende Erklärung abgegeben haben, warum wir der Meinung sind, dass unser Anbot im Einklang mit den Bestimmungen des Paragraph 271, a UGB steht und stehen gerne für weitere Rückfragen zur Verfügung.

Mit Telefax vom 20.12.2010 setzte der Auftraggeber den Antragsteller vom Ausscheiden seines Angebotes in Kenntnis. Begründend wurde angeführt, dass das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG iVm § 271a UGB ausgeschieden werden habe müssen, da im Angebot B*** ohne Einschränkung als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011 bis 2015 angegeben worden sei. Mit Telefax vom 20.12.2010 setzte der Auftraggeber den Antragsteller vom Ausscheiden seines Angebotes in Kenntnis. Begründend wurde angeführt, dass das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG in Verbindung mit Paragraph 271 a, UGB ausgeschieden werden habe müssen, da im Angebot B*** ohne Einschränkung als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011 bis 2015 angegeben worden sei.

Mit Schriftsatz vom 30.12.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.1.2011, brachte die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge 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 7.1.2011, N/0001-BVA/14/2011-EV6, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt II), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Akteneinsicht gestellt. Mit Schriftsatz vom 30.12.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.1.2011, brachte die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 7.1.2011, N/0001-BVA/14/2011-EV6, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt römisch zwei), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Akteneinsicht gestellt.

In seinem Schriftsatz brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Die Oesterreichische Nationalbank AG habe mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 5.8.2010 ein nicht offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages

im Oberschwellenbereich betreffend "Rechnungsprüfer" eingeleitet. Als vergebende Stelle sei in den Teilnahmeunterlagen sowie in den Ausschreibungsunterlagen die Österreichische Nationalbank, Abteilung ETS/Einkaufsmanagement, angegeben worden.

Als Termin für die Angebotsabgabe sei der 16.11.2010 festgelegt worden.

Der Antragsteller habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und binnen offener Frist einen Teilnahmeantrag abgegeben. Der Auftraggeber sei vom Auftraggeber als geeignet qualifiziert und zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. In der Folge habe der Antragsteller fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Mit E-Mail vom 23.11.2010 habe der Auftraggeber den Antragsteller zur Aufklärung seines Angebotes aufgefordert: "Wir ersuchen Sie um Erklärung bis spätestens Montag, 29.11.2010, wie Ihr Angebot mit § 271a UGB im Einklang stehen soll". Mit E-Mail vom 23.11.2010 habe der Auftraggeber den Antragsteller zur Aufklärung seines Angebotes aufgefordert: "Wir ersuchen Sie um Erklärung bis spätestens Montag, 29.11.2010, wie Ihr Angebot mit Paragraph 271 a, UGB im Einklang stehen soll".

Mit Schreiben vom 29.11.2010 habe der Antragsteller ausführlich und umfassend dargelegt, dass sein Angebot § 271a UGB entspreche. Mit Schreiben vom 29.11.2010 habe der Antragsteller ausführlich und umfassend dargelegt, dass sein Angebot Paragraph 271 a, UGB entspreche.

Mit Telefax vom 20.12.2010 habe der Auftraggeber dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG iVm § 271a UGB ausgeschieden werde: "Leider musste dieses [Angebot] gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG iVm § 271a UGB ausgeschieden werden, da Sie [B***] in Ihrem Angebot ohne Einschränkung als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011-2015 angegeben werden". Mit Telefax vom 20.12.2010 habe der Auftraggeber dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG in Verbindung mit Paragraph 271 a, UGB ausgeschieden werde: "Leider musste dieses [Angebot] gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG in Verbindung mit Paragraph 271 a, UGB ausgeschieden werden, da Sie [B***] in Ihrem Angebot ohne Einschränkung als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011-2015 angegeben werden".

Die Ausscheidensentscheidung sei knapp formuliert und enthalte insbesondere keine Begründung, warum der Auftraggeber das ausführliche Aufklärungsschreiben des Antragstellers nicht positiv berücksichtigt habe. Dem Antragsteller sei auch keine Niederschrift über die Angebotsprüfung übermittelt und diese somit nicht offengelegt worden.

Mit Schreiben an den Auftraggeber vom 22.12.2010 habe der Antragsteller ausgeführt, dass sein Angebot mit keinem Ausscheidensgrund behaftet sei.

Der Antragsteller sei eine international anerkannte Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, die im Zuge ihrer Tätigkeit neben den internationalen Märkten auch den österreichischen Markt bearbeite. Der gegenständliche Auftrag stelle für ihn in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Das Interesse des Antragstellers am Vertragsabschluss ergebe sich unzweifelhaft bereits aus der Legung eines Angebotes in diesem Vergabeverfahren.

Würde der Antragsteller den Zuschlag nicht erhalten, würde ihm der aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierende Gewinn entgehen, wobei von einer Gewinnspanne von rund 30% des Auftragswertes pro Geschäftsjahr auszugehen sei. Weiters drohe dem Antragsteller ein Schaden aus den diesfalls frustrierten Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren in Höhe von rund Euro 7.800,-- . Weiters seien dem Antragsteller für die Rechtsvertretung bisher Kosten in Höhe von Euro 4.500,-- (exkl. USt) erwachsen.

Der Antragsteller erachte sich durch die Ausscheidensentscheidung im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt.

Der Auftraggeber behaupte die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes des Antragstellers aufgrund eines Ausschlussgrundes des § 271a UGB. Der Auftraggeber behaupte die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes des Antragstellers aufgrund eines Ausschlussgrundes des Paragraph 271 a, UGB.

Gemäß Punkt III.1.4 der Bekanntmachung seien für die Auftragsausführung keine "sonstigen besonderen

Bedingungen" vorgesehen. In den Teilnahme- bzw. Ausschreibungsunterlagen werde auch kein relevantes (Eignungs-, Auswahl- bzw. Zuschlags-) Kriterium betreffend § 271a UGB festgelegt. Daher sei es verwunderlich, dass ein - vom Antragsteller nicht begangener - Verstoß gegen § 271a UGB die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes begründen sollte. Gemäß Punkt römisch drei.1.4 der Bekanntmachung seien für die Auftragsausführung keine "sonstigen besonderen Bedingungen" vorgesehen. In den Teilnahme- bzw. Ausschreibungsunterlagen werde auch kein relevantes (Eignungs-, Auswahl- bzw. Zuschlags-) Kriterium betreffend Paragraph 271 a, UGB festgelegt. Daher sei es verwunderlich, dass ein - vom Antragsteller nicht begangener - Verstoß gegen Paragraph 271 a, UGB die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes begründen sollte.

- -Strichaufzählung

Zum Vorliegen der Eignung des Antragstellers:

Der Antragsteller habe alle vom Auftraggeber bekanntgegebenen Ausschreibungsbedingungen eingehalten. Der Auftraggeber begründe die Ausscheidensentscheidung unrichtigerweise mit einem Ausschlussgrund iSd § 271a UGB. Die Frage der Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers gemäß § 271a UGB stelle jedoch grundsätzlich eine Frage der Eignung iSd § 68ff BVergG dar. Der Antragsteller habe alle vom Auftraggeber bekanntgegebenen Ausschreibungsbedingungen eingehalten. Der Auftraggeber begründe die Ausscheidensentscheidung unrichtigerweise mit einem Ausschlussgrund iSd Paragraph 271 a, UGB. Die Frage der Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers gemäß Paragraph 271 a, UGB stelle jedoch grundsätzlich eine Frage der Eignung iSd Paragraph 68 f, f, BVergG dar.

Die Eignungskriterien seien in Punkt 2.7 der Teilnahmeunterlagen geregelt. Gemäß Punkt 2.7.3 sei als Nachweis der Befugnis die Registrierung bei der Kammer der Wirtschaftstreuhand festgelegt worden. Der Auftraggeber habe somit kein Eignungskriterium betreffend § 271a UGB vorgesehen. Die Eignungskriterien seien in Punkt 2.7 der Teilnahmeunterlagen geregelt. Gemäß Punkt 2.7.3 sei als Nachweis der Befugnis die Registrierung bei der Kammer der Wirtschaftstreuhand festgelegt worden. Der Auftraggeber habe somit kein Eignungskriterium betreffend Paragraph 271 a, UGB vorgesehen.

Der Antragsteller erfülle alle festgelegten Eignungskriterien. Der Auftraggeber selbst habe den Antragsteller als geeignet qualifiziert und zur Angebotsabgabe aufgefordert.

Der Auftraggeber behaupte in der Ausscheidensentscheidung, dass im Angebot B*** "ohne Einschränkung als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011-2015 angegeben wurde". Diese Behauptung treffe nicht zu:

Gemäß Punkt II.3 der Bekanntmachung sei die maßgebliche Vertragslaufzeit mit dem Zeitraum zwischen 1.9.2011 und 31.8.2012 festgelegt. Gemäß Punkt römisch zwei.3 der Bekanntmachung sei die maßgebliche Vertragslaufzeit mit dem Zeitraum zwischen 1.9.2011 und 31.8.2012 festgelegt.

Gemäß Punkt 1.5.1 der Ausschreibungsunterlagen werde der Leistungszeitraum mit dem Geschäftsjahr 2011 angegeben: "Die Leistung ist vorerst für ein Jahr zu erbringen".

Der maßgebliche und definitive Leistungszeitraum liege demnach zwischen 1.9.2011 und 31.8.2012.

Im Widerspruch zum festgelegten Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 berufe sich der Auftraggeber in der Ausscheidensentscheidung auf den Zeitraum betreffend die Geschäftsjahre 2011-2015. Der Auftraggeber habe der Angebotsprüfung somit offenbar einen über den festgelegten Leistungszeitraum des Geschäftsjahres 2011 hinausgehenden Zeitraum zu Grunde gelegt und verstoße damit gegen seine Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

- -Strichaufzählung

Zum Vorliegen der Berechtigung des Wirtschaftsprüfers des Antragstellers im maßgeblichen Leistungszeitraum (Geschäftsjahr 2011):

Der Auftraggeber bringe in der Ausscheidensentscheidung zum Ausdruck, dass B*** gemäß § 271a UGB als Abschlussprüfer ausgeschlossen sei. Dies sei jedoch unzutreffend. Der Auftraggeber bringe in der Ausscheidensentscheidung zum Ausdruck, dass B*** gemäß Paragraph 271 a, UGB als Abschlussprüfer ausgeschlossen sei. Dies sei jedoch unzutreffend.

Gemäß § 271a Abs. 1 Z 4 UGB sei ein Wirtschaftsprüfer als Abschlussprüfer einer Gesellschaft ausgeschlossen, wenn er

einen Bestätigungsvermerk gemäß § 274 UGB über die Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft bereits in fünf Fällen gezeichnet habe. Dies gelte nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre. Gemäß Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB sei ein Wirtschaftsprüfer als Abschlussprüfer einer Gesellschaft ausgeschlossen, wenn er einen Bestätigungsvermerk gemäß Paragraph 274, UGB über die Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft bereits in fünf Fällen gezeichnet habe. Dies gelte nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre.

Im konkreten Fall sei auf Basis der Ausschreibungsunterlagen in Punkt 5.2 des Angebotes des Antragstellers B*** als testierender Wirtschaftsprüfer angegeben worden.

Im Zusammenhang mit einer früheren Ausschreibung des Auftraggebers habe B*** den Bestätigungsvermerk über die Prüfung des Jahresabschlusses des Auftraggebers in den Geschäftsjahren 2006-2009 (das heißt vier Mal) als verantwortlicher Abschlussprüfer und Prüfungsleiter gezeichnet. Hinsichtlich des Bestätigungsvermerkes betreffend das Geschäftsjahr 2010 werde C*** die Funktionen als verantwortlicher Abschlussprüfer und Prüfungsleiter ausüben. Folglich werde B*** im auftragsgegenständlichen Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 keinen Ausschlussgrund iSd § 271a UGB verwirklichen. Im Zusammenhang mit einer früheren Ausschreibung des Auftraggebers habe B*** den Bestätigungsvermerk über die Prüfung des Jahresabschlusses des Auftraggebers in den Geschäftsjahren 2006-2009 (das heißt vier Mal) als verantwortlicher Abschlussprüfer und Prüfungsleiter gezeichnet. Hinsichtlich des Bestätigungsvermerkes betreffend das Geschäftsjahr 2010 werde C*** die Funktionen als verantwortlicher Abschlussprüfer und Prüfungsleiter ausüben. Folglich werde B*** im auftragsgegenständlichen Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 keinen Ausschlussgrund iSd Paragraph 271 a, UGB verwirklichen.

- -Strichaufzählung

Zur korrekten Angabe eines (einzigen) Wirtschaftsprüfers für das definitive Geschäftsjahr 2011 im Angebot des Antragstellers:

Der Auftraggeber behaupte in der Ausscheidensentscheidung, dass im Angebot des Antragstellers B*** "ohne Einschränkung" als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011-2015 angegeben worden sei.

Damit impliziere der Auftraggeber unrichtigerweise, dass der im Angebot des Antragstellers angeführte Wirtschaftsprüfer sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 heranzuziehen wäre.

Ferner impliziere der Auftraggeber damit, dass im Angebot (mehrere) Wirtschaftsprüfer genannt werden könnten.

Dies widerspreche jedoch den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Die Ausschreibungsunterlagen würden an keiner Stelle eine Festlegung enthalten, wonach der anzugebende testierende Wirtschaftsprüfer sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 heranzuziehen wäre. Vielmehr werde lediglich das Geschäftsjahr 2011 als maßgeblicher und definitiver Leistungszeitraum gemäß Punkt II.3 der Bekanntmachung und gemäß Punkt 1.5.1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt. Die Ausschreibungsunterlagen würden an keiner Stelle eine Festlegung enthalten, wonach der anzugebende testierende Wirtschaftsprüfer sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 heranzuziehen wäre. Vielmehr werde lediglich das Geschäftsjahr 2011 als maßgeblicher und definitiver Leistungszeitraum gemäß Punkt römisch zwei.3 der Bekanntmachung und gemäß Punkt 1.5.1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt.

Folglich habe der Antragsteller in Punkt 5.2 seines Angebotes B*** als testierenden Wirtschaftsprüfer für den definitiven Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 angegeben.

In den Ausschreibungsunterlagen sei an keiner Stelle vorgesehen, dass im Angebot mehrere Personen als testierende Wirtschaftsprüfer angegeben werden dürften. Im Gegenteil: Der Wirtschaftsprüfer werde in den Ausschreibungsunterlagen in der Singularform erwähnt (z.B. Zuschlagskriterium "Referenzen des zukünftig testierenden Wirtschaftsprüfers" gemäß Punkt 2.8.3 der Ausschreibungsunterlagen, Tabelle "Name des testierenden Wirtschaftsprüfers" gemäß Punkt 5.2 der Ausschreibungsunterlagen).

Ebenfalls ergebe sich aus dem Bewertungsmechanismus betreffend die Zuschlagskriterien, dass im Angebot nur der Wirtschaftsprüfer für das definitive Geschäftsjahr 2011 anzugeben sei. Im Falle der Nennung mehrerer Personen als Wirtschaftsprüfer wäre der Auftraggeber zu einer ausschreibungskonformen Angebotsbewertung gar nicht im Stande.

Folglich würde die objektive Auslegung der Ausschreibungsunterlagen gebieten, dass im Angebot nur ein (einziger) Wirtschaftsprüfer für das definitive Geschäftsjahr 2011 anzugeben gewesen sei.

In den Ausschreibungsunterlagen werde an keiner Stelle festgelegt, dass sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 ein und dieselbe Person als Wirtschaftsprüfer heranzuziehen wäre. Das Erfordernis ein und desselben Wirtschaftsprüfers für die Geschäftsjahre 2011-2015 stünde im Widerspruch mit dem fundamentalen Wettbewerbsgrundsatz iSd § 19 Abs. 1 BVergG. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Bieters würde unsachlich eingeschränkt, falls der Bieter von der Person des Wirtschaftsprüfers für die Geschäftsjahre 2011-2015 abhängig wäre. Der Bieter wäre an der Auftragsausführung etwa bereits dann gehindert, wenn der im Angebot genannte Wirtschaftsprüfer sterben oder seine Tätigkeit in der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durch Kündigung beenden würde. In den Ausschreibungsunterlagen werde an keiner Stelle festgelegt, dass sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 ein und dieselbe Person als Wirtschaftsprüfer heranzuziehen wäre. Das Erfordernis ein und desselben Wirtschaftsprüfers für die Geschäftsjahre 2011-2015 stünde im Widerspruch mit dem fundamentalen Wettbewerbsgrundsatz iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Bieters würde unsachlich eingeschränkt, falls der Bieter von der Person des Wirtschaftsprüfers für die Geschäftsjahre 2011-2015 abhängig wäre. Der Bieter wäre an der Auftragsausführung etwa bereits dann gehindert, wenn der im Angebot genannte Wirtschaftsprüfer sterben oder seine Tätigkeit in der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durch Kündigung beenden würde.

Ebenso spreche das Institut des Ersatzprüfers in Punkt 4.5 der Teilnahmeunterlagen dafür, dass der im Angebot genannte Wirtschaftsprüfer durchaus verhindert sein könne: "[...] im Fall der Verhinderung des für das jeweilige Geschäftsjahr gewählten Rechnungsprüfers hat der Ersatzprüfer die Prüfungstätigkeit auszuüben".

Der Verhinderungsfall betreffend den Wirtschaftsprüfer werde daher gerade nicht als Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 gewertet. Der Verhinderungsfall betreffend den Wirtschaftsprüfer werde daher gerade nicht als Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 gewertet.

Der Antragsteller habe die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert aus der Sicht eines durchschnittlichen fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt damit so ausgelegt, dass sich die Angabe des testierenden Wirtschaftsprüfers (lediglich) auf das definitive Geschäftsjahr 2011 zu beziehen habe.

- -Strichaufzählung

Zur Ungewissheit der Optionsausübung durch den Auftraggeber in den Geschäftsjahren 2012-2015:

Der Auftraggeber übersehe, dass die Optionsausübung in den Geschäftsjahren 2012-2015 keineswegs sicher sei. In Punkt 1.5.2 der Ausschreibungsunterlagen spreche der Auftraggeber selbst von einer bloß optionalen Verlängerungsmöglichkeit. Laut Ausschreibungsunterlagen hänge die Optionsausübung überdies von geplanten gesetzlichen Änderungen ab (insbesondere UGB und NBG).

Daher sei ungewiss, ob der Auftraggeber den optionalen Leistungsteil betreffend die Geschäftsjahre 2012-2015 überhaupt in Anspruch nehmen werde. Vielmehr sei lediglich der Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 definitiv und somit relevant.

Die Angebote seien folglich im Hinblick auf das definitive Geschäftsjahr 2011 zu prüfen und zu bewerten. Durch Heranziehung eines - durch den Antragsteller nicht verwirklichten - Ausscheidensgrundes betreffend die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 verstoße der Auftraggeber gegen die Vergabegrundsätze des § 19 Abs. 1 BVergG. Die Angebote seien folglich im Hinblick auf das definitive Geschäftsjahr 2011 zu prüfen und zu bewerten. Durch Heranziehung eines - durch den Antragsteller nicht verwirklichten - Ausscheidensgrundes betreffend die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 verstoße der Auftraggeber gegen die Vergabegrundsätze des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG.

Das Angebot des Antragstellers sei sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 ausschreibungskonform.

- -Strichaufzählung

Zur unrichtigen Auslegung der Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers gemäß § 271a UGB durch den Auftraggeber: Zur unrichtigen Auslegung der Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers gemäß Paragraph 271 a,

UGB durch den Auftraggeber:

Nach den Gesetzesmaterialien beziehe sich § 271a Abs. 1 UGB nur auf natürliche Personen (ErläutRV 467 BlgNR 23 GP 24). Dies bedeute, dass der Ausschlussgrund gerade nicht die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als juristische Person betreffe. Der Ausschlussgrund des § 271a Abs. 1 Z 4 UGB könne sich nur auf den Wirtschaftsprüfer als natürliche Person und nicht auf den Antragsteller als juristische Person beziehen. Nach den Gesetzesmaterialien beziehe sich Paragraph 271 a, Absatz eins, UGB nur auf natürliche Personen (ErläutRV 467 BlgNR 23 Gesetzgebungsperiode 24). Dies bedeute, dass der Ausschlussgrund gerade nicht die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als juristische Person betreffe. Der Ausschlussgrund des Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB könne sich nur auf den Wirtschaftsprüfer als natürliche Person und nicht auf den Antragsteller als juristische Person beziehen.

- -Strichaufzählung

Zur gesetzlichen Zulässigkeit des Wechsels des Wirtschaftsprüfers:

Ein allfälliger Wechsel des Wirtschaftsprüfers in den optionalen Geschäftsjahren 2012-2015 sei gesetzlich zulässig.

In § 271a Abs. 1 Z 4 UGB werde ausdrücklich die Möglichkeit der Unterbrechung der Prüfungstätigkeit eines ausgeschlossenen Wirtschaftsprüfers zugelassen: "(Die Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers) gilt nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre". In Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB werde ausdrücklich die Möglichkeit der Unterbrechung der Prüfungstätigkeit eines ausgeschlossenen Wirtschaftsprüfers zugelassen: "(Die Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers) gilt nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre".

Die Gesetzesmaterialien würden die Ausnahme von der Ausgeschlossenheit als "interne Rotation" bzw. "personenbezogene Rotation" bezeichnen. Dies bedeute, dass durch den Wechsel der Person des Wirtschaftsprüfers die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft weiterhin ihre Prüfungstätigkeit ausüben dürfe.

Nach der Literatur bestehe der Ausschluss iSd § 271a Abs. 1 Z 4 UGB ebenfalls nur hinsichtlich der Person des Wirtschaftsprüfers, sodass ein anderer Wirtschaftsprüfer derselben Prüfungsgesellschaft den Bestätigungsvermerk unterzeichnen könne. Nach der Literatur bestehe der Ausschluss iSd Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB ebenfalls nur hinsichtlich der Person des Wirtschaftsprüfers, sodass ein anderer Wirtschaftsprüfer derselben Prüfungsgesellschaft den Bestätigungsvermerk unterzeichnen könne.

Im konkreten Fall würde der Antragsteller als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft daher weiterhin zur Auftragsausführung berechtigt sein, falls der Wirtschaftsprüfer B*** in den optionalen Geschäftsjahren vom Ausschlussgrund iSd § 271a Abs. 1 Z 4 UGB betroffen sein sollte. Diesfalls würde C*** als Wirtschaftsprüfer zur Verfügung stehen. Im konkreten Fall würde der Antragsteller als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft daher weiterhin zur Auftragsausführung berechtigt sein, falls der Wirtschaftsprüfer B*** in den optionalen Geschäftsjahren vom Ausschlussgrund iSd Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB betroffen sein sollte. Diesfalls würde C*** als Wirtschaftsprüfer zur Verfügung stehen.

Das Angebot des Antragstellers sei daher rechtswidriger Weise ausgeschieden worden.

Das Vergabeverfahren sei aufgrund rechtswidriger Zuschlagskriterien zwingend zu widerrufen. Die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien seien ungenau und abstrakt formuliert. Gemäß Punkt 2.8 und Punkt 2.9 der Ausschreibungsunterlagen sei etwa unklar, auf Basis welcher Kriterien und Umstände ein Referenzprojekt die maximale Punktzahl erhalte. Auf Grundlage der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien sei eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 10.1.2011 zum Nachprüfungsantrag zusammengefasst Stellung wie folgt:

Das Angebot des Antragstellers sei gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zwingend auszuschneiden gewesen, da es mit einem unbehebbar Mangel behaftet gewesen sei. Das Angebot des Antragstellers sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend auszuschneiden gewesen, da es mit einem unbehebbar Mangel behaftet gewesen sei.

Gemäß Pkt. 1.1 der Ausschreibung seien Rechnungsprüferleistungen für das Geschäftsjahr 2011 und maximal vier der darauffolgenden Geschäftsjahre ausgeschrieben. Gemäß Pkt. 1.5 der Ausschreibung betrage der Leistungszeitraum "vorerst" ein Jahr, nach Ablauf dieser Frist sei der Auftraggeber jedoch berechtigt, den Vertrag schriftlich "um jeweils 1

Jahr bis zu einer Gesamtlauzeit von maximal 5 Jahren zu verlängern", wobei auch für die Verlängerungsphase (abgesehen von allfälligen gesetzlichen Änderungen) dieselben Auftragsbedingungen gelten würden. Es seien also Rechnungsprüferleistungen für die Geschäftsjahre 2011 bis 2015 anzubieten gewesen.

Punkt 3.10 der Ausschreibung laute:

Die nachgewiesenen Qualifikationen des genannten Prüfteams (inkl. der Referenzen des testierenden Wirtschaftsprüfers) bilden neben dem Honorar eine wesentliche Grundlage für die Bewertung und Reihung des Angebotes, weshalb der künftige Einsatz des angebotenen Teams in der Leistungserbringung im Zeitraum 2011 bis 2015 eine wesentliche Vertragsgrundlage bildet. Es können über die genannten (max. 5) Teammitglieder weitere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zum Einsatz kommen, jedoch ist eine maßgebliche Beteiligung der im Angebot genannten sicherzustellen.

Das im Vergabeverfahren genannte Schlüsselpersonal darf für die gesamte Dauer der Erfüllung des Vertrages nur mit schriftlicher Zustimmung des AG ausgetauscht werden. Der beabsichtigte Wechsel von Schlüsselpersonal ist dem AG ehestmöglich schriftlich bekannt zu geben.

Im Angebot sei daher unter anderem der "Name des testierenden Wirtschaftsprüfers" anzugeben gewesen. Als solcher sei vom Antragsteller B*** angegeben worden. B*** habe jedoch, wie der Antragsteller selbst einräume, bereits in den Geschäftsjahren 2006-2009, somit bereits vier Mal den Jahresabschluss des Auftraggebers testiert. Damit dürfe er im hier gegenständlichen Leistungszeitraum 2011 bis 2015 nicht neuerlich testierender Wirtschaftsprüfer sein.

Gemäß § 271 a Abs. 1 Z 4 iVm Abs. 3 letzter Satz UGB sei ein Wirtschaftsprüfer von der Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft ausgeschlossen, sobald er einen Bestätigungsvermerk "bereits in fünf Fällen gezeichnet" habe, ohne dass es dazwischen zu einer Unterbrechung seiner Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre gekommen wäre. Gemäß Paragraph 271, a Absatz eins, Ziffer 4, in Verbindung mit Absatz 3, letzter Satz UGB sei ein Wirtschaftsprüfer von der Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft ausgeschlossen, sobald er einen Bestätigungsvermerk "bereits in fünf Fällen gezeichnet" habe, ohne dass es dazwischen zu einer Unterbrechung seiner Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre gekommen wäre.

Das Angebot des Antragstellers habe jedenfalls der zwingenden gesetzlichen Bestimmung des § 271 a UGB widersprochen. Das Angebot des Antragstellers habe jedenfalls der zwingenden gesetzlichen Bestimmung des Paragraph 271, a UGB widersprochen.

Dies habe offensichtlich auch der Antragsteller - nachträglich - erkannt. Indem er in seinem Aufklärungsschreiben vom 29.11.2010 versuche, als künftig testierenden Wirtschaftsprüfer anstelle von B*** für die Geschäftsjahre 2011-2015 nachträglich einen anderen Wirtschaftsprüfer, C***, namhaft zu machen. Eine solche wesentliche nachträgliche Angebotsänderung sei nicht möglich, was der Auftraggeber dem Antragsteller auch mitgeteilt habe, zumal der künftig testierende Wirtschaftsprüfer in die Bewertung des Angebotes einfließe und dessen Austausch jedenfalls eine unzulässige Angebotsänderung darstelle. Das Angebot sei daher wegen eines unbeheblichen Mangels auszuschneiden gewesen.

Der Antragsteller habe in Punkt 6.2 seines Angebotes - wie in der Ausschreibung verlangt - ausdrücklich zugesagt, dass keine Befangenheits- und Ausschlussgründe gemäß § 271 ff UGB vorliegen würden. Dies sei im Bezug auf den im Angebot des Antragstellers vorgesehenen testierenden Wirtschaftsprüfer B*** eindeutig unzutreffend. Dass ein Angebot, bei welchem der Auftragnehmer die Leistungsdurchführung in einer Form anbiete, in welcher ihm die Leistungsdurchführung gesetzlich untersagt sei, auszuschneiden sei, liege auf der Hand. Es sei schlicht unzutreffend, dass bei der Angebotsprüfung als Leistungszeitraum ausschließlich das Geschäftsjahr 2011 zu Grunde zu legen gewesen sei. In der Ausschreibung sei ausdrücklich der Leistungszeitraum 2011- 2015 vorgesehen gewesen. Dasselbe sei übrigens auch schon der Bekanntmachung zu entnehmen gewesen. Dass bezüglich der Geschäftsjahre 2012-2015 "nur" eine Option des Auftraggebers ausgeschrieben gewesen sei, sei dabei gänzlich irrelevant. Selbstverständlich müsse dem Auftraggeber im Falle der Optionsausübung auch für die Geschäftsjahre 2012-2015 ein nicht nach § 271 a UGB ausgeschlossener testierender Prüfer zur Verfügung stehen. Genau dies sei durch das Angebot des Antragstellers nicht gewährleistet. Dort sei nämlich ausschließlich - also für den gesamten Vertragszeitraum - B*** als testierender Wirtschaftsprüfer angegeben gewesen. Im Fall der Optionsausübung durch den Auftraggeber müsste dieser also auch in den Geschäftsjahren 2012-2015 die Funktion des testierenden Wirtschaftsprüfers ausüben, da für die optionale Verlängerungsphase laut Pkt. 1.5.2 der Ausschreibung dieselben Auftragsbedingungen gelten würden wie für das

Geschäftsjahr 2011. Dies sei aber nach § 271 a UGB eindeutig unzulässig. Der Antragsteller habe in Punkt 6.2 seines Angebotes - wie in der Ausschreibung verlangt - ausdrücklich zugesagt, dass keine Befangenheits- und Ausschlussgründe gemäß Paragraph 271, ff UGB vorliegen würden. Dies sei im Bezug auf den im Angebot des Antragstellers vorgesehenen testierenden Wirtschaftsprüfer B*** eindeutig unzutreffend. Dass ein Angebot, bei welchem der Auftragnehmer die Leistungsdurchführung in einer Form anbiete, in welcher ihm die Leistungsdurchführung gesetzlich untersagt sei, auszuschneiden sei, liege auf der Hand. Es sei schlicht unzutreffend, dass bei der Angebotsprüfung als Leistungszeitraum ausschließlich das Geschäftsjahr 2011 zu Grunde zu legen gewesen sei. In der Ausschreibung sei ausdrücklich der Leistungszeitraum 2011- 2015 vorgesehen gewesen. Dasselbe sei übrigens auch schon der Bekanntmachung zu entnehmen gewesen. Dass bezüglich der Geschäftsjahre 2012-2015 "nur" eine Option des Auftraggebers ausgeschrieben gewesen sei, sei dabei gänzlich irrelevant. Selbstverständlich müsse dem Auftraggeber im Falle der Optionsausübung auch für die Geschäftsjahre 2012-2015 ein nicht nach Paragraph 271, a UGB ausgeschlossener testierender Prüfer zur Verfügung stehen. Genau dies sei durch das Angebot des Antragstellers nicht gewährleistet. Dort sei nämlich ausschließlich - also für den gesamten Vertragszeitraum - B*** als testierender Wirtschaftsprüfer angegeben gewesen. Im Fall der Optionsausübung durch den Auftraggeber müsste dieser also auch in den Geschäftsjahren 2012-2015 die Funktion des testierenden Wirtschaftsprüfers ausüben, da für die optionale Verlängerungsphase laut Pkt. 1.5.2 der Ausschreibung dieselben Auftragsbedingungen gelten würden wie für das Geschäftsjahr 2011. Dies sei aber nach Paragraph 271, a UGB eindeutig unzulässig.

Der Antragsteller vermeine dies dadurch sanieren zu können, dass er im Rahmen des bereits bestehenden, auch noch für die Prüfung des Jahresabschlusses 2010 geltenden Vertragsverhältnisses mit dem Auftraggeber anstelle von B*** einen anderen Wirtschaftsprüfer, (C***), den Bestätigungsvermerk für das Geschäftsjahr 2010 zeichnen lasse. Damit könne - so der Antragsteller - B*** ohne Widerspruch zu § 271 a UGB den Bestätigungsvermerk für das Geschäftsjahr 2011 zeichnen, da dieser zu diesem Zeitpunkt dann erst vier Mal den Bestätigungsvermerk für die Gesellschaft gezeichnet habe. Dies ändere schon deshalb nichts, da sich die gegenständliche Ausschreibung ausdrücklich auf die Geschäftsjahre 2011-2015 beziehe und B*** nach dem Angebot des Antragstellers auch für diese Geschäftsjahre als testierender Wirtschaftsprüfer vorgesehen gewesen sei, was aber jedenfalls gegen § 271 a UGB verstoße. Dies wäre auch rechtlich gar nicht möglich. Auch das bereits bestehende Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Antragsteller für die Geschäftsjahre 2006-2010 basiere auf einem Angebot des Antragstellers, in welchem B*** als testierender Wirtschaftsprüfer vorgesehen gewesen sei. Der Antragsteller sei daher keineswegs befugt, B*** für das Geschäftsjahr 2010 einseitig gegen einen anderen Wirtschaftsprüfer "auszutauschen". Der Antragsteller habe in seinem Angebot ausschließlich eine Person (B***) als testierenden Wirtschaftsprüfer namhaft gemacht und dieser habe für die gesamte Dauer des Vertragsverhältnisses (einschließlich Verlängerungszeitraum) zur Verfügung zu stehen. Inwiefern darin eine unsachliche Beschränkung der "wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Bieters" liegen sollte, sei nicht ersichtlich, zumal gerade für die vom Antragsteller erwähnten Verhinderungsfälle ausdrücklich das Institut des Ersatzprüfers vorgesehen sei. Der Antragsteller vermeine dies dadurch sanieren zu können, dass er im Rahmen des bereits bestehenden, auch noch für die Prüfung des Jahresabschlusses 2010 geltenden Vertragsverhältnisses mit dem Auftraggeber anstelle von B*** einen anderen Wirtschaftsprüfer, (C***), den Bestätigungsvermerk für das Geschäftsjahr 2010 zeichnen lasse. Damit könne - so der Antragsteller - B*** ohne Widerspruch zu Paragraph 271, a UGB den Bestätigungsvermerk für das Geschäftsjahr 2011 zeichnen, da dieser zu diesem Zeitpunkt dann erst vier Mal den Bestätigungsvermerk für die Gesellschaft gezeichnet habe. Dies ändere schon deshalb nichts, da sich die gegenständliche Ausschreibung ausdrücklich auf die Geschäftsjahre 2011-2015 beziehe und B*** nach dem Angebot des Antragstellers auch für diese Geschäftsjahre als testierender Wirtschaftsprüfer vorgesehen gewesen sei, was aber jedenfalls gegen Paragraph 271, a UGB verstoße. Dies wäre auch rechtlich gar nicht möglich. Auch das bereits bestehende Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Antragsteller für die Geschäftsjahre 2006-2010 basiere auf einem Angebot des Antragstellers, in welchem B*** als testierender Wirtschaftsprüfer vorgesehen gewesen sei. Der Antragsteller sei daher keineswegs befugt, B*** für das Geschäftsjahr 2010 einseitig gegen einen anderen Wirtschaftsprüfer "auszutauschen". Der Antragsteller habe in seinem Angebot ausschließlich eine Person (B***) als testierenden Wirtschaftsprüfer namhaft gemacht und dieser habe für die gesamte Dauer des Vertragsverhältnisses (einschließlich Verlängerungszeitraum) zur Verfügung zu stehen. Inwiefern darin eine unsachliche Beschränkung der "wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Bieters" liegen sollte, sei nicht ersichtlich, zumal gerade für die vom Antragsteller erwähnten Verhinderungsfälle ausdrücklich das Institut des Ersatzprüfers vorgesehen sei.

Auf die Ausführungen zum behaupteten zwingenden Widerrufsgrund brauche nicht näher eingegangen zu werden, da

ein auszuscheidender Bieter nach ständiger Rechtsprechung ohnehin kein Recht auf Widerruf habe. Zudem seien die Zuschlagskriterien bestandsfest geworden und sei auch klar definiert, wieviele Punkte wofür vergeben würden.

Mit Schriftsatz vom 18.1.2011 erstattete der Antragsteller eine Stellungnahme zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 10.1.2011:

Entgegen der Auffassung des Auftraggebers bedeute die Anführung von C*** als Wirtschaftsprüfer für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 im Aufklärungsschreiben vom 29.11.2010 keinen unzulässigen Austausch des Prüfteams. Es würde lediglich eine Umgestaltung der Funktionen innerhalb ein- und desselben Prüfteams erfolgen. Die Identität des Prüfteams würde gleich bleiben. Der Einsatz von C*** anstelle des bisherigen testierenden Wirtschaftsprüfers B*** im Geschäftsjahr 2010 stelle keine Verletzung des bestehenden Vertragsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Antragsteller dar. Die zugrundeliegenden Ausschreibungsunterlagen würden an keiner Stelle die Zeichnung des Bestätigungsvermerkes durch unterschiedliche Personen ein- und desselben Prüfteams untersagen.

Der Antragsteller verfüge - wie bereits im Jahr 2005 - im Zeitpunkt seiner Angebotslegung im Geschäftsjahr 2010 über die notwendige Befugnis als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.

Im Falle der Verhinderung des Rechnungsprüfers gemäß § 271 a Abs. 1 Z 4 UGB könne den Ausschreibungsunterlagen 2005 zufolge der Ersatzrechnungsprüfer eingesetzt werden. Auch aus diesem Grund könne eine allfällige Ausgeschlossenheit des Rechnungsprüfers gemäß § 271 a Abs. 1 Z 4 UGB keinen Angebotsmangel und somit keine Ausschreibungswidrigkeit begründen. Laut Auftraggeber solle der die Ausscheidensentscheidung begründende Angebotsmangel in der Unzulässigkeit des Austausches des testierenden Wirtschaftsprüfers liegen. Da gemäß Pkt. 3.11 der Ausschreibung der Wechsel bzw. Abzug des Schlüsselpersonals durch eine Vertragsstrafe sanktioniert werde, stelle dies keinen Angebotsmangel dar. Im Falle der Verhinderung des Rechnungsprüfers gemäß Paragraph 271, a Absatz eins, Ziffer 4, UGB könne den Ausschreibungsunterlagen 2005 zufolge der Ersatzrechnungsprüfer eingesetzt werden. Auch aus diesem Grund könne eine allfällige Ausgeschlossenheit des Rechnungsprüfers gemäß Paragraph 271, a Absatz eins, Ziffer 4, UGB keinen Angebotsmangel und somit keine Ausschreibungswidrigkeit begründen. Laut Auftraggeber solle der die Ausscheidensentscheidung begründende Angebotsmangel in der Unzulässigkeit des Austausches des testierenden Wirtschaftsprüfers liegen. Da gemäß Pkt. 3.11 der Ausschreibung der Wechsel bzw. Abzug des Schlüsselpersonals durch eine Vertragsstrafe sanktioniert werde, stelle dies keinen Angebotsmangel dar.

Eine allfällige Ausgeschlossenheit des Rechnungsprüfers gemäß § 271 a Abs. 1 Z 4 UGB gelte als "Verhinderung" gemäß Punkt 4.5 der Ausschreibungsunterlagen, da die Verhinderung iSd Punkt 4.5 der Ausschreibungsunterlagen einen längerfristigen Zeitraum betreffe (arg. "für das jeweilige Geschäftsjahr"). Eine allfällige Ausgeschlossenheit des Rechnungsprüfers gemäß Paragraph 271, a Absatz eins, Ziffer 4, UGB gelte als "Verhinderung" gemäß Punkt 4.5 der Ausschreibungsunterlagen, da die Verhinderung iSd Punkt 4.5 der Ausschreibungsunterlagen einen längerfristigen Zeitraum betreffe (arg. "für das jeweilige Geschäftsjahr").

Der auftragsgegenständliche Leistungszeitraum betreffe lediglich das definitive Geschäftsjahr 2011, nicht aber die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015.

Laut Ausschreibungsunterlagen sei es nicht zulässig, im Angebot als testierenden Wirtschaftsprüfer mehr als eine Person anzugeben. Die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Referenzen des künftig testierenden Rechnungsprüfers" könne nur im Falle der Nennung eines einzigen testierenden Wirtschaftsprüfers funktionieren. Folglich sei die Angabe eines einzigen testierenden Wirtschaftsprüfers im Angebot des Antragstellers ausschreibungskonform gewesen.

In einer Replik vom 20.1.2011 zur Stellungnahme des Antragstellers vom 18.1.2011 brachte der Auftraggeber vor:

Ein nachträglicher Austausch des testierenden Wirtschaftsprüfers sei schon deshalb nicht zulässig, da die Referenzen der als testierender Wirtschaftsprüfer genannten Person ein wesentliches Zuschlagskriterium darstellen würden. Ein nachträglicher Austausch dieser Person wäre daher eine unzulässige Angebotsänderung.

Wenngleich der Antragsteller als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zur Wirtschaftsprüfungstätigkeit befugt sei, könne dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass B***, den der Antragsteller in seinem Angebot als testierenden Wirtschaftsprüfer vorgesehen habe, im fraglichen Zeitraum (2011-2015) gemäß § 271 a UGB von dieser Tätigkeit ausgeschlossen sei. Wenngleich der Antragsteller als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zur Wirtschaftsprüfungstätigkeit

befugt sei, könne dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass B***, den der Antragsteller in seinem Angebot als testierenden Wirtschaftsprüfer vorgesehen habe, im fraglichen Zeitraum (2011-2015) gemäß Paragraph 271, a UGB von dieser Tätigkeit ausgeschlossen sei.

Der Antragsteller vertrete die Ansicht, dass der nachträgliche Austausch des in seinem Angebot vorgesehenen testierenden Wirtschaftsprüfers deshalb zulässig sei, da ein solcher Austausch "ohnehin" durch eine Vertragsstrafe sanktioniert sei. Der Antragsteller meine offenbar, sich durch eine Sanktionierung mittels Vertragsstrafe von einer Vertragspflicht "freikaufen" zu können. Dies sei schon deshalb unrichtig, da eine Vertragsstrafe gemäß § 1336 Abs. 1 ABGB mangels besonderer Vereinbarung gerade nicht das Recht einräume, sich durch Bezahlung des Vergütungsbetrages von der Erfüllung zu befreien, sondern vielmehr die Vertragsstrafe neben der Erfüllung gefordert werden könne. Zudem übersehe der Antragsteller, dass es hier nicht um eine vertragsrechtliche, sondern um eine vergaberechtliche Frage gehe, nämlich darum, ob eine im Angebot zur Leistungserbringung vorgesehene Person, die mit ihren persönlichen Referenzen für die Angebotsbewertung ausschlaggebend gewesen sei, nachträglich mittels "Aufklärungsschreibens" durch eine andere Person ersetzt werden könne. Der Antragsteller vertrete die Ansicht, dass der nachträgliche Austausch des in seinem Angebot vorgesehenen testierenden Wirtschaftsprüfers deshalb zulässig sei, da ein solcher Austausch "ohnehin" durch eine Vertragsstrafe sanktioniert sei. Der Antragsteller meine offenbar, sich durch eine Sanktionierung mittels Vertragsstrafe von einer Vertragspflicht "freikaufen" zu können. Dies sei schon deshalb unrichtig, da eine Vertragsstrafe gemäß Paragraph 1336, Absatz eins, ABGB mangels besonderer Vereinbarung gerade nicht das Recht einräume, sich durch Bezahlung des Vergütungsbetrages von der Erfüllung zu befreien, sondern vielmehr die Vertragsstrafe neben der Erfüllung gefordert werden könne. Zudem übersehe der Antragsteller, dass es hier nicht um eine vertragsrechtliche, sondern um eine vergaberechtliche Frage gehe, nämlich darum, ob eine im Angebot zur Leistungserbringung vorgesehene Person, die mit ihren persönlichen Referenzen für die Angebotsbewertung ausschlaggebend gewesen sei, nachträglich mittels "Aufklärungsschreibens" durch eine andere Person ersetzt werden könne.

Auch aus dem Institut des Ersatzrechnungsprüfers sei für den Standpunkt des Antragstellers nichts zu gewinnen. Von einer "Verhinderung" eines Rechnungsprüfers könne schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nur dann gesprochen werden, wenn dieser aus in seiner Person gelegenen Gründen, z.B. Krankheit oder Tod, an der Ausübung seiner Tätigkeit gehindert sei. Mangelnde Befugnis bzw. rechtliche Ausgeschlossenheit würden keine Verhinderung darstellen. Vor allem bestehe der Sinn und Zweck des Institutes des Ersatzrechnungsprüfers darin, einen Ersatz für unvorhergesehene Verhinderungen "in Reserve" zu haben. Es sei daher selbstverständlich unzulässig, im Angebot Rechnungsprüfer vorzusehen, von denen man bereits jetzt wisse, dass sie aus rechtlichen Gründen gar nicht zum Einsatz kommen können und den Auftraggeber diesbezüglich auf die Ersatzrechnungsprüfer zu verweisen. Die für den Fall unvorhergesehener Verhinderungsfälle zu treffende Personalreserve wäre dadurch gerade nicht sicher gestellt. Sowohl Wortlaut als auch Sinn und Zweck der Regelung über den Ersatzrechnungsprüfer würden den gegenteiligen Auslegungsversuch des Antragstellers nicht zulassen.

Am 21.1.2011 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien ergänzend im Wesentlichen vorbrachten:

- -Strichaufzählung

Zum Ausschreibungs- bzw. Leistungsgegenstand:

Auftraggeber (D***): Unter den Ausschreibungsregelungen betreffend den Rechnungsprüfer bzw. Ersatzrechnungsprüfer sei das zu verstehen, was im NBG hierunter geregelt sei. Nach NBG hätten zwei Rechnungsprüfer gemeinsam den Jahresabschluss der OeNB zu prüfen.

Auftraggeber (E***): Die derzeitige Ausschreibungsgestaltung wie auch die Ausschreibung alt würden die jährliche Wahl zweier Rechnungsprüfer und zweier Ersatzrechnungsprüfer durch die Generalversammlung der OeNB vorsehen. Die OeNB sei diesbezüglich durch das NBG gebunden. Ebenso sei die Vorgangsweise des Auftraggebers in den UGB-Regelungen sowie im EZB-Statut begründet. Jahrzehntelange Praxis der OeNB seien jedoch mehrjährige Bestellungen gewesen.

Auftraggeber (D***): Es seien vier Funktionen (2 Rechnungsprüfer und 2 Ersatzrechnungsprüfer) in Form der Vergabe von vier Losen an jeweils vier verschiedene Wirtschaftsprüfer bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zu vergeben.

Unter "Teilangeboten" iSd Punkt 2.5 der Ausschreibung sei zu verstehen, dass jeder Bieter alle vier Funktionen

anzubieten habe. Andernfalls werde ein Angebot nicht berücksichtigt.

Die Losprüfung erfolge nach den Zuschlagskriterien in aufsteigender Reihenfolge. Ein in einem Los ermittelter Bestbieter komme für ein anderes Los dieses Vergabefahrens nicht mehr in Betracht und werde in die weitere Losprüfung nicht mehr einbezogen. Aufgrund der Ausschreibung sei ausgeschlossen, dass ein- und derselbe Bieter beide Rechnungsprüfer oder beide Ersatzrechnungsprüfer oder einen Rechnungsprüfer plus einen Ersatzrechnungsprüfer stellen könne. Diese Regelung habe ihren Hintergrund in § 37 NBG. Die Losprüfung erfolge nach den Zuschlagskriterien in aufsteigender Reihenfolge. Ein in einem Los ermittelter Bestbieter komme für ein anderes Los dieses Vergabefahrens nicht mehr in Betracht und werde in die weitere Losprüfung nicht mehr einbezogen. Aufgrund der Ausschreibung sei ausgeschlossen, dass ein- und derselbe Bieter beide Rechnungsprüfer oder beide Ersatzrechnungsprüfer oder einen Rechnungsprüfer plus einen Ersatzrechnungsprüfer stellen könne. Diese Regelung habe ihren Hintergrund in Paragraph 37, NBG.

- -Strichaufzählung

Zum Austausch von B*** durch C*** als testierender Wirtschaftsprüfer ab dem Geschäftsjahr 2012:

Auftraggebervertreter: C*** sei nach der Ausschreibung alt im Angebot des Antragstellers in maßgeblich leitender Funktion (Prüfungsleiter) genannt und als solcher tätig gewesen. C*** sei daher jedenfalls für eine weitere Tätigkeit im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung ausgeschlossen.

Der Auftraggebervertreter legte hiezu die entsprechenden Auszüge aus dem Angebot des Antragstellers zur Ausschreibung alt vor.

In jedem Falle, selbst wenn ein nunmehriger Wechsel des testierenden Wirtschaftsprüfers zulässig sein sollte - was bestritten werde - könne C*** nicht mehr tätig werden. Dies, da er bereits fünf Mal in maßgeblich leitender Funktion bei der Ausschreibung alt tätig gewesen sei.

Antragstellervertreter: Dies sei unzutreffend. C*** habe bisher keine maßgeblich leitende Funktion ausgeübt. C*** sei zwar bei der Prüfung tätig geworden (Mitglied des Prüfteams gewesen), jedoch nicht in maßgeblich leitender Funktion. B*** habe im Rahmen der früheren Ausschreibung in den Geschäftsjahren 2006-2009 sowohl die Funktion des testierenden Wirtschaftsprüfers als auch die Funktion des Prüfungsleiters wahrgenommen. Es sei übliche Praxis, dass diese beiden Funktionen in einer Person zusammenfallen würden.

Der Auftraggebervertreter bestritt dies. Vielmehr sei der testierende Wirtschaftsprüfer nicht immer vor Ort, sondern der Prüfungsleiter. Der Testierende übernehme dann lediglich die Funktion des Bestätigenden.

Vorsitzende: Im Angebot des Antragstellers zur Ausschreibung alt werde C*** ausdrücklich als "Prüfungsleiter vor Ort" genannt. Im Angebot des Antragstellers zur Ausschreibung alt, Pkt. 3, Projektteam, werde weiters angeführt, dass die Organisation, Koordination und Leitung der Abschlussprüfung durch Geschäftsführer B*** sowie durch C*** erfolgen würden.

- -Strichaufzählung

Zum Austausch von B*** durch C*** als testierender Wirtschaftsprüfer im noch laufenden Vertragsverhältnis (für das Geschäftsjahr 2010):

Auftraggeber (D***): Die Option zur Verlängerung nach der alten Ausschreibung sei der neuen Ausschreibung gleichgestaltet gewesen. Der Auftraggeber habe von der Option in maximalem Umfang Gebrauch gemacht. Faktischer Gesamtvertragslaufzeitraum sei daher fünf Jahre (Geschäftsjahre 2006-2010). Der Antragsteller sei derzeit noch (für das Geschäftsjahr 2010) Partner dieses Vertrages.

Antragstellervertreter: Bei der Ausschreibung alt habe es sich bezüglich des Vertragslaufzeitraums genauso verhalten wie bei der nunmehrigen

Ausschreibung: Das Geschäftsjahr 2006 sei definitiv gewesen, die restlichen Jahre seien ebenfalls nur Option gewesen.

Für das Geschäftsjahr 2010 solle B*** als testierender Wirtschaftsprüfer durch C*** ersetzt werden. Die Ausschreibung alt sehe nicht vor, dass ein- und dieselbe Person fünf Jahre testieren müsse. B*** bleibe auch für das Geschäftsjahr im 2010 im Prüfteam. Die Testierung und Prüflleitung würden allerdings von C*** übernommen. Das Prüfteam bleibe seinen Personen nach bestehen. Die Funktionen der einzelnen Mitglieder würden allerdings gegeneinander ausgetauscht werden.

Auftraggebervertreter: Sofern es zutreffend sei, dass C*** derzeit (seit 2006) nicht Prüfleiter sei, stelle er keinen gleichwertigen Ersatz für den bisher testierenden B*** dar, da C*** keine Erfahrung im Bereich der leitenden Funktion für Banken oder Zentralbanken vorweisen könne.

Antragstellervertreter: Die einschlägige Erfahrung sei zwar Zuschlagskriterium gewesen. Die Ausschreibungsbedingungen würden jedoch nicht festlegen, dass der testierende Wirtschaftsprüfer auch im Jahr 2010 über diese bewerteten Erfahrungen verfügen müsse.

Auftraggebervertreter: Gemäß Punkt 3.10 letzter Absatz der Ausschreibung (Austausch von Schlüsselpersonal) sei der Austausch von Schlüsselpersonal nur mit Zustimmung und bei "gleichwertigem" Austausch möglich.

Antragstellervertreter: Durch die Testierung des C*** anstelle des B*** im Geschäftsjahr 2010 werde ermöglicht, dass B*** im Geschäftsjahr 2011 testieren könne.

Übereinstimmend wurde festgehalten, dass der unterzeichnende Wirtschaftsprüfer (Abschlussprüfer nach UGB) mit der Zeichnung des Bestätigungsvermerkes Vollständigkeit und Richtigkeit der Prüfung betätige und dafür auch verantwortlich zeichne.

Auftraggeber (E***): Die Jahresabschlussprüfung bestehe aus zwei Teilen:

Aus einer Vorprüfung im Herbst des zu prüfenden Geschäftsjahres (im Oktober 2010 für die Prüfung des Geschäftsjahres 2010) und aus der Hauptprüfung. Bei der Vorprüfung würden unter Zusammenkunft der beiden prüfenden Wirtschaftsprüfer mit dem Auftraggeber sowohl die Prüffelder als auch die Termine festgelegt. Die Jahresabschlussprüfung 2010 habe daher bereits im Herbst 2010 begonnen. An der Vorprüfung hätten C*** und B*** in ihren bisherigen Funktionen teilgenommen. Nunmehr solle der testierende Wirtschaftsprüfer B*** ausgetauscht werden, der seit Auftragsbeginn im Jahr 2006 und auch bei der Koordinierungssitzung 2010 in der Funktion als testierender Wirtschaftsprüfer tätig gewesen sei. Die Hauptprüfung der Jahresabschlussprüfung für das Geschäftsjahr 2010 beginne kommende Woche und ende mit dem Testat. Der Termin für das Testat sei mit Mitte März 2011 festgelegt. Der testierende Wirtschaftsprüfer sei die zentrale Person im Prüfteam. Der Auftraggeber wisse zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht, wer als testierender Prüfleiter fungieren werde.

- -Strichaufzählung

Zum Institut des Ersatzrechnungsprüfers:

Antragstellervertreter: Die Ausschreibungsunterlagen würden den Verhinderungsgrund nicht definieren. Es sei daher nicht ausgeschlossen, dass eine rechtliche Verhinderung als Fall des Einsatzes des Ersatzrechnungsprüfers anzusehen sei. Auch rechtliche Verhinderung sei ein Verhinderungsgrund, etwa, wenn der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Befugnis entzogen würde.

Ab dem Jahr 2012 könne B*** nicht mehr als testierender Wirtschaftsprüfer für den Jahresabschluss der OeNB tätig werden.

Auftraggebervertreter: Unter Hinweis auf das vorher Gesagte (Vorprüfung), könne B*** bereits im Jahr 2011 nicht mehr tätig werden, da eine maßgeblich leitende Funktion iSd § 271a Abs. 3 UGB vorliege. Auftraggebervertreter: Unter Hinweis auf das vorher Gesagte (Vorprüfung), könne B*** bereits im Jahr 2011 nicht mehr tätig werden, da eine maßgeblich leitende Funktion iSd Paragraph 271 a, Absatz 3, UGB vorliege.

Auftraggeber (E***): Die Regelung des Verhinderungsfalles des

Rechnungsprüfers nach NBG und demgemäß die entsprechende Ausschreibungsregelung seien historisch zu verstehen. Ursprünglich hätten nur physische Personen die Jahresabschlussprüfung durchgeführt, später erst Wirtschaftsprüfungsgesellschaften. Diese Regelung sei für den "Notfall" des Wegfalls dieser natürlichen Person durch insbesondere Krankheit, Tod etc. gedacht gewesen. Es handle sich jedenfalls um unvorhergesehene und unvermutet eintretende Verhinderungen.

Antragstellervertreter: Sein Mandant sei eine international tätige Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und verfüge über zahlreiche Wirtschaftsprüfer.

- -Strichaufzählung

Zum Prüfteam:

Auftraggeber (D***): Beim Prüfteam handle es sich um die fünf Mitarbeiter, die im Angebot zu nennen seien und um den testierenden Wirtschaftsprüfer, der ebenfalls im Angebot zu nennen sei.

Prüfleiter sei einer dieser fünf Mitarbeiter bzw. der testierende Wirtschaftsprüfer.

Auftraggebervertreter: Diese sechs Personen würden zum Schlüsselpersonal zählen.

Antragstellervertreter: Die Ausschreibungsunterlagen würden zwischen dem Schlüsselpersonal einerseits und dem testierenden Wirtschaftsprüfer andererseits unterscheiden (Punkt 2.8.2 und Punkt 2.9.2).

Auftraggebervertreter: Würde der testierende Wirtschaftsprüfer nicht zum Schlüsselpersonal zählen, wäre dies widersinnig, da diesfalls die wichtigste Person nicht zum Schlüsselpersonal gehören würde.

Antragstellervertreter: Die Ausschreibungsunterlagen seien unklar und widersprüchlich, was zu Lasten des Auftraggebers gehe.

Auftraggebervertreter: Dies sei eine reine Schutzbehauptung, da der Antragsteller mit seinem Angebot (Punkt 6.2 3. Unterstrich) ausdrücklich erklärt habe, dass die Ausschreibungsunterlage klar gewesen sei. Es habe auch diesbezüglich keine Rückfrage gegeben, wozu der Antragsteller allerdings gegebenenfalls verhalten gewesen wäre (Punkt 1.6 der Ausschreibung).

Auftraggeber (E***): Die Frage, ob der Auftraggeber einem Austausch des testierenden Wirtschaftsprüfers, wie dieser für das Geschäftsjahr 2010 von der Antragstellerin vorgesehen sei, zustimmen würde, hänge davon ab, ob dies rechtlich zulässig sei und von der Qualifikation der Austauschperson. Die allfällige Zustimmung könnte und würde erst nach entsprechender Prüfung erfolgen. Da C*** bislang laut Antragsteller gar nicht Prüfungsleiter, sondern lediglich sonstiges Mitglied des Prüfteams gewesen sein solle, wisse er nicht einmal, ob C*** überhaupt die Qualifikation für einen testierenden Wirtschaftsprüfer erfülle.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Oesterreichische Nationalbank AG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Oesterreichische Nationalbank AG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag (§ 6 BVergG) im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs.1 Z 2 BVergG), der in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 3 BVergG vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 300.000,- (exkl. USt.) pro Jahr angegeben (Los 1 und Los 2 je Euro 146.000,- exkl. USt., Los 3 und Los 4 je Euro 4.000,- exkl. USt.). Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag (Paragraph 6, BVergG) im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG), der in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 300.000,- (exkl. USt.) pro Jahr angegeben (Los 1 und Los 2 je Euro 146.000,- exkl. USt., Los 3 und Los 4 je Euro 4.000,- exkl. USt.).

Gemäß § 13 Abs. 1 2. Satz BVergG sind bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaige Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Da die ausgeschriebenen Rechnungsprüferleistungen aufgrund der ausgeschriebenen Optionen für fünf Jahre vergeben werden können, beträgt der mögliche Gesamtauftragswert iSd § 13 Abs. 1 BVergG Euro 1,5 Mio exkl. USt. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, 2. Satz BVergG sind bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaige Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Da die ausgeschriebenen Rechnungsprüferleistungen aufgrund der ausgeschriebenen Optionen für fünf Jahre vergeben werden können, beträgt der mögliche Gesamtauftragswert iSd Paragraph 13, Absatz eins, BVergG Euro 1,5 Mio exkl. USt.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I:

- -Strichaufzählung

Zum Ausschreibungszeitraum (Vertragslaufzeitraum):

Punkt 1.1 der Ausschreibung lautet:

1.1 Gegenstand der Ausschreibung

Die Oesterreichische Nationalbank (im Folgenden: AG) beabsichtigt, im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Prüfung ihres Jahresabschlusses (JAP, Einzelabschluss und damit zusammenhängende Bestätigungsleistungen), Prüfungen für den Jahresabschluss der EZB und optional IT-Systemprüfungen für das Geschäftsjahr 2011 und für maximal vier der darauf folgenden Geschäftsjahre auszuschreiben. Die Vergabe der nach gegenständlicher Ausschreibung zu vergebenden Leistungen - der gemäß Nationalbankgesetz (NBG) in der derzeit geltenden Fassung (idgF) vorgeschriebenen zwei "Rechnungsprüfer" und zwei "Ersatzrechnungsprüfer" der Oesterreichischen Nationalbank - steht unter dem Vorbehalt, dass die gemäß den Ergebnissen des Vergabeverfahrens vom Generalrat zur Wahl durch die Generalversammlung der Oesterreichischen Nationalbank vorgeschlagenen Prüfer und Ersatzprüfer gemäß Artikel 27 ESZB/EZB-Statut unter Beachtung der für die Auswahl den Zentralbanken des Eurosystems empfohlenen Good Practices der EZB [...] anerkannt werden.

Punkt 1.5 der Ausschreibung lautet:

1.5 Leistungszeitraum

1.5.1 Geschäftsjahr 2011

Die Leistung ist vorerst für 1 Jahr zu erbringen (siehe Pkt. 4.4).

1.5.2 Optionale Verlängerungsmöglichkeit:

Nach Ablauf dieser Frist ist der AG berechtigt, den Vertrag schriftlich um jeweils 1 Jahr bis zu einer Gesamtlaufzeit von maximal fünf Jahren zu verlängern. Eine jährliche Verlängerung ist jedoch nur unter Aufrechterhaltung der in der Angebotsphase definierten Auftragsbedingungen bis (maximal) zum Geschäftsjahr 2015 sowie unter Berücksichtigung allfälliger gesetzlicher Änderungen (insb. gemäß UGB und NBG) oder relevanten Vorgaben des EZB-Rates für Eurosystem-Notenbanken möglich. Die insbesondere in den Punkten 3.6 bis 3.7 enthaltenen Regeln für eine vorzeitige Vertragsauflösung bleiben hiervon unberührt.

Punkt 4.1 der Ausschreibung lautet:

4.1 Allgemeine Leistungsbeschreibung

Leistungsgegenstand ist die Prüfung des Jahresabschlusses (JAP) der Oesterreichischen Nationalbank (Einzelabschluss) für das Geschäftsjahr 2011 einschließlich bestimmter, unter Punkt 4.4.2 näher ausgeführter Prüfungshandlungen betreffend den Jahresabschluss der EZB für das Geschäftsjahr 2011 und für maximal vier der darauffolgenden Geschäftsjahre. Die Prüfungsleistungen betreffend den Jahresabschluss 2011 sowie die unten angeführten Nebenleistungen werden vorerst für ein Jahr beauftragt. Die Oesterreichische Nationalbank behält sich die Option vor, den Auftrag nach Ablauf dieser Frist um jeweils 1 Jahr bis zu einer Gesamtlaufzeit von maximal fünf Jahren schriftlich zu verlängern, dh den Auftragnehmer auch mit den Prüfungsleistungen betreffend die Geschäftsjahre 2012 bis 2015 zu beauftragen. Dabei wird der Auftraggeber den bzw. die Auftragnehmer jährlich zeitnah vom Ergebnis der Wahl der Rechnungsprüfer in der Generalversammlung mittels Auftragsschreiben für das laufende Geschäftsjahr informieren. Die insbesondere in den Punkten 3.6 und 3.7 enthaltenen Regeln für eine vorzeitige Vertragsauflösung bleiben hiervon unberührt. Neben der Prüfung des Jahresabschlusses durch zwei "Rechnungsprüfer" wird auch die Funktion zweier "Ersatzrechnungsprüfer" ausgeschrieben, deren Leistung in der Bereitschaft zur - auch kurzfristigen - Übernahme der Prüfung des Jahresabschlusses im Fall der Verhinderung des (für das jeweilige Geschäftsjahr) gewählten Rechnungsprüfers besteht.

Aus Punkt 1.1 iVm Punkt 1.5 und den diesen Regelungen inhaltlich entsprechenden Regelungen des Punktes 4.1 der Ausschreibung folgt unmissverständlich, dass die Ausschreibung den Zeitraum der Geschäftsjahre 2011 bis 2015 erfasst. Aus Punkt 1.1 in Verbindung mit Punkt 1.5 und den diesen Regelungen inhaltlich entsprechenden Regelungen des Punktes 4.1 der Ausschreibung folgt unmissverständlich, dass die Ausschreibung den Zeitraum der Geschäftsjahre 2011 bis 2015 erfasst.

Die Tatsache, dass der Vertrag "vorerst" nur für das Geschäftsjahr 2011 abgeschlossen werden soll und eine allfällige jährliche - insgesamt vier Mal mögliche - Vertragsverlängerung von der Ausübung der Verlängerungsoption durch den Auftraggeber abhängig ist, vermag hieran nichts zu ändern. Es ist das Wesen einer Option, dass grundsätzlich nicht im Vorhinein feststeht, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Optionsberechtigte die Option ziehen wird.

Die maximal mögliche Vertragslaufzeit beträgt jedenfalls fünf Jahre, sodass ein Bieter mit einer fünfjährigen Vertragslaufzeit zu rechnen und sein Angebot, das die Grundlage allfälliger Vertragsverlängerungen bildet, danach auszurichten hat.

Dies kommt auch im Zuschlagskriterium "Referenzen des künftig testierenden Wirtschaftsprüfers" durch die Verwendung des Wortes "künftig" zum Ausdruck, das auf einen längeren, jedenfalls nicht von vornherein mit einem Vertragsjahr von fünf möglichen Vertragsjahren begrenzten Zeitraum hinweist (vgl. Punkt 2.7 der Ausschreibung). Dies kommt auch im Zuschlagskriterium "Referenzen des künftig testierenden Wirtschaftsprüfers" durch die Verwendung des Wortes "künftig" zum Ausdruck, das auf einen längeren, jedenfalls nicht von vornherein mit einem Vertragsjahr von fünf möglichen Vertragsjahren begrenzten Zeitraum hinweist (vergleiche Punkt 2.7 der Ausschreibung).

Im Übrigen hat der Auftraggeber schon die entsprechende Verlängerungsoption nach der Ausschreibung alt in vollem Umfang genutzt, da mehrjährige Rechnungsprüferbestellungen der jahrzehntelangen Praxis der OeNB entsprechen (siehe mündliche Verhandlung).

Dass die Vertragslaufzeit unter grundsätzlichem Einschluss von Verlängerungsoptionen zu bemessen ist, geht schließlich auch aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Auftragswertberechnung hervor. Gemäß § 13 Abs. 1 2. Satz BVergG ist für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen, einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Dass die Vertragslaufzeit unter grundsätzlichem Einschluss von Verlängerungsoptionen zu bemessen ist, geht schließlich auch aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Auftragswertberechnung hervor. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, 2. Satz BVergG ist für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen, einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

Die Vertragsverlängerung durch Optionsausübung ist allein in das Belieben des Auftraggebers gestellt und kommt jeweils durch einseitige Ausübung des Gestaltungsrechtes des Auftraggebers ohne Zutun des Vertragspartners zustande. Vgl. Pkt. 4.1 der Ausschreibung: "Die Oesterreichische Nationalbank behält sich die Option vor, den Auftrag nach Ablauf dieser Frist (Anm.: des Geschäftsjahres 2011) um jeweils 1 Jahr bis zu einer Gesamtlaufzeit von maximal fünf Jahren schriftlich zu verlängern, das heißt den Auftragnehmer auch mit den Prüfungsleistungen betreffend die Geschäftsjahre 2012 bis 2015 zu beauftragen". Die Vertragsverlängerung durch Optionsausübung ist allein in das Belieben des Auftraggebers gestellt und kommt jeweils durch einseitige Ausübung des Gestaltungsrechtes des Auftraggebers ohne Zutun des Vertragspartners zustande. Vgl. Pkt. 4.1 der Ausschreibung: "Die Oesterreichische Nationalbank behält sich die Option vor, den Auftrag nach Ablauf dieser Frist Anmerkung, des Geschäftsjahres 2011) um jeweils 1 Jahr bis zu einer Gesamtlaufzeit von maximal fünf Jahren schriftlich zu verlängern, das heißt den Auftragnehmer auch mit den Prüfungsleistungen betreffend die Geschäftsjahre 2012 bis 2015 zu beauftragen".

Die Verlängerung ist - wie sich aus den mangels Anfechtung innerhalb der Frist § 321 Abs. 1 BVergG bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen ergibt - (vgl. etwa VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233 uva und, dem folgend, in ständiger Rechtsprechung das Bundesvergabeamt, vgl. etwa BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 uva) - ausdrücklich nur unter Aufrechterhaltung der in der Angebotsphase definierten Auftragsbedingungen möglich (Punkt 1.5.2 2. Satz der Ausschreibung). Die Verlängerung ist - wie sich aus den mangels Anfechtung innerhalb der Frist Paragraph 321, Absatz eins, BVergG bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen ergibt - vergleiche etwa VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233 uva und, dem folgend, in ständiger Rechtsprechung das Bundesvergabeamt, vergleiche etwa BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 uva) - ausdrücklich nur unter Aufrechterhaltung der in der Angebotsphase definierten Auftragsbedingungen möglich (Punkt 1.5.2 2. Satz der Ausschreibung).

Eine Vertragsverlängerung hat somit auf Basis der in der Angebotsphase definierten, grundsätzlich unverändert beizubehaltenden Auftragsbedingungen zu erfolgen.

In Folge dessen hat sich das Angebot und die in diesem zu treffenden Festlegungen nicht bloß auf das Geschäftsjahr 2011, sondern auf den unter Ausschöpfung der Optionen in ihrem vollen Umfang maximal möglichen

Gesamtvertragslaufzeitraum von fünf Jahren (Geschäftsjahre 2011 bis 2015) zu erstrecken. Mit dem Angebot sind somit Rechnungsprüferleistungen für einen Zeitraum von fünf Jahren anzubieten.

Abschließend sei erwähnt, dass schon in den einschlägigen Bestimmungen der Unterlagen zur öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises bezüglich der Vertragslaufzeit nichts anderes normiert wird [vgl. Punkt 1.1 (Gegenstand der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises, Punkt 1.5 (Leistungszeitraum) und ebenso Punkt II.1.5 und Punkt II.2.2 der Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe im Supplement zum Amtsblatt der EG]. Abschließend sei erwähnt, dass schon in den einschlägigen Bestimmungen der Unterlagen zur öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises bezüglich der Vertragslaufzeit nichts anderes normiert wird [vgl. Punkt 1.1 (Gegenstand der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises, Punkt 1.5 (Leistungszeitraum) und ebenso Punkt römisch zwei.1.5 und Punkt römisch zwei.2.2 der Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe im Supplement zum Amtsblatt der EG].

- Zum zu bestellenden (im Angebot namhaft zu machenden) verantwortlichen Wirtschaftsprüfer:

Den Ausschreibungsregelungen ist zu entnehmen, dass - und insofern ist dem Antragsteller zuzustimmen - im Angebot nur ein (einziger) Rechnungsprüfer namhaft zu machen ist.

Dies folgt schon aus grammatikalischer Sicht, da der Rechnungsprüfer in allen einschlägigen Ausschreibungsbestimmungen jeweils ausschließlich im Singular genannt wird. Beispielhaft sei etwa Punkt 2.7 2. Absatz der Ausschreibung (Zuschlagskriterien) angeführt: "Bei allen 4 Losen werden die Angebote nach dem angebotenen Honorar, der Qualifikation des tatsächlich zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonals des Prüfteams und den Referenzen des künftig testierenden Rechnungsprüfers bewertet".

Vgl. weiters Punkt 5.2 der Ausschreibung:

5.2 Referenzen des zukünftig testierenden Wirtschaftsprüfers

Die Tabellen sind für jeweils max. 5 Referenzprojekte auszufüllen. Im Rahmen des Zuschlagskriteriums "Referenzen des zukünftig testierenden Wirtschaftsprüfers" werden lediglich bereits veröffentlichte Jahresabschlüsse (keine Zwischenabschlüsse) der Jahre 2006, 2007, 2008 oder 2009 von Kreditinstituten gem. § 1 BWG oder Zentralbanken des Eurosystems als Referenzen berücksichtigt, die vom testierenden Wirtschaftsprüfer testiert wurden. Kann ein Referenzprojekt beiden genannten Referenzarten zugeordnet werden, so kann dieses auch doppelt genannt werden. Die Abschlussprüfung ein und desselben Unternehmens über mehrere Wirtschaftsjahre gilt jedoch als ein Referenzprojekt. Bei Referenzen die "joint audits" zum Gegenstand hatten, hat der Leistungsanteil des Bieters für den der testierende Wirtschaftsprüfer tätig wurde bzw. des testierenden Wirtschaftsprüfers (als Einzelunternehmer) zumindest 50% zu betragen. Die Tabellen sind für jeweils max. 5 Referenzprojekte auszufüllen. Im Rahmen des Zuschlagskriteriums "Referenzen des zukünftig testierenden Wirtschaftsprüfers" werden lediglich bereits veröffentlichte Jahresabschlüsse (keine Zwischenabschlüsse) der Jahre 2006, 2007, 2008 oder 2009 von Kreditinstituten gem. Paragraph eins, BWG oder Zentralbanken des Eurosystems als Referenzen berücksichtigt, die vom testierenden Wirtschaftsprüfer testiert wurden. Kann ein Referenzprojekt beiden genannten Referenzarten zugeordnet werden, so kann dieses auch doppelt genannt werden. Die Abschlussprüfung ein und desselben Unternehmens über mehrere Wirtschaftsjahre gilt jedoch als ein Referenzprojekt. Bei Referenzen die "joint audits" zum Gegenstand hatten, hat der Leistungsanteil des Bieters für den der testierende Wirtschaftsprüfer tätig wurde bzw. des testierenden Wirtschaftsprüfers (als Einzelunternehmer) zumindest 50% zu betragen.

Die Nachweise in Bezug auf die Referenzprojekte sind durch Beilage folgender Unterlagen zu führen:

Angabe der Referenzprojekte jeweils unter Darlegung der Einhaltung der in Punkt 2.8.3 bzw. 2.9.3 festgelegten Anforderungen samt Kopie der Testatseite des jeweiligen Jahresabschlusses (Mandant, Geschäftsjahr und Name des AN muss ersichtlich sein; siehe Tabellen 5.2).

Der Bieter hat pro angegebener Referenz in max. 1/2 DIN-A4-Seite zu beschreiben, welche konkreten Leistungen der/die angegebene Wirtschaftsprüfer(in) in dem jeweiligen Referenzprojekt erbracht hat.

Nicht als Referenzen gelten nicht abgeschlossene Projekte, Projekte die Jahresabschlüsse vor dem Jahr 2006 betreffen, mangels Detailangaben nicht überprüfbare Projekte und Projekte für mit dem Bieter verbundene Unternehmen. Für jedes Projekt ist eine Tabelle auszufüllen.

Die Referenzen des namhaft gemachten testierenden Wirtschaftsprüfers werden beim Zuschlagskriterium "Referenzen des zukünftig testierenden Wirtschaftsprüfers" bei allen 4 Losen bewertet.

Name des testierenden

Wirtschaftsprüfers

Dementsprechend ist für den vom Bieter im vorstehend wiedergegebenen Punkt

5.2 seines Angebotes zu nominierenden testierenden Wirtschaftsprüfer auch nur ein Kästchen mit einer Zeile vorgesehen ("Name des zukünftig testierenden Wirtschaftsprüfers").

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). 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 einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, 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 vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001- BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 uva.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). 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 einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, 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 vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001- BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 uva.).

Aus diesen der Ausschreibungsauslegung zu Grunde zu legenden Interpretationsregeln ergibt sich allerdings nicht nur, dass der Bieter nur einen künftig testierenden Wirtschaftsprüfer namhaft zu machen hat, sondern auch, dass es sich bei diesem im Angebot zu nominierenden künftig testierenden Wirtschaftsprüfer um den während der Gesamtvertragsdauer beizubehaltenden testierenden Wirtschaftsprüfer zu handeln hat (vgl. "künftig testierender Wirtschaftsprüfer"). Einem redlichen Bieter unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt musste erkennbar sein, dass es sich bei dem einmal im Angebot angegebenen, für die künftige Auftragserfüllung heranzuziehenden testierenden Wirtschaftsprüfer um eine nicht mehr auswechselbare, während des Gesamtvertragslaufzeitraumes diese Funktion bekleidende Person zu handeln hat. Aus diesen der Ausschreibungsauslegung zu Grunde zu legenden Interpretationsregeln ergibt sich allerdings nicht nur, dass der Bieter nur einen künftig testierenden Wirtschaftsprüfer namhaft zu machen hat, sondern auch, dass es sich bei diesem im Angebot zu nominierenden künftig testierenden Wirtschaftsprüfer um den während der Gesamtvertragsdauer beizubehaltenden testierenden Wirtschaftsprüfer zu handeln hat vergleiche "künftig testierender Wirtschaftsprüfer"). Einem redlichen Bieter unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt musste erkennbar sein, dass es sich bei dem einmal im Angebot angegebenen, für die künftige Auftragserfüllung heranzuziehenden testierenden Wirtschaftsprüfer um eine nicht mehr auswechselbare, während des Gesamtvertragslaufzeitraumes diese Funktion bekleidende Person zu handeln hat.

Dies ist schon dem in die gegenständliche Ausschreibung - anders noch als in die Ausschreibung alt - in Punkt 1.5.2 ausdrücklich aufgenommenen Passus zu entnehmen, dass eine jährliche Verlängerung nur unter Aufrechterhaltung

der in der Angebotsphase definierten Auftragsbedingungen möglich ist. Zu den in der Angebotsphase definierten Auftragsbedingungen zählt zweifellos auch der vom Bieter in Punkt 5.2 seines Angebotes namhaft gemachte künftig testierende Wirtschaftsprüfer.

Weiters ist dies aus den Ausschreibungsregelungen in ihrem Zusammenhang, insbesondere daraus zu schließen, dass die Referenzen des testierenden Wirtschaftsprüfers ein Zuschlagskriterium bilden.

Gemäß Punkt 2.7 2. Absatz der Ausschreibung werden die Angebote bei allen vier Losen nach dem angebotenen Honorar, der Qualifikation des tatsächlich zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonals des Prüfungsteams und den Referenzen des künftig testierenden Rechnungsprüfers bewertet. Die Referenzen des testierenden Wirtschaftsprüfers werden dabei bei allen vier Losen (Los 1: Rechnungsprüfer, 2 Los: Rechnungsprüfer, Los 3: Ersatzrechnungsprüfer, Los 4: Ersatzrechnungsprüfer) mit maximal je 20 Punkten bewertet.

Die Referenzen des künftig testierenden Wirtschaftsprüfers fließen in die Angebotsbewertung ein und sind bei jedem Los für die letztlich zu treffende Zuschlagserteilung - und die sich daran anschließende Leistungserbringung - von wesentlicher Bedeutung. In diesem Sinne hält auch Punkt 3.10 der Ausschreibung (Austausch von Schlüsselpersonal) klarstellend fest: "Die nachgewiesenen Qualifikationen des genannten Prüfungsteams (inkl. der Referenzen des testierenden Wirtschaftsprüfers) bilden neben dem Honorar

[...]... eine wesentliche Vertragsgrundlage.

Der Auftraggeber gibt damit zu erkennen, dass es ihm bei der Auswahl seines künftigen Vertragspartners gerade auch auf die konkrete Person des vom Bieter angebotenen testierenden Wirtschaftsprüfers mit den durch seine personenbezogenen Referenzen nachgewiesenen Qualifikationen ankommt. Gleichzeitig damit liegt aber auf der Hand, dass der im Angebot angegebene, für die künftige Vertragserfüllung vorgesehene testierende Wirtschaftsprüfer während des laufenden Vertragsverhältnisses nicht nach Belieben des Auftragnehmers ausgetauscht werden darf.

Hieran lassen auch die Regelungen des Punktes 3.10 der Ausschreibung betreffend den Austausch von Schlüsselpersonal keinen Zweifel:

3.10 Austausch von Schlüsselpersonal

Der AN verpflichtet sich, die im Vergabeverfahren als Schlüsselpersonal namhaft gemachten Mitarbeiter bei der Leistungsdurchführung einzusetzen.

Die nachgewiesenen Qualifikationen des genannten Prüfteams (inkl. der Referenzen des testierenden Wirtschaftsprüfers) bilden neben dem Honorar eine wesentliche Grundlage für die Bewertung und Reihung des Angebotes, weshalb der künftige Einsatz des angebotenen Teams in der Leistungserbringung im Zeitraum 2011 bis 2015 eine wesentliche Vertragsgrundlage bildet. Es können über die genannten (max. 5) Teammitglieder weitere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zum Einsatz kommen, jedoch ist eine maßgebliche Beteiligung der im Angebot genannten sicherzustellen.

Das im Vergabeverfahren genannte Schlüsselpersonal darf für die gesamte Dauer der Erfüllung des Vertrages nur mit schriftlicher Zustimmung des AG ausgetauscht werden. Der beabsichtigte Wechsel von Schlüsselpersonal ist dem AG ehestmöglich schriftlich bekannt zu geben.

Dem schriftlichen Antrag des AN auf Zustimmung zum personellen Wechsel von Schlüsselpersonal sind Unterlagen und Nachweise beizuschließen, aus denen sich die erforderliche Qualifikation des neuen Schlüsselpersonales ergibt.

Die Zustimmung zum Wechsel wird vom AG dann gewährt werden, wenn die für die Schlüsselposition in Frage kommende Ersatzperson dem Mitarbeiter/Dienstnehmer des AN, der die Schlüsselposition bisher innehatte, zumindest gleichwertig ist, und keine schwerwiegenden sonstigen Gründe gegen die Ersatzperson sprechen.

Dürfen aber schon die im Angebot jeweils mit ihren Profilen als Schlüsselpersonal anzugebenden fünf Mitarbeiter (vgl. die Tabellen 5.1.1 - 5.1.5) für die gesamte Dauer der Vertragserfüllung nur mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers ausgetauscht werden, ist nicht davon auszugehen, dass der testierende Wirtschaftsprüfer - als zentrales Mitglied des Prüfteams, das für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Jahresabschlusses verantwortlich zeichnet - ohne weiteres einseitig vom Auftragnehmer ausgetauscht werden darf. Dafür spricht auch, dass in PunktDürfen aber schon die im Angebot jeweils mit ihren Profilen als Schlüsselpersonal anzugebenden fünf Mitarbeiter vergleiche die Tabellen 5.1.1 - 5.1.5) für die gesamte Dauer der Vertragserfüllung nur mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers

ausgetauscht werden, ist nicht davon auszugehen, dass der testierende Wirtschaftsprüfer - als zentrales Mitglied des Prüfteams, das für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Jahresabschlusses verantwortlich zeichnet - ohne weiteres einseitig vom Auftragnehmer ausgetauscht werden darf. Dafür spricht auch, dass in Punkt

3.10 der Ausschreibung (Austausch von Schlüsselpersonal), im Zusammenhang mit den eine wesentliche Grundlage für die Angebotsbewertung und -Reihung nachgewiesenen Qualifikationen des genannten Prüfteams die Referenzen des testierenden Wirtschaftsprüfers ausdrücklich genannt werden.

Der gegenteiligen Auffassung des Antragstellers, wonach die Funktion des testierenden Wirtschaftsprüfers bzw. die Funktionen der einzelnen Mitglieder des Prüfteams ganz allgemein, wechselseitig gegeneinander austauschbar sein sollten, solange diese Funktionen nur innerhalb des bisherigen Prüfteams verbleiben würden, kann nicht gefolgt werden. Dies würde einen grundlegenden Wertungswiderspruch zu den Regelungen des Punktes

3.10 der Ausschreibung bedeuten, die bereits den Austausch "gewöhnlicher" Prüfteammitglieder an die Voraussetzung der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers bindet. Die erforderliche Zustimmung des Auftraggebers wird unter anderem nur dann gewährt, wenn die Ersatzperson dem bisher eingesetzten Mitarbeiter zumindest gleichwertig ist. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass C*** - nach der Darstellung des Antragstellers - bei den Jahresabschlussprüfungen des Auftraggebers bisher lediglich Mitglied des Prüfteams ohne jegliche maßgeblich leitende Funktion gewesen sein soll.

Feststeht, dass der vom Antragsteller im Angebot namhaft gemachte testierende Wirtschaftsprüfer B*** im derzeit noch aufrechten Vertragsverhältnis des Auftraggebers mit dem Antragsteller (Geschäftsjahre 2006-2010) bisher vier Mal (in den Geschäftsjahren 2006-2009) als testierender Wirtschaftsprüfer den Jahresabschluss des Auftraggebers gezeichnet hat.

§ 271a Abs. 1 Z 4 UGB idgF des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 58/2010, (Ausschlussgründe in besonderen Fällen), lautet: Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB idgF des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 58 aus 2010,, (Ausschlussgründe in besonderen Fällen), lautet:

Ein Wirtschaftsprüfer ist als Abschlussprüfer einer Gesellschaft im Sinn des § 221 Abs. 3 zweiter Satz sowie einer großen Gesellschaft, bei der das Fünffache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft (§ 221 Abs. 3 erster Satz in Verbindung mit Abs. 4 bis 6) überschritten wird, neben den in § 271 Abs. 2 genannten Gründen ausgeschlossen, wenn er einen Bestätigungsvermerk gemäß § 274 über die Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft bereits in fünf Fällen gezeichnet hat; dies gilt nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinander folgende Geschäftsjahre. Ein Wirtschaftsprüfer ist als Abschlussprüfer einer Gesellschaft im Sinn des Paragraph 221, Absatz 3, zweiter Satz sowie einer großen Gesellschaft, bei der das Fünffache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft (Paragraph 221, Absatz 3, erster Satz in Verbindung mit Absatz 4 bis 6) überschritten wird, neben den in Paragraph 271, Absatz 2, genannten Gründen ausgeschlossen, wenn er einen Bestätigungsvermerk gemäß Paragraph 274, über die Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft bereits in fünf Fällen gezeichnet hat; dies gilt nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinander folgende Geschäftsjahre.

Gemäß § 271 Abs. 1 Z 4 UGB ist B*** daher - wie der Antragsteller selbst einräumt - ab dem Geschäftsjahr 2012 im Bezug auf den Jahresabschluss des Auftraggebers von der Tätigkeit des testierenden Wirtschaftsprüfers ausgeschlossen. Gemäß Paragraph 271, Absatz eins, Ziffer 4, UGB ist B*** daher - wie der Antragsteller selbst einräumt - ab dem Geschäftsjahr 2012 im Bezug auf den Jahresabschluss des Auftraggebers von der Tätigkeit des testierenden Wirtschaftsprüfers ausgeschlossen.

Da B*** in der ausschreibungsgegenständlichen Zeitspanne nicht mehr als testierender Wirtschaftsprüfer fungieren darf, kann B*** aber nicht in einem sich auf den ausschreibungsgegenständlichen Leistungszeitraum zu beziehenden Angebot als testierender Wirtschaftsprüfer namhaft gemacht werden.

§ 271a Abs. 3 UGB lautet: Paragraph 271 a, Absatz 3, UGB lautet:

Eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist von der Abschlussprüfung einer in Abs. 1 genannten Gesellschaft neben den in § 271 Abs. 4 genannten Gründen ausgeschlossen, wenn sie selbst, einer ihrer gesetzlichen Vertreter, ein Gesellschafter, ein mit ihr verbundenes Unternehmen oder eine von ihr bei der Prüfung beschäftigte Person nach Abs. 1 ausgeschlossen ist, oder einer ihrer Gesellschafter an einer ausgeschlossenen Gesellschaft beteiligt ist, oder jemand,

der zumindest mittelbar an der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beteiligt ist, auch an einer ausgeschlossenen Gesellschaft mit mehr als fünf von Hundert zumindest mittelbar beteiligt ist. Abs. 1 Z 4 findet dabei mit der Maßgabe Anwendung, dass von der Prüfung der den Bestätigungsvermerk unterzeichnende Wirtschaftsprüfer nach Abs. 1 Z 4 ausgeschlossen wäre; dies gilt sinngemäß für eine für ihn tätige Person, die eine maßgeblich leitende Funktion bei der Prüfung ausübt. Eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist von der Abschlussprüfung einer in Absatz eins, genannten Gesellschaft neben den in Paragraph 271, Absatz 4, genannten Gründen ausgeschlossen, wenn sie selbst, einer ihrer gesetzlichen Vertreter, ein Gesellschafter, ein mit ihr verbundenes Unternehmen oder eine von ihr bei der Prüfung beschäftigte Person nach Absatz eins, ausgeschlossen ist, oder einer ihrer Gesellschafter an einer ausgeschlossenen Gesellschaft beteiligt ist, oder jemand, der zumindest mittelbar an der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beteiligt ist, auch an einer ausgeschlossenen Gesellschaft mit mehr als fünf von Hundert zumindest mittelbar beteiligt ist. Absatz eins, Ziffer 4, findet dabei mit der Maßgabe Anwendung, dass von der Prüfung der den Bestätigungsvermerk unterzeichnende Wirtschaftsprüfer nach Absatz eins, Ziffer 4, ausgeschlossen wäre; dies gilt sinngemäß für eine für ihn tätige Person, die eine maßgeblich leitende Funktion bei der Prüfung ausübt.

Nach § 271a Abs. 3 UGB ist demnach nicht nur ein vom Ausschlussgrund des § 271a Abs. 1 Z 4 UGB betroffener Wirtschaftsprüfer (als natürliche Person), sondern auch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft von der Abschlussprüfung ausgeschlossen, die hierzu eine vom Ausschlussstatbestand des § 271a Abs. 1 Z 4 UGB betroffenen Wirtschaftsprüfer heranzieht (arg. "Eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ... ist von der Abschlussprüfung ausgeschlossen ... Abs. 1 Z 4 findet dabei mit der Maßgabe Anwendung, dass ... von der Prüfung der den Bestätigungsvermerk unterzeichnende Wirtschaftsprüfer nach Abs. 1 Z 4 ausgeschlossen wäre").

Die Regelungen des § 271a Abs. 1 Z 4 iVm Abs. 3 letzter Satz UGB ermöglichen zwar grundsätzlich eine sogenannte "personenbezogene Rotation", Die Regelungen des Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, in Verbindung mit Absatz 3, letzter Satz UGB ermöglichen zwar grundsätzlich eine sogenannte "personenbezogene Rotation",

1. d. Litera d

h einen internen Austausch eines den Jahresabschluss ein und derselben Gesellschaft bereits fünf Mal testiert habenden Wirtschaftsprüfers durch einen anderen Wirtschaftsprüfer dieser Gesellschaft, um den anderenfalls laut Gesetz eintretenden Ausschlussstatbestand der Gesellschaft hinten zu halten (vgl. 927 der Beilagen XXII, GP - Regierungsvorlage-Materialien zu § 271a Abs. 1 Z 4 UGB, Seite 15f: "Z 4 schlägt in Verbindung mit Abs. 3 letzter Satz die interne Rotation für die Prüfung von sehr großen...und jedenfalls von börsennotierten Gesellschaften vor"). h einen internen Austausch eines den Jahresabschluss ein und derselben Gesellschaft bereits fünf Mal testiert habenden Wirtschaftsprüfers durch einen anderen Wirtschaftsprüfer dieser Gesellschaft, um den anderenfalls laut Gesetz eintretenden Ausschlussstatbestand der Gesellschaft hinten zu halten vergleiche 927 der Beilagen römisch 22, Gesetzgebungsperiode - Regierungsvorlage-Materialien zu Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB, Seite 15f: "Z 4 schlägt in Verbindung mit Absatz 3, letzter Satz die interne Rotation für die Prüfung von sehr großen...und jedenfalls von börsennotierten Gesellschaften vor").

Der Antragsteller übersieht jedoch, dass von dieser an sich bestehenden Möglichkeit im vorliegenden Fall aufgrund der Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen kein Gebrauch gemacht werden kann.

Ein redlicher verständiger Bieter hat sich auch mit den für ihn einschlägigen berufsrechtlichen Regelungen - einschließlich jener des UGB über die Ausschlussgründe eines Wirtschaftsprüfers - vertraut zu machen. In Zusammenschau mit den Ausschreibungsregelungen muss ihm daher erkennbar sein, dass es sich bei dem im Angebot zu nennenden testierenden Wirtschaftsprüfer um eine solche Person zu handeln hat, der eine durchgängige Tätigkeit während des Gesamtvertragszeitraumes auch in rechtlicher Hinsicht gestattet ist. Ein testierender Wirtschaftsprüfer, der wie B*** dieser Fähigkeit innerhalb des möglichen Vertragslaufzeitraumes verlustig geht und diese Tatsache im Vorhinein feststeht, kann daher im Angebot nicht als künftig testierender Wirtschaftsprüfer namhaft gemacht werden.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Antragsteller mit der Angabe von B*** als künftig testierender Wirtschaftsprüfer eine Leistung anbietet, zu deren Erbringung er aus rechtlichen Gründen gar nicht in der Lage ist.

Auch das in der Ausschreibung vorgesehene Institut des Ersatzrechnungsprüfers führt zu keiner abweichenden Beurteilung und vermag eine Austauschbarkeit des verantwortlichen Wirtschaftsprüfers, wie diese der Antragsteller ab dem Geschäftsjahr 2012 durch Ersatz des B*** durch C*** vorzunehmen beabsichtigt, nicht zu begründen.

Punkt 4.1 letzter Absatz (Allgemeine Leistungsbeschreibung der Ausschreibung) lautet:

Neben der Prüfung des Jahresabschlusses durch zwei "Rechnungsprüfer" wird auch die Funktion zweier "Ersatzrechnungsprüfer" ausgeschrieben, deren Leistung in der Bereitschaft zur - auch kurzfristigen - Übernahme der Prüfung des Jahresabschlusses im Falle der Verhinderung des (für das jeweilige Geschäftsjahr) gewählten Rechnungsprüfers besteht.

Punkt 4.5 der Ausschreibung lautet:

1.5 (Zu erbringende Leistung der Ersatzrechnungsprüfer)

Die Leistung der Ersatzrechnungsprüfer besteht in einem "Zurverfügunghalten", d.h. in der Bereitschaft zur - auch kurzfristigen - Übernahme der Prüfung des Jahresabschlusses im Falle der Verhinderung des (für das jeweilige Geschäftsjahr) gewählten Rechnungsprüfers. Um im Fall der Übernahme der Funktion eines Rechnungsprüfers ein rasches Aufnehmen der Prüfungstätigkeit zu ermöglichen, werden dem Ersatzrechnungsprüfer, der für den Fall des Abrufs der Prüfungsleistungen durch den AG die in Pkt. 4.4. beschriebenen Leistungen zu erbringen hat, alle Informationen, Unterlagen, etc. umgehend und im gleichen Umfang wie dem zuvor betrauten Rechnungsprüfer, dessen Aufgaben auf ihn übergehen, zugänglich gemacht werden, um die Prüfung (gemeinsam mit dem zweiten Rechnungsprüfer) aufnehmen bzw. fortsetzen zu können. Tritt der Fall ein, dass der Ersatzrechnungsprüfer die Funktion des Rechnungsprüfers übernehmen muss, hat er die in Pkt. 4.4.1, 4.4.2 und gegebenenfalls auch 4.4.3 (so diese noch nicht erbracht wurden) beschriebenen Leistungen im vollen Umfang zu dem von ihm angebotenen Honorar für die Jahresabschlussprüfung zu erbringen.

Die Ausschreibungsregelungen betreffend das Erfordernis der Bestellung zweier Rechnungsprüfer und zweier Ersatzrechnungsprüfer durch die OeNB sind in § 37 Abs. 1 NBG begründet (siehe oben). Die Ausschreibungsregelungen betreffend das Erfordernis der Bestellung zweier Rechnungsprüfer und zweier Ersatzrechnungsprüfer durch die OeNB sind in Paragraph 37, Absatz eins, NBG begründet (siehe oben).

Das Institut des Ersatzrechnungsprüfers bezweckt die Sicherstellung einer Personalreserve für unvermutet eintretende Verhinderungsfälle des Rechnungsprüfers. Das Institut des Ersatzrechnungsprüfers dient jedoch nicht dazu, dem Auftragnehmer nachträglich einseitig - von der Ausschreibung nicht gedeckte - Vertragsänderungen (Abänderung der Auftragsgrundlagen) zu ermöglichen.

Wenngleich der "Verhinderungsfall" in der Ausschreibung nicht definiert wird, ist unter "Verhinderung" iSd Punktes 4.5 der Ausschreibung schon nach allgemeinem Sprachverständnis ein unvorhergesehener, unabwendbarer Umstand, wie insbesondere Krankheit oder Tod des vorgesehenen Rechnungsprüfers, zu verstehen.

Wie der Auftraggeber (E***) in der mündlichen Verhandlung in diesem Zusammenhang nachvollziehbar erläuterte, sind die Regelungen des NBG betreffend den Ersatzrechnungsprüfer aus ihrer Entstehungsgeschichte heraus zu verstehen. Da ursprünglich ausschließlich physische Personen (Wirtschaftsprüfer) die Jahresabschlussprüfung durchgeführt haben und erst in späterer Zeit Wirtschaftsprüfungsgesellschaften tätig wurden, war diese Regelung für den "Notfall" des Wegfalls dieser natürlichen Person, durch insbesondere Krankheit und Tod, gedacht.

Ein rechtliches Hindernis zur Tätigkeit hingegen, dessen Eintritt einschließlich des Zeitpunktes seines Eintrittes noch dazu im Vorhinein, ja sogar schon im Zeitpunkt der Angebotslegung, feststeht - B*** ist als testierender Wirtschaftsprüfer ab 2012 rechtlich "verhindert" - ist unter einer Verhinderung iSd Punkt 4.5 der Ausschreibung nicht zu verstehen.

Der Antragsteller vermeint offenbar, sich durch Verweis auf nicht verhinderte (Ersatz)rechnungsprüfer anderer Bieter der eigenen ausschreibungsgemäßen Verpflichtung zur Stellung (tauglicher) Rechnungsprüfer entledigen zu können.

Damit verkennt der Antragsteller, dass ein Bieter laut Ausschreibung bei sonstiger Nichtberücksichtigung seines Angebotes sowohl einen Rechnungsprüfer als auch einen Ersatzrechnungsprüfer anzubieten hat. Gemäß Punkt 4.3 2.

Absatz der Ausschreibung "werden nur solche Angebote berücksichtigt, bei denen sowohl die Wahrnehmung der Funktion eines Rechnungsprüfers als auch, separat davon, die Funktion eines Ersatzrechnungsprüfers...angeboten wird". Der im Angebot des Antragstellers angebotene testierende Wirtschaftsprüfer B*** kann jedoch ab dem 2. Vertragsjahr (Geschäftsjahr 2012) weder als Rechnungsprüfer noch als Ersatzrechnungsprüfer eingesetzt werden.

Aber selbst wenn man nach der - abzulehnenden - Auffassung des Antragstellers einen Wechsel des testierenden Rechnungsprüfers - ohne dass dieser durch eine Verhinderung iSd Punkt 4.5 der Ausschreibung bedingt wäre - als zulässig erachten sollte, so dürfte der vorgesehene C*** als "Austauschperson" für B*** ohnedies nicht in Betracht kommen. Dies im Hinblick darauf, dass C*** in Bezug auf die Ausschreibung alt des Auftraggebers bereits fünf Mal in maßgeblich leitender Funktion tätig gewesen sein dürfte.

Im Angebot des Antragstellers zur Ausschreibung alt (Punkt 3, Projektteam) ist nämlich der ab dem Geschäftsjahr 2012 vom Antragsteller an Stelle des B*** als testierender Wirtschaftsprüfer in Aussicht genommene C*** als "Prüfungsleiter vor Ort" genannt. Weiters lautet es unter Punkt 3 des Angebotes des Antragstellers zur Ausschreibung alt: "Die Organisation, Koordination und Leitung der Abschlussprüfung erfolgt durch unseren Geschäftsführer B***, Wirtschaftsprüfer sowie durch C***".

Der damit nicht in Einklang zu bringenden Behauptung des Antragstellervertreeters in der mündlichen Verhandlung, dass C*** bei der Jahresabschlussprüfung des Auftraggebers bisher überhaupt nicht in maßgeblich leitender Funktion, sondern bloß "Mitglied des Prüfteams" gewesen sein soll, vermochte sich das Bundesvergabeamt nicht anzuschließen.

Von der Glaubwürdigkeit dieses Vorbringens konnte der Antragsteller das Bundesvergabeamt schon deshalb nicht überzeugen, da C*** wie auch B*** - in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen geblieben - noch im Herbst 2010 an der Vorprüfung des Jahresabschlusses 2010 und im Oktober 2010 an der in deren Rahmen stattgefundenen Koordinierungssitzung des Auftraggebers in ihren bisherigen Funktionen teilgenommen haben.

Bei der im Herbst des jeweils zu prüfenden Geschäftsjahres stattfindenden Vorprüfung der Jahresabschlussprüfung werden die Prüffelder und Termine mit dem Auftraggeber festgelegt (vgl. E*** mündliche Verhandlung). Hätte C*** entgegen der Angaben im Angebot des Antragstellers bisher (d.h. in den Geschäftsjahren 2006 bis 2009) keine maßgeblich leitende Funktion im Bezug auf die Jahresabschlussprüfung des Auftraggebers ausgeübt bzw. würde ihm eine solche bei der Prüfung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 auch weiterhin nicht zukommen, wäre nicht anzunehmen, dass C*** als "schlichtes" Prüfteammitglied an der Vorprüfung der Jahresabschlussprüfung 2010 einschließlich der Koordinierungssitzung teilgenommen hätte. Bei der im Herbst des jeweils zu prüfenden Geschäftsjahres stattfindenden Vorprüfung der Jahresabschlussprüfung werden die Prüffelder und Termine mit dem Auftraggeber festgelegt (vergleiche E*** mündliche Verhandlung). Hätte C*** entgegen der Angaben im Angebot des Antragstellers bisher (d.h. in den Geschäftsjahren 2006 bis 2009) keine maßgeblich leitende Funktion im Bezug auf die Jahresabschlussprüfung des Auftraggebers ausgeübt bzw. würde ihm eine solche bei der Prüfung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 auch weiterhin nicht zukommen, wäre nicht anzunehmen, dass C*** als "schlichtes" Prüfteammitglied an der Vorprüfung der Jahresabschlussprüfung 2010 einschließlich der Koordinierungssitzung teilgenommen hätte.

Sollte allerdings C*** bisher tatsächlich keine leitende Funktion im Bezug auf die Jahresabschlussprüfung des Auftraggebers wahrgenommen haben, wie der Antragsteller darzutun versucht, wäre in Anlehnung an die Regelung des Punktes 3.10 der Ausschreibung die erforderliche Qualifikation des C*** für einen auf dem Banken- bzw. Zentralbankensektor tätigen testierenden Wirtschaftsprüfer in Frage zu stellen. (Gemäß Punkt 3.10 der Ausschreibung ist der Austausch eines Mitarbeiters an die unter anderem nur bei zumindest Gleichwertigkeit der Ersatzperson zu erteilende Zustimmung des Auftraggebers gebunden).

- -Strichaufzählung
- Abschließende Schlussfolgerungen:

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung u.a. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung u.a. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden.

In der Angabe von B*** als testierenden Wirtschaftsprüfer im Angebot des Antragstellers liegt eine zum Ausscheiden des Angebotes führende Ausschreibungswidrigkeit begründet. Mit seinem Angebot (siehe das einen Ausschreibungsbestandteil bildende Angebot samt Angebotserklärung) erklärt der Bieter unter anderem ausdrücklich, dass keine Befangenheits- und Ausschlussgründe gemäß § 271ff UGB vorliegen (Punkt 6.2 der Ausschreibung, Allgemeine Erklärungen). In der Angabe von B*** als testierenden Wirtschaftsprüfer im Angebot des Antragstellers liegt eine zum Ausscheiden des Angebotes führende Ausschreibungswidrigkeit begründet. Mit seinem Angebot (siehe das einen Ausschreibungsbestandteil bildende Angebot samt Angebotserklärung) erklärt der Bieter unter anderem ausdrücklich, dass keine Befangenheits- und Ausschlussgründe gemäß Paragraph 271 f, f, UGB vorliegen (Punkt 6.2 der Ausschreibung, Allgemeine Erklärungen).

Ein solcher Ausschlussgrund ist jedoch verwirklicht, da der Antragsteller seinen gemäß § 271a Abs. 3 iVm Abs. 1 Z 4 UGB eintretenden Ausschluss (arg. "ausgeschlossen wäre") im Hinblick auf die Ausschreibungsgestaltung nicht durch personenbezogene Rotation des testierenden Wirtschaftsprüfers abwenden kann. Dem Antragsteller ist diese Möglichkeit versagt. Ein solcher Ausschlussgrund ist jedoch verwirklicht, da der Antragsteller seinen gemäß Paragraph 271 a, Absatz 3, in Verbindung mit Absatz eins, Ziffer 4, UGB eintretenden Ausschluss (arg. "ausgeschlossen wäre") im Hinblick auf die Ausschreibungsgestaltung nicht durch personenbezogene Rotation des testierenden Wirtschaftsprüfers abwenden kann. Dem Antragsteller ist diese Möglichkeit versagt.

Davon abgesehen könnte jedoch selbst der - unzulässige - Austausch des testierenden Wirtschaftsprüfers B*** durch C*** die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes nicht beseitigen. Tatsache ist, dass im Angebot nur ein testierender Wirtschaftsprüfer anzugeben war. Nicht nur, dass eine nachträgliche (d.h. nach Angebotsabgabe) im Wege eines "Aufklärungsschreibens" vorgenommene "Hinzunominierung" des C*** als testierender Wirtschaftsprüfer einer gemäß § 104 Abs. 2 BVergG im nicht offenen Verfahren unzulässigen nachträglichen Angebotsänderung gleichkäme, würde durch Hinzutreten eines weiteren testierenden Wirtschaftsprüfers die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes - in Gestalt des Anbietens zweier Rechnungsprüfer anstelle eines Rechnungsprüfers - fortbestehen. Davon abgesehen könnte jedoch selbst der - unzulässige - Austausch des testierenden Wirtschaftsprüfers B*** durch C*** die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes nicht beseitigen. Tatsache ist, dass im Angebot nur ein testierender Wirtschaftsprüfer anzugeben war. Nicht nur, dass eine nachträgliche (d.h. nach Angebotsabgabe) im Wege eines "Aufklärungsschreibens" vorgenommene "Hinzunominierung" des C*** als testierender Wirtschaftsprüfer einer gemäß Paragraph 104, Absatz 2, BVergG im nicht offenen Verfahren unzulässigen nachträglichen Angebotsänderung gleichkäme, würde durch Hinzutreten eines weiteren testierenden Wirtschaftsprüfers die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes - in Gestalt des Anbietens zweier Rechnungsprüfer anstelle eines Rechnungsprüfers - fortbestehen.

Das Angebot des Antragstellers wurde daher zu Recht ausgeschieden, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

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.

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). 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 (Paragraph 319, Absatz 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 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 sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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