

TE Verg Bescheid 2009/7/29 N/0061-BVA/04/2009-32

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.07.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

AVG 1991 §32

AVG 1991 §33

AVG 1991 §71

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Gewebebohrmarkensets" des Auftraggebers Agrarmarkt Austria (AMA), Dresdner Straße 70, 1200 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, diese vertreten durch Y***, vom 17.6.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Gewebebohrmarkensets" des Auftraggebers Agrarmarkt Austria (AMA), Dresdner Straße 70, 1200 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, diese vertreten durch Y***, vom 17.6.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, "die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 4.6.2009 für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 zu Gunsten der B*** wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "der Antragstellerin den Ersatz der von ihr für den Antrag nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 sowie für den Antrag nach § 328 BVergG 2006 jeweils entrichteten Pauschalgebühren durch die Antragsgegnerin in der Höhe von € 1.600,-- und € 800,-- zu ersetzen", wird stattgegeben. Dem Antrag, "der Antragstellerin den Ersatz der von ihr für den Antrag nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 sowie für den Antrag nach Paragraph 328, BVergG 2006 jeweils entrichteten Pauschalgebühren durch die Antragsgegnerin in der Höhe von € 1.600,-- und € 800,-- zu ersetzen", wird stattgegeben.

800,-- sohin gesamt € 2.400,-- gemäß § 319 BVergG 2006 zuzusprechen und der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin einen Betrag in der Höhe von € 2.400,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben. 800,-- sohin gesamt € 2.400,-- gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 zuzusprechen und der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin einen Betrag in der Höhe von € 2.400,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber, die Agrarmarkt Austria (AMA), hat der A***, den Betrag von € 2.400,-- für die vom Antragsteller gemäß § 318 Abs 1 BVergG für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG entrichteten Pauschalgebühr binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Der Auftraggeber, die Agrarmarkt Austria (AMA), hat der A***, den Betrag von € 2.400,-- für die vom Antragsteller gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG entrichteten Pauschalgebühr binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung des Vergabeverfahrens "Beschaffung von Gewebeohrmarkensets" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008/S 237- 315175 und im Lieferanzeiger unter L-448065-8C2 am 05.12.2008 veröffentlicht. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Lieferauftrag sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Teilnahmeanträge waren bis zum 15.1.2009 einzubringen. Alternativangebote waren ausgeschlossen.

In den Teilnahmeantragsunterlagen wurde ausgeführt, dass amtliche Ohrmarken mit der Möglichkeit der Gewebeentnahme zu beschaffen sind, um die BVD-Beprobung durch Gewebeprobenentnahme im Rahmen der amtlichen Kennzeichnung durchführen zu können. Zu den dem Art 2 der Verordnung (EG) Nr. 911/2004 entnommenen "Mussanforderungen" an das zu beschaffende Gewebeohrmarkenset (GOM-Set) zählte auch, dass das GOM-Set nicht wieder zu verwenden sein hat. Als weiteres Muss-Kriterium wurde festgelegt, dass der Probebehälter, als mit dem Ohrmarkenset optisch zusammengehörig, erkennbar sein muss. Etwaige durchgeführte Manipulationen am Probebehälter müssen bei der Laboruntersuchung erkennbar sein. Außerdem hatte das Layout der zu beschaffenden Ohrmarken einem bestimmten Muster zu entsprechen. Teilnahmeanträge, die diesen Kriterien nicht entsprachen, waren zwingend auszuschneiden und bei der Bewertung nicht zu berücksichtigen. Die Erfüllung der Muss-Kriterien war durch Einreichung der Beilage 5 (Produktbeschreibung) näher zu erläutern. Dem Auftraggeber waren zugleich mit dem Teilnahmeantrag 20 Gewebeohrmarkensets inklusive einer Zange und einer deutschsprachigen Einziehanleitung zur Verfügung zu stellen, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, die Einhaltung der Muss-Kriterien zu überprüfen.

In den Teilnahmeantragsunterlagen wurde ausgeführt, dass amtliche Ohrmarken mit der Möglichkeit der Gewebeentnahme zu beschaffen sind, um die BVD-Beprobung durch Gewebeprobenentnahme im Rahmen der amtlichen Kennzeichnung durchführen zu können. Zu den dem Artikel 2, der Verordnung (EG) Nr. 911 aus 2004, entnommenen "Mussanforderungen" an das zu beschaffende Gewebeohrmarkenset (GOM-Set) zählte auch, dass das GOM-Set nicht wieder zu verwenden sein hat. Als weiteres Muss-Kriterium wurde festgelegt, dass der Probebehälter, als mit dem Ohrmarkenset optisch zusammengehörig, erkennbar sein muss. Etwaige durchgeführte Manipulationen am Probebehälter müssen bei der Laboruntersuchung erkennbar sein. Außerdem hatte das Layout der zu beschaffenden Ohrmarken einem bestimmten Muster zu entsprechen. Teilnahmeanträge, die diesen Kriterien nicht entsprachen, waren zwingend auszuschneiden und bei der Bewertung nicht zu berücksichtigen. Die Erfüllung der Muss-Kriterien war durch Einreichung der Beilage 5 (Produktbeschreibung) näher zu erläutern. Dem Auftraggeber waren zugleich mit dem Teilnahmeantrag 20 Gewebeohrmarkensets inklusive einer Zange und einer deutschsprachigen Einziehanleitung zur Verfügung zu stellen, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, die Einhaltung der Muss-Kriterien zu überprüfen.

Zum Subunternehmer wurde unter Punkt 3.3. in den Teilnahmeantragsunterlagen Nachfolgendes ausgeführt:

"....

Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie die allgemeine und besondere berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Der Bewerber hat hinsichtlich aller Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben. Werden Subunternehmer eingesetzt, ist gemäß der Beilage 4 jeweils

- * Die Person des Subunternehmers anzugeben (Vollständiger Name und Anschrift),

- * Der Einsatzbereich (Leistungsteil bzw. Tätigkeitsbereich) zu beschreiben und

- * Der Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom

Gesamtauftragswert anzugeben.

..."

Aus den als geeignet ermittelten Bewerbern sollten die drei aufgrund der Auswahlkriterien bestqualifizierten Bewerber für die zweite Phase des Vergabeverfahrens zur Teststellung ihrer angebotenen Produkte und zur Angebotslegung eingeladen werden.

Neben weiteren Bewerbern brachten die B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) und die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Teilnahmeantrag ein. Der Antragsteller beschrieb sein angebotenes Produkt in Beilage 5 und belegte seine Angaben mit Beilagen und Zertifikaten. Ebenso führte der präsumtive Zuschlagsempfänger die

Produktbeschreibung in Beilage 5 durch und legte Beilagen bei. In der Liste der allfälligen Subunternehmer (Beilage 4) führte der präsumtive Zuschlagsempfänger das Unternehmen "C***" mit einem 20%igen Anteil am Gesamtauftragswert an. Als Tätigkeitsbereiche für den genannten Subunternehmer wurden die Rechnungslegung an die AMA, die Verwaltung des Zwischenlagers, der Vertrieb der Ohrmarkenzangen, die Ausarbeitung der Österreichischen Posttarife, die Produktion von Ersatzohrmarken bei Zuschlagserteilung und der Kundendienst bei den Landwirten angeführt.

Aus den Prüfprotokollen des Auftraggebers vom 19.1.2009 zu den Teilnahmeanträgen des Antragstellers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergibt sich, dass eine Prüfung der Teilnahmeanträge u.a zu den Eignungskriterien durchgeführt worden sei und die Teilnahmeanträge als für in Ordnung befunden wurden.

In der Folge wurden der Antragsteller, der präsumtive Zuschlagsempfänger und ein weiterer Bewerber mit Schreiben vom 21.1.2009 zur Teststellung geladen. Dazu waren bis 29.1.2009 unter anderem 1200 Stück GOM-Sets, 95 Einzieheranleitungen und 95 Zangen zu übermitteln.

Aufgrund des Aufforderungsschreibens des Auftraggebers legte der präsumtive Zuschlagsempfänger am 26.1.2009 unter anderem ein von ihm unterzeichnetes, mit "Verfügbarkeitserklärung" betitelt Schreiben vor. Darin wurde Nachfolgendes ausgeführt:

".....

Hiermit bestätige ich, dass zur Ausführung des Auftrages bei unserem Subunternehmer C***, alle vorhandenen Mittel B*** tatsächlich zur Verfügung stehen.

Unter anderem: Material zur Prägung der Ersatzohrmarken für den österreichischen Markt seit Anfang 2008. Das Personal von C*** wurde für die Prägung der Ersatzohrmarken geschult.

....."

Nach Durchführung einer Verhandlung im März 2009 und Festsetzung eines weiteren Verhandlungstermins Anfang Mai 2009 wurden die Bieter am 6.4.2009 zur Abgabe eines "unverbindlichen Angebotes" durch Ausfüllen der übermittelten Beilagen anhand von vorläufigen, mit jeweils 12,5% gewichteten Zuschlagskriterien ersucht. Diese "unverbindlichen Angebote" würden eine Basis für den weiteren Verhandlungsverlauf bilden. Die entscheidenden Angaben zu den Preisen und Fristen seien jedoch erst mit der Ausschreibungsunterlage zur Legung des "Letztangebotes" zu übermitteln. Als Einreichtermin wurde der 22.4.2009 genannt. Zu diesem Termin waren auch weitere Unterlagen vorzulegen.

Nach Durchführung einer weiteren Verhandlungsrunde Anfang Mai 2009 und Übermittlung der mit 14.5.2009 datierten Teststellungsergebnisse sowie des Leerprobenanteilergebnisses der beauftragten D*** (D***), an den Auftraggeber wurde am 26.5.2009 zur letztmaligen Angebotslegung auf der Grundlage der übermittelten Ausschreibungsunterlagen mit den endgültigen Zuschlagskriterien bis zum 4.6.2009 aufgefordert.

In den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot wurde unter Punkt 3.2. (Muss-Anforderungen an das GOM-Set) Nachfolgendes ausgeführt:

"Die Muss-Anforderungen wurden bereits mit der Ausschreibungsunterlage für den Teilnahmeantrag im Dezember 2008 bekannt gegeben. Die Überprüfung, ob die Muss-Kriterien erfüllt sind, wurden durch die Prüfung der mit den eingereichten Unterlagen zur Produktbeschreibung im Teilnahmeantrag und dem Testeinsatz der zur Verfügung gestellten GOM-Sets durchgeführt. Alle Bieter, die nun zur Angebotslegung aufgefordert werden, erfüllen mit Ihren Produkten die nachfolgend genannten Anforderungen. Um den Überblick für die Leistungsbeschreibung zu gewährleisten, werden sie dennoch wiederholt.

Die Gewebeohrmarke verbindet die Merkmale der amtlichen Ohrmarke mit der Zusatzfunktion der Gewebeentnahme für Zwecke der BVD-Beprobung. Die Ohrmarken des GOM-Sets haben daher zwingend die für die amtliche Ohrmarke erforderlichen Anforderungen als Muss-Kriterien entsprechend Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 911/2004, zu erfüllen: Die Gewebeohrmarke verbindet die Merkmale der amtlichen Ohrmarke mit der Zusatzfunktion der

Gewebeentnahme für Zwecke der BVD-Beprobung. Die Ohrmarken des GOM-Sets haben daher zwingend die für die amtliche Ohrmarke erforderlichen Anforderungen als Muss-Kriterien entsprechend Artikel 2, der Verordnung (EG) Nr. 911 aus 2004,, zu erfüllen:

.....

b. Sie ist nicht wieder verwendbar. ...

Weitere Muss-Kriterien:

.....

Der Probebehälter muss als mit dem Ohrmarkenset optisch zusammengehörig erkennbar sein. Etwaige durchgeführte Manipulationen am Probebehälter müssten bei der Laboruntersuchung erkennbar sein.

..."

Unter Punkt 3. (Beschaffungsziel und Leistungsbeschreibung) werden folgende Begriffsbestimmungen festgelegt:

"

.....

Ersatzohrmarke: Ohrmarke, welche bei Verlust der amtlichen Ohrmarke vom Betrieb ersatzweise unverzüglich einzuziehen ist.

Gewebeohrmarke: Amtliche Ohrmarken mit Zusatzfunktion für eine Gewebeentnahme durch Mikroohrstanzen.

Gewebeohrmarkenset: GOM-Set. Zwei amtliche Ohrmarken (Doppelohrmarken), wobei eine amtliche Ohrmarke mit der Zusatzfunktion für eine Gewebeentnahme ausgestattet ist.

Probebehälter: Teil der amtlichen Ohrmarke, der nach Aktivierung der Zusatzfunktion die entnommene Gewebeprobe verwahrt.

Gewebe-Ersatzohrmarke: Ohrmarke mit Gewebeentnahmefunktion, welche beim Misslingen der Probenziehung im Rahmen der Erstkennzeichnung nochmals einzuziehen ist, um eine erfolgreiche Ohrgewebeprobe zu ziehen.

....."

Unter Punkt 3.3. [Produktion und Lieferung (inkl. Lagerung, Verpackung und Versand)] wurde in den Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot Nachfolgendes ausgeführt:

"Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer nach Bedarf mehrmals (in der Regel 2mal) jährlich Produktionsaufträge unter Angabe der zu produzierenden Stückzahl von GOM-Sets - unter Angabe des neunstelligen numerischen Codes - in elektronischer Form. Im Zuge der Produktion sind die Vorgaben gemäß Punkt 3.2 zu berücksichtigen.

Der Auftragnehmer muss in der Lage sein, auch kurzfristig Auslieferungsaufträge (GOM-Sets, Gewebe-Ersatzohrmarken und Ersatzohrmarken) des Auftraggebers zu erfüllen.

Es steht einem Auftragnehmer frei, GOM-Sets für die Lagerhaltung zu produzieren oder diese im Rahmen der ordentlichen Produktion für die Lieferung bereit zu stellen.

Die GOM-Set, welche für die Auslieferung für Zwecke des kurzfristigen Bedarfs gelagert werden, sollen in einer branchenüblichen, das Produkt schonenden Art und Weise, verwahrt sein, sodass aus der Lagerung keine Qualitätseinbußen der verpackt gelagerten GOM-Sets durch Umwelteinflüsse entstehen können.

Die Übermittlung der Produktionsfiles für die Ohrmarken aller Arten erfolgt in Form von ASCOO Files, wobei die einzelnen Felder im Produktionsfile durch Ihre Position (Zeile und Spaltennummer) definiert sind. Die einzelnen Zeilen werden mit führenden Codes begonnen, welche den Inhalt der Zeile definieren.....

3.3.1 Produktion und Lieferung von GOM-Sets (Großaufträge)

Nach elektronischer Aufforderung (Bekanntgabe der Ohrmarkennummern und der Adressdaten der Betriebe) durch den Auftraggeber sollen vom Auftragnehmer GOM-Sets als Sets zu 5, 10, 15 oder 20 Stück mitsamt einer deutschsprachigen Einziehanleitung produziert, verpackt und an ein österr. Aufgabepostamt versandt werden. Die erstmalige Beauftragung wird ein Produktionsvolumen von ca. 100.000 Stück GOM-Sets betragen.

.....

3.3.2 Produktion und Lieferung vom GOM-Sets für kurzfristigen Bedarf (Auslieferungsaufträge)

Zur Deckung des kurzfristigen Bedarfs ist beabsichtigt, dem Auftragnehmer vorab ein Produktionsfile mit Ohrmarkennummern ohne Adressdaten von Betrieben zu übermitteln, um dem Auftragnehmer die Vorproduktion von GOM-Sets (mit Ohrmarkennummern) zur Lagerhaltung zu ermöglichen. Nach elektronischer Aufforderung (Bekanntgabe der Ohrmarkennummern und der Adressdaten der Betriebe) durch den Auftraggeber sollen diese GOM-Sets (z.B. aus dem Lagerbestand) vom Auftragnehmer als Sets zu 5, 10, 15 oder 20 Stück mitsamt einer deutschsprachigen Einziehanleitung verpackt und an ein österr. Aufgabepostamt versandt werden können. Die Auslieferungsaufträge sollen ab Sommer 2009 erfolgen.

.....

3.3.3 Gewebe-Ersatzohrmarke

Nach elektronischer Aufforderung (Bekanntgabe der Ohrmarkennummern und der Adressdaten der Betriebe) durch den Auftraggeber sollen täglich Gewebe-Ersatzohrenmarken mitsamt einer deutschsprachigen Einziehanleitung produziert, verpackt

und an ein österr. Aufgabepostamt versandt werden können.
Bestellungen, die an einem Werktag bis 10 Uhr beim
Auftragnehmer einlangen, sollen unverzüglich bearbeitet und
die Gewebe-Ersatzohrmarken noch am selben Werktag an ein
österr. Aufgabepostamt versandt werden. Die zu versendende
Stückzahl von Gewebe-Ersatzohrmarken wird von der Anforderung
durch die Betriebe an den Auftraggeber abhängig sein. Sie kann
Stückzahlen ab einer Gewebe-Ersatzohrmarke betragen.....
Die Aufgabe der Sendungen hat bei einem österr. Aufgabepostamt
zu erfolgen, welches über die notwendigen Kapazitäten für eine
rasche Bearbeitung des Versandauftrags verfügt (z.B.
Hauptpostamt).

.....

3.3.4 Ersatzohrmarken

Nach elektronischer Aufforderung (Bekanntgabe der
Ohrmarkennummern und der Adressdaten der Betriebe) durch den
Auftraggeber sollen täglich Ersatzohrmarken mitsamt einer
deutschsprachigen Einziehanleitung zu produzieren, verpackt
und an ein österr. Aufgabepostamt versandt werden.
Bestellungen, die an einem Werktag bis 10 Uhr beim
Auftragnehmer einlangen, sollen unverzüglich bearbeitet und
die Ersatzohrmarken noch am selben Werktag an ein österr.
Aufgabepostamt versandt werden. Die zu versendende Stückzahl
von Ersatzohrmarken wird von der Anforderung durch die
Betriebe an den Auftraggeber abhängig sein. Sie kann
Stückzahlen ab einer Ersatzohrmarke betragen.....
Die Aufgabe der Sendungen soll bei einem österr.
Aufgabepostamt erfolgen, welches über die notwendigen
Kapazitäten für eine rasche Bearbeitung des Versandauftrages
verfügt (z.B. Hauptpostamt).

....."

Die angeführten Bestimmungen zur Produktion und Lieferung sind auch in dem, den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Vertrag unter Punkt 5. (Produktion und Lieferung) enthalten. In Punkt 9 des Vertrages wird auf die Pönalen bei Lieferverzug Bezug genommen, wobei die im Angebot garantierten Produktions- und Lieferfristen für den Auftragnehmer bindend sind. Die Lieferfrist ist gewahrt, wenn die Lieferung fristgerecht beim österreichischen Aufgabepostamt aufgegeben wird. Eine Überschreitung um 2 Kalendertage begründet bei den Gewebe-Ersatzohrmarken und den Ersatzohrmarken den Anspruch auf eine Vertragsstrafe (Geldpönale). Eine Überschreitung ab 7 Tagen begründet bei den Großaufträgen bzw bei der Produktion und Lieferung von GOM-Sets für den kurzfristigen Bedarf ebenfalls den Anspruch auf Vertragsstrafe. Die Höhe der Vertragsstrafe beträgt pro Tag der Überschreitung der garantierten Produktions- und Lieferfristen 10% des Rechnungsbetrages der jeweils in Verzug geratenen Leistung, jedoch maximal 30% des Rechnungsbetrages. Ein Lieferverzug von mehr als 10 Tagen berechtigt

den Auftraggeber zum Rücktritt vom Vertrag.

Unter Punkt 3.4 (Lieferfristen) in den Ausschreibungsunterlagen wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"3.4 Lieferfristen

Von den Bietern sind die durchschnittlichen und garantierten Produktions- und Lieferfristen für die GOM-Sets sowie die Gewebe-Ersatzohrmarke und die Ersatzohrmarken anzugeben, welche die Zeitspanne vom Eingang des jeweiligen Produktions- oder Lieferauftrags bis zur Aufgabe der Sendung bei einem österreichischen Aufgabepostamt umfasst:

* Für die Produktion und Auslieferung nach

Produktionsaufträgen.

* Für die täglichen Auslieferungsaufträge.

* Für die täglichen Produktions- und Lieferaufträge von

Gewebe-Ersatzohrmarken.

* Für die täglichen Produktions- und Lieferaufträge von Ersatzohrmarken.

Die Zeitspanne ist in ganzen Tagen anzugeben. Ein begonnener Arbeitstag ist als ein Tag zu werten. Teilungen eines Tages sind nicht zulässig. Hinsichtlich der Fristbemessung gelten die Bestimmungen der §§32 und 33 AVG.

....."

Unter Punkt 4. (Zuschlagskriterien und Gewichtungen) wurden in den Ausschreibungsunterlagen neben anderen Zuschlagskriterien auch die Zuschlagskriterien Produktions- und Lieferfrist eines GOM-Sets -Auslieferungsauftrag (4%), die Produktions- und Lieferfrist einer Ersatzohrmarke (2%) und die Produktions- und Lieferfrist einer Gewebeersatzohrmarke (7%) angeführt.

In der Beilage 3 waren die Produktions- und Lieferfristen für die GOM-Sets, Ersatzohrmarken und Gewebeersatzohrmarken anzuführen. Dazu wurde in den Ausschreibungsunterlagen Nachfolgendes ausgeführt:

" GOM-Sets (Punkte 3.3.1, 3.3.2, 3.4 und 4.1.5)

Anzugeben sind die garantierten Produktions- und Lieferfristen. Zur Information des Auftraggebers sind auch die durchschnittlichen Produktions- und Lieferfristen anzugeben. Die Frist soll die Zeitspanne vom Eingang des jeweiligen Produktions- und Lieferauftrags bis zur Aufgabe der Sendung bei dem österreichischen Aufgabepostamt umfassen. Sie ist in ganzen Tagen anzugeben. Ein begonnener Arbeitstag ist als ein Tag zu werten. Teilungen eines Tages sind nicht zulässig. Die angegebenen, garantierten Fristen für die Großaufträge (incl. Erstausrüstung mit Startpaketen) sind kein Zuschlagskriterium. Sie werden jedoch für die Pönaleberechnung bei Lieferverzug gem. Punkt 9. des Vertrages herangezogen.

Durchschnittliche (D) und Garantierte (G) Produktions- und Lieferfristen in Tagen, ab elektronischer Übermittlung der Daten durch den Auftraggeber

Produktion und Auslieferung (Großaufträge, Punkt 3.3.1)

D

G

Auslieferungsaufträge (Punkt 3.3.2)

D

G

Bemerkungen

GOM-Sets

Gewebe-Ohrmarke und Ersatzohrmarke (Punkte 3.3.3, 3.3.4, 3.4, 4.1.6 und 4.1.7)

Anzugeben sind die garantierten Produktions- und Lieferfristen. Zur Information des Auftraggebers sind auch die durchschnittlichen Produktions- und Lieferfristen anzugeben. Die Frist soll die Zeitspanne vom Eingang des jeweiligen

Produktions- und Lieferauftrags bis zur Aufgabe der Sendung bei einem österreichischen Aufgabepostamt umfassen. Sie ist in ganzen Tagen anzugeben. Eine begonnener Arbeitstag ist als ein Tag zu werten. Teilungen eines Tages sind nicht zulässig. Die angegebenen, garantierten Fristen sind die Basis für die Bewertung dieses Zuschlagskriteriums.

Durchschnittliche (D) und garantierte (G) Produktions- und Lieferfristen in Tagen, ab elektronischer Übermittlung der Daten durch den Auftraggeber

Einzelne Ohrmarken inkl. Auslieferung

D

G

Bemerkungen

Ersatzohrmarken

Gewebe-Ersatzohrmark

en"

Neben dem Antragsteller legten der präsumtive Zuschlagsempfänger und ein weiterer Bieter ein Letztangebot. In Beilage 3 wurde zur Produktions- und Lieferfrist der GOM-Sets in der vom Bieter auszufüllenden Rubrik vom präsumtiven Zuschlagsempfänger Nachfolgendes ausgeführt:

"

Durchschnittliche (D) und garantierte (G) Produktions- und Lieferfristen in Tagen, ab elektronischer Übermittlung der Daten durch den Auftraggeber

Produktion und Auslieferung (Großaufträge, Punkt 3.3.1)

Auslieferungsaufträge (Punkt 3.3.2)

Bemerkungen

D

G

D

G

GOM-Sets

22

25

1

1

Es handelt sich

hiermit um

gearbeiteten

Werktagen."

Zu den Gewebeersatzohrmarken und Ersatzohrmarken wurde vom präsumtiven Zuschlagsempfänger unter der Rubrik in Beilage 3 Nachfolgendes ausgeführt:

" Durchschnittliche (D) und garantierte (G) Produktions- und Lieferfristen in Tagen, ab elektronischer Übermittlung der Daten durch den Auftraggeber

Einzelne

Bemerkungen

Ohrmarken

inkl. Auslieferung

Ersatzzohrmarken		Die Ersatzzohrmarken werden in
		Hallein produziert und am
D	G	gleichen Tag am Postamt Hallein
1	1	bis 16.00 Uhr abgegeben.

Gewebe-Ersatzzohrmarken

1	1	Die Gewebe-Ersatzzohrmarken werden
		in Hallein produziert und am
		gleichen Tag am Postamt Hallein
		bis 16.00 Uhr abgegeben."

Nach Übermittlung der mit 14.5. datierten Teststellungsergebnisse und Leerprobenanteile der beauftragten D*** (D***) an die Bieter durch den Auftraggeber wurde am 4.6.2009 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers per Telefax mitgeteilt.

Mit Schriftsatz vom 17.6.2009 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit im Spruch ersichtlichen Begehren sowie folgende Eventualbegehren ein: "die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 4.6.2009 sowie die dieser Zuschlagsentscheidung von Seiten der Antragsgegnerin unmittelbar zu Grunde gelegten, vorangegangenen nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Antragsgegnerin: a) der getroffenen Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 ein Bewertungssystem zu Grunde zu legen, das eine transparente, objektiv nachvollziehbare, nicht diskriminierende und gerichtlich überprüfbare Bewertung nicht zulässt; weiters b) dem Bewertungssystem die mit der 'Ausschreibungsunterlage für Letztangebote' (Beilage./I) festgelegten Gewichtungsfaktoren zu Grunde zu legen; weiters c) die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung willkürlich, unter Verstoß gegen die Grundsätze gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006, mit der Aufforderung zur Angebotslegung vom 6.4.2009 sowie mit der Aufforderung vom 26.5.2009 zur Legung eines Letztangebotes, festzulegen und abzuändern; weiters d) die Festlegungen der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie deren Abänderung nicht nach objektiven Gesichtspunkten, sondern unter Zugrundelegung der ihr bekannten Preisangaben und Teststellungsergebnisse betreffend den Leerporbenanteil der einzelnen Bieter mit dem offenkundigen Zweck zu treffen, das Bewertungsergebnis zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorwegzunehmen". Darüber hinaus wurde die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG beantragt. In Verbindung mit dem Nachprüfungsantrag wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 24.6.2009 N/0061-BVA/04/2009- EV11, stattgegeben wurde. Mit Schriftsatz vom 17.6.2009 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit im Spruch ersichtlichen Begehren sowie folgende Eventualbegehren ein: "die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 4.6.2009 sowie die dieser Zuschlagsentscheidung von Seiten der Antragsgegnerin unmittelbar zu Grunde gelegten, vorangegangenen nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Antragsgegnerin: a) der getroffenen Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 ein Bewertungssystem zu Grunde zu legen, das eine transparente, objektiv nachvollziehbare, nicht diskriminierende und gerichtlich überprüfbare Bewertung nicht zulässt; weiters b) dem Bewertungssystem die mit der 'Ausschreibungsunterlage für Letztangebote' (Beilage./I) festgelegten Gewichtungsfaktoren zu Grunde zu legen; weiters c) die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung willkürlich, unter Verstoß gegen die Grundsätze gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, mit der Aufforderung zur Angebotslegung vom 6.4.2009 sowie mit der Aufforderung vom 26.5.2009 zur Legung eines Letztangebotes, festzulegen und abzuändern; weiters d) die Festlegungen der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie deren Abänderung nicht nach objektiven Gesichtspunkten, sondern unter Zugrundelegung der ihr bekannten Preisangaben und Teststellungsergebnisse betreffend den Leerporbenanteil der einzelnen Bieter mit dem offenkundigen Zweck zu treffen, das Bewertungsergebnis zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorwegzunehmen". Darüber hinaus wurde die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG beantragt. In Verbindung mit dem Nachprüfungsantrag wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 24.6.2009 N/0061-BVA/04/2009- EV11, stattgegeben wurde.

In diesem Nachprüfungsantrag sowie in weiteren Schriftsätzen vom 29.6.2009, 7.7.2009 und 17.7.2009 wurde im

Wesentlichen vorgebracht, dass entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers unter dem Begriff "Manipulation" sehr wohl die Austauschmöglichkeit von Gewebeproben zu verstehen sei. Die Manipulationssicherheit der Probebehälter liege im Interesse des Tierhalters, der daran interessiert sei, dass die entnommene Probe weder von ihm noch von sonst jemandem verfälscht werde. Verlässliche und manipulationssichere Probenahmen- und Untersuchungsverfahren seien zur Sicherung der Tiergesundheit wohl unzweifelhaft ein wesentlicher Aspekt der agrarmarktlischen Qualitätssicherung. Anders als das GOM-Set des Antragstellers erfülle nach den Fach- und Marktkennntnissen des Antragstellers das GOM-Set des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht das zwingend geforderte Musskriterium der Manipulationssicherheit der Probebehälter. Dazu wurde auch ein mit 9.7.2009 datiertes Privatgutachten der Bundesanstalt für Materialforschung und -prüfung vorgelegt. Gerade dadurch, dass sich der Transportbehälter des präsumtiven Zuschlagsempfängers mühelos für jedermann öffnen und verschließen lasse, ohne dass dies nachträglich erkennbar sei, könne auch das Labor nicht nachträglich im Zuge des Transportes aufgetretene Veränderungen feststellen. Der Transportbehälter des präsumtiven Zuschlagsempfängers könne auch ohne jegliche kriminelle Energie unbewusst und ohne Täuschungsabsicht von jedermann geöffnet werden.

Dass das angebotene GOM-Set des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht das zwingend zu erfüllende Musskriterium "Erkennbarkeit etwaiger durchgeführter Manipulationen am Probebehälter" erfülle, sei dem Auftraggeber bereits in der Phase der Präqualifikation bekannt gewesen, sodass der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht zur 2. Phase des Vergabeverfahrens hätte zugelassen werden dürfen, sondern unzweifelhaft aufgrund seines ausschreibungswidrigen Angebotes zwingend auszuschneiden gewesen wäre.

Entgegen dem Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers erfülle das angebotene Produkt des Antragstellers das geforderte Musskriterium "Nicht-Wiederverwendbarkeit". Die Erfüllung dieses Kriteriums bewiese auch der Verkauf der vom Antragsteller angebotenen Produkte in Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Anforderung der "Nicht-Wiederverwendbarkeit" sei in dem Sinne zu verstehen, dass Ohrmarken nicht wieder verwendet werden können, ohne dass dies bei einer Kontrolle bemerkt werden würde. Dies sei bei dem vom Antragsteller angebotenen Gewebeohrmarkenset problemlos nachweisbar, sodass das angebotene Gewebeohrmarkenset des Antragstellers das geforderte Musskriterium der "Nicht-Wiederverwendbarkeit" erfülle.

Zum Argument des präsumtiven Zuschlagsempfängers, dass es dem Antragsteller an der Antragslegitimation fehle, werde auf die jüngste Judikatur des VWGH verwiesen, wonach die Vergabekontrollbehörde Anträge von Bietern nur dann als unzulässig zurückzuweisen habe, wenn sich aus dem der Behörde vorgelegten Akt des Vergabeverfahrens ergebe, dass der Bieter auszuschneiden wäre. Selbst der Auftraggeber habe keine Einwendungen erhoben und das Angebot des Antragstellers als ausschreibungskonform akzeptiert. Eine Ausscheidensentscheidung sei nicht getroffen worden, sodass dem Einwand des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur fehlenden Antragslegitimation nicht gefolgt werden könne.

Zudem komme dem präsumtiven Zuschlagsempfänger im Nachprüfungsverfahren keine Parteistellung zu, da der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht binnen 2 Wochen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens begründete Einwendungen erhoben habe. Aus dem vom Bundesvergabeamt übermittelten Schriftsatz des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei ersichtlich, dass dieser am 2.7.2009 beim Bundesvergabeamt einbrachte worden sei. Unter diesem Aspekt komme dem präsumtiven Zuschlagsempfänger im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren keine Parteistellung zu.

In der Aufforderung zur Legung eines Angebotes am 6.4.2009 seien auch gewichtete Zuschlagskriterien bekannt gegeben worden. Der Auftraggeber habe sich dabei Änderungen hinsichtlich der Ausführungen zur Leistungsbeschreibung und zu den Zuschlagskriterien vorbehalten. Nachdem dem Auftraggeber die Teststellungsergebnisse durch die D*** bekannt gegeben worden seien, seien in Abänderung der vorerst bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am 26.5.2009 die endgültigen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekannt gegeben worden. Darin sei erstmals ein mit 30% gewichtetes Zuschlagskriterium aufgeschienen und andere der am 6.4.2009 bekannt gegebenen Zuschlagskriterien durch ein anderes Zuschlagskriterium ersetzt worden. Als zusätzliche Anforderung sei festgelegt worden, dass die Umrüstung der "Diploma/Typifix-Ohrmarkenzange" selbstständig durch den Tierhalter im Betrieb mit geringem wirtschaftlichen Aufwand möglich sein müsse. Was unter dem Begriff "geringer wirtschaftlicher Aufwand" bzw. "Ohrmarkenzange" konkret zu verstehen sei, habe der Auftraggeber nicht festgelegt. Diese Abänderungen seien zu einem Zeitpunkt vorgenommen worden, zu dem der Auftraggeber durch

einen Hinweis des Antragstellers in Kenntnis davon gewesen sei, dass beim angebotenen Produkt des Antragstellers der Umbau der Zange nicht vom Landwirt vorgenommen werden könne und daher damit verbundene Kosten und der Zeitfaktor zu berücksichtigen seien. In Kenntnis der Preisgebarung der Bieter habe der Auftraggeber jene Zuschlagskriterien nicht mehr vorgesehen, die für den Antragsteller hinsichtlich der Bewertungsergebnisse allenfalls günstiger gewesen seien und die eine nicht kalkulierbare mögliche Vorreihung des Antragstellers bewirkt hätten. Der Auftraggeber habe eine Abänderung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung zum Nachteil des Antragstellers vorgenommen. Die diesbezüglichen Umstände seien jedoch zum Zeitpunkt der Abänderung durch die Festlegung der Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot für den Antragsteller nicht erkennbar gewesen, während dem Auftraggeber die Vor- und Nachteile der Angebote der Bieter bekannt gewesen seien. Auf Grund dessen sei der präsumtive Zuschlagsempfänger bereits zu einem Zeitpunkt als Bestbieter ausgewählt worden, zu dem noch nicht einmal das Letztangebot gelegt worden sei.

Die vom Auftraggeber und vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angeführte Präklusion zur Festlegung der Zuschlagskriterien sei nicht eingetreten, da für den Antragsteller die aufgezählten Rechtswidrigkeiten erst nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 erkennbar gewesen seien und keine Möglichkeit bestanden habe, die nunmehr aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zu rügen. Die vom EuGH in der Entscheidung Santex Rs C-327/00 zu beurteilende Irreführung durch den Auftraggeber werde im gegenständlichen Fall durch den Auftraggeber "übertrifft". Eine 2 1/2-tägige Rechtsmittelfrist, die durch die vom Auftraggeber viel zu kurz bemessene Angebotsfrist entstanden sei, sei offenkundig zu kurz. Dazu werde auch auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes verwiesen, wonach eine Frist von einer Woche als Mindestmaß zur Erreichung eines faktisch effizienten Rechtsschutzes anzusehen sei. Auch der EuGH gehe in seiner Rechtsprechung vom Erfordernis einer angemessenen Rechtsmittelfrist aus. Dass der Auftraggeber keine Bieterverhandlungen nach Angebotslegung ansetze, habe vom Antragsteller nicht vorausgesehen werden können. Daran ändere auch die Aufforderung zur Legung eines Letztangebotes nichts. Ein Wechsel der Verfahrensart während des Vergabeverfahrens sei jedoch unzulässig. Ohne Durchführung von Bieterverhandlungen nach Angebotslegung könne keine gesetzmäßige Angebotsbewertung durchgeführt werden.

Zudem sei die Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 mit Rechtswidrigkeit belastet, da eine entsprechende Mitteilung vom Auftraggeber unterlassen worden sei. Dem Antragsteller sei nicht die Relation der Bewertung der einzelnen Angebote zueinander und die Relation zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers unter Aufschlüsselung der Gesamtpunktezahls und der Punktezahls der einzelnen Zuschlagskriterien bekanntgegeben worden. Die "Begründung" lasse keinen Vergleich zu, um auch eine Nachreihung schlüssig nachvollziehbar zu erkennen. Diese Anforderungen würden insbesondere im Verhandlungsverfahren gelten, da die Angebotspreise anlässlich einer Anbotsöffnung nicht öffentlich verlesen würden. Angefochten würden neben der Zuschlagsentscheidung vom 6.4.2009 auch die ihr unmittelbar zu Grunde gelegten, vorangegangenen, nicht gesondert anfechtbaren, nachfolgend aufgezählten Entscheidungen des Auftraggebers. Dazu würden die Auftraggeberentscheidungen, der Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 ein Bewertungssystem zu Grunde zu legen, das eine transparente, objektiv nachvollziehbare, nicht diskriminierende und gerichtlich überprüfbare Bewertung nicht zulasse, sowie die Entscheidung, zum Bewertungssystem die mit der "Ausschreibungsunterlage für das Letztangebot" festgelegten Gewichtungsfaktoren heranzuziehen, zählen. Weiters würden darunter die Entscheidungen fallen, die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung willkürlich festzulegen und abzuändern, sowie die Entscheidung des Auftraggebers, die Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie deren Abänderung nicht nach objektiven Gesichtspunkten, sondern unter Zugrundelegung der diesem bekannt gegebenen Preisangaben und Teststellungsergebnisse betreffend den Leerprobenanteil der einzelnen Bieter mit dem Zweck zu treffen, das Bewertungssystem zugunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorwegzunehmen, sowie die Entscheidung des Auftraggebers, das Testergebnis erst am 3.6.2009 bekannt zu geben.

Der zur Erbringung der gegenständlichen Leistung befugte, leistungsfähige und zuverlässige Antragsteller habe sich um den Erhalt des Auftrages durch Legung eines verbindlichen und ausschreibungskonformen Angebotes bemüht. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** würde dem Antragsteller auf Grund des Gewinnentgangs ein Schaden in der Höhe von zumindest € 135.000,00 erwachsen. Darüber hinaus drohe der Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes und seien die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung von zumindest € 8.000 zu berücksichtigen. Das rechtliche Interesse des Antragstellers an der ausgeschriebenen Leistung sei evident.

Der Antragsteller erachte sich in nachfolgend aufgezählten Rechten verletzt: 1. auf Fällung und Bekanntgabe einer

gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung, nach den vom Auftraggeber festgelegten Ausschreibungsbedingungen, den Zuschlag bloß einem Angebot zu erteilen, welches die vom Auftraggeber in sämtlichen Ausschreibungsunterlagen aufgestellten Anforderungen nach einem manipulationssicheren Probebehälter erfülle, 2. die Zuschlagsentscheidung durch den Auftraggeber zugunsten des Angebotes des Antragstellers als Bestbieter zu erlassen und ihm in der Folge den Zuschlag zu erteilen, 3. auf Durchführung einer gesetzmäßigen nach den in den verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen entsprechenden Angebotsprüfung, 4. auf Nichtberücksichtigung eines ausschreibungswidrigen Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der zweiten Phase der Ausschreibung, 5. auf Ausscheiden eines ausscheidungswidrigen Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, 6. auf Festlegung eines transparenten, objektiv nachvollziehbaren, nicht diskriminierenden und gerichtlich überprüfbaren Bewertungssystems, 7. auf eine Angebotsbewertung unter Zugrundelegung eines transparenten, objektiv nachvollziehbaren, nicht diskriminierenden und gerichtlich überprüfbaren Bewertungssystems und einer entsprechend vorgenommenen Zuschlagsentscheidung sowie 8. auf nicht diskriminierende und transparente Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, um ein vorteilhaftes Angebot legen zu können.

Mit Schriftsatz vom 19.6.2009 bezifferte der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert mit € 1 Million (exkl. USt). Für den als Lieferauftrag zu qualifizierenden Auftragsgegenstand, der dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei und im Verhandlungsverfahren vergeben werden soll, seien weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. In weiteren Schriftsätzen vom 22.6.2009 und 8.7.2009 wurde im Wesentlichen begründend vorgebracht, dass dem Auftraggeber am 6.4.2009 die wesentlichen Bedingungen für den Auftragsgegenstand sowie die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung noch nicht bekannt gewesen seien. Auf den Umstand, dass die Leistungsbeschreibungen und die Zuschlagskriterien noch geändert werden könnten, sei sowohl schriftlich als auch mündlich hingewiesen worden. Die Bieter hätten auch kein verbindliches Angebot legen müssen. Informationen aus den von Bietern ausgefüllten Beilagen hätten der Vorbereitung der zweiten Verhandlungsrunde gedient. Es hätten in der zweiten Stufe des Verfahrens sehr wohl Verhandlungen mit den Bietern stattgefunden. Ex post betrachtet, sei das Zeitfenster für Verhandlungen zwischen dem 21.1.2009 und dem 26.6.2009 gelegen. In den am 6.4.2009 übermittelten Unterlagen sei den Bietern die Möglichkeit gegeben worden, sich über die vorläufige Leistungsbeschreibung und die weiteren Unterlagen Gedanken und allfällige Anmerkungen zu machen. Aufgrund der Verhandlungsergebnisse sei die vorläufige Leistungsbeschreibung adaptiert worden. Die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sei mit Aufforderung zur Legung des Letztangebotes per 26.5.2009 erfolgt. Aufgrund der geschilderten Vorgangsweise sei der Auftraggeber der Verhandlungspflicht sehr wohl nachgekommen. Auf das beabsichtigte Verhandlungsende mit der Aufforderung zur Legung eines Letztangebotes seien die Bieter bereits bei den laufenden Verhandlungen verwiesen worden.

Der zeitliche Rahmen für die Legung des Letztangebotes sei mit allen Bietern in der Verhandlungsrunde besprochen worden und bewusst kurz gewählt worden, wogegen sich kein Bieter ausgesprochen habe. Der Antragsteller versuche nunmehr einen Sachverhalt zu konstruieren, der mit dem vom EuGH in der Rechtssache C-327/00 (E***) zu beurteilenden Sachverhalt vergleichbar wäre. Bei der zweiten Verhandlungsrunde am 4.5.2009 sei mit dem Antragsteller besprochen worden, dass eine Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung noch nicht erfolgt sei. Entgegen den Ausführungen des Antragstellers, seien die Begriffe "geringer wirtschaftlicher Aufwand" und "Ohrmarkenzange" sehr wohl bestimmt. Der Begriff "Ohrmarkenzange" sei in den Erläuterungen zu den Begriffsbestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen für den Teilnahmeantrag definiert. Ebenso sei der Begriff "geringer wirtschaftlicher Aufwand" in den Erläuterungen im Klammerausdruck durch die Wortfolge "bis zur Höhe des Produktpreises der Ohrmarkenzange" erklärt.

Um den Tierhaltern einen möglichst einfachen Systemwechsel zu ermöglichen, sei die Umrüstungsmöglichkeit als Zuschlagskriterium formuliert worden. Dies sei Ergebnis des Verhandlungsverfahrens und sei auch vom Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht erfüllt worden. Da die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung erstmals mit den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot am 26.5.2009 übermittelt worden seien, sei keine nachträgliche Abänderung der Zuschlagskriterien erfolgt. Dass dies in Kenntnis von kalkulierten Preisen erfolgt sein sollte, sei nicht nachvollziehbar. Die Preiskalkulation der Bieter beruhe auf am 6.4.2009 bekannt gegebenen Angaben. Der Antragsteller habe die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot nicht bekämpft, sondern mit der Abgabe des

Angebotes am 2.6.2009 zugleich erklärt, dem Angebot die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen zu Grunde zu legen. Mangels Bekämpfung sei das Vorbringen des Antragstellers betreffend die Ausschreibungsunterlagen präkludiert.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei der Auftraggeber den Verpflichtungen zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung entsprechend den Bestimmungen des BVergG nachgekommen. Es seien sowohl der präsumtive Zuschlagsempfänger als auch die gewichteten Punkte mit Erläuterungen, sowie die Gesamtpunkteanzahl bekannt gegeben worden. Die Angebotsöffnung im Verhandlungsverfahren erfolge jedoch entsprechend den Bestimmungen des BVergG nicht mit Beteiligung der Parteienöffentlichkeit. Da mehr als zwei Angebote der Bewertung unterzogen worden seien, könne kein logisch zwingender Schluss auf die jeweilige Angebotsposition des präsumtiven Zuschlagsempfängers gezogen werden. Entgegen dem Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers hätten die Produkte aller drei Bieter - darunter auch des Antragstellers - die Musskriterien gemäß den Ausschreibungsunterlagen für den Teilnahmeantrag aufgrund der Überprüfung durch den Auftraggeber erfüllt. Diese Prüfung der Mussanforderungen sei auch durch das internationale F*** (D***-Labor) unterstützt worden. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers erfülle das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers die Mussanforderung zur Erkennbarkeit etwaiger durchgeführter Manipulationen am Probebehälter. Bei der genannten Mussanforderung werde nicht auf das Verhindern von Manipulationen bei den Gewebeproben durch den Tierhalter oder Dritte abgestellt, sondern sei die optische Erkennbarkeit von Beschädigungen des Probebehälters durch Labormitarbeiter bei der Öffnung im Labor wesentlich, um eine Zuordnung der Gewebeprobe des Tiers beeinflussen oder verändern zu können. Unter dem Begriff "Manipulation" sei jede chemische, mechanische oder thermische Einwirkung auf den Probebehälter und nicht die Austauschmöglichkeit von Gewebeproben zu verstehen. Nähere Erfahrungen mit dem Einsatz von GOM-Sets hätten gezeigt, dass die Probebehälter unterschiedlichen Außeneinwirkungen ausgesetzt seien, die auf den Zustand des Probebehälters Einfluss hätten. Diese könnten zur Unlesbarkeit der Angaben am Probebehälter führen. Das Interesse des Tierhalters sei auf die rasche Erkennbarkeit der Tierseuche konzentriert. Für zu tötende Tiere würde ein finanzieller Ersatz geleistet.

Die Mussanforderung zur "Manipulationserkennbarkeit am Probebehälter" sei von der vom Antragsteller zu diesem Musskriterium vertretenen Interpretation "Manipulationssicherheit der Gewebeprobe" zu unterscheiden. Eine solche Manipulationssicherheit der Gewebeprobe sei bewusst nicht als Musskriterium formuliert worden, da kein Produkt in der Lage sei, diese streng ausgelegte Sicherheitsanforderung zu erfüllen. Verschlussene Probebehälter jedes angebotenen Produktes seien mit geringem Aufwand zu öffnen und könnten wieder verschlossen werden. Keines der getesteten Produkte könne ein solches Kriterium erfüllen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger erhob mit Schriftsatz vom 30.6.2009, eingebracht per E-Mail und per Post am 1.7.2009, begründete Einwendungen. In diesem Schriftsatz sowie in weiteren Schriftsätzen vom 9.7.2009 und vom 20.7.2009 wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass das zwingend zu erfüllende Musskriterium der Erkennbarkeit der Manipulationen am Probebehälter fälschlicher Weise vom Antragsteller dahingehend interpretiert worden sei, dass damit Manipulationen jeglicher Art verhindert werden sollen. Eine solche Interpretation sei lebensfremd, da jeder Landwirt ein erhebliches Interesse daran habe, die Ansteckungsgefahr auszuschließen. Für die identifizierten geschlachteten Tiere seien Ausgleichszahlungen vorgesehen. Bei BVD-infizierten Tieren seien sowohl die Milchleistung als auch die Fleischmenge und -Qualität herabgesetzt. Bei den genannten Musskriterien seien allfällige Manipulationen im weitesten Sinne zu verstehen. Darunter würden Manipulationen fallen, die unter Umständen im Zuge des Transportes an Probebehältern auftreten könnten und für das Labor erkennbar sein müssten. Die vollständige Verhinderung der Manipulationen am Probebehälter könne kein gefordertes Musskriterium sein, da keines der am Markt befindlichen Systeme vor Manipulationen im Sinne eines Austausches von Proben "sicher sei". Aus dem vom Antragsteller vorgelegten Gutachten der Bundesanstalt für Materialforschung und -prüfung ergebe sich lediglich, dass beim Antragsteller das System schwerer manipulierbar als beim System des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei. Eine vollständige Sicherheit sei auch beim System des Antragstellers nicht gegeben.

Im Gegensatz zum Produkt des präsumtiven Zuschlagsempfängers erfülle hingegen das Produkt des Antragstellers nicht das Musskriterium der "Nicht-Wiederverwendbarkeit der Ohrmarke". Anders als beim geschlossenen System des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei das System des Antragstellers ein offenes System. Es bestünde tatsächlich die Gefahr von Manipulationen. In einem Versuch sei festgestellt worden, dass die einmal verschlossene Ohrmarke des Antragstellers durch Verwendung einer ohne großen Aufwand herzustellenden Zange ohne jegliche ersichtliche

Beschädigung und ohne Kraftaufwand wieder geöffnet werden könne. Die geöffnete Ohrmarke könne ohne ersichtliche Spuren einer erfolgten Manipulation wieder verschlossen werden. Auch die Darstellungen im Schreiben der G*** würden Anhaltspunkte dafür geben, dass das Angebot des Antragstellers das genannte Musskriterium der "Nicht-Wiederverwendbarkeit der Ohrmarke" nicht erfülle. Die Ohrmarke des Antragstellers könne ohne Beschädigung geöffnet und wiederum in das gleiche oder ein anderes Tier fest eingezogen werden. Dies könne auch durch DNA-Analytik nicht verhindert werden. Zur Demonstration wurde ein Video vorgelegt. Das Angebot des Antragstellers wäre daher zwingend auszuschneiden gewesen. Mangels Schadens fehle es dem Antragsteller auch an der Antragslegitimation.

Die Vorgangsweise des Auftraggebers im zweistufigen Vergabeverfahren sei auf die Komplexität des Produktes "Gewebeohrmarke" und die Tatsache zurückzuführen, dass noch keine entsprechenden Erfahrungswerte vorliegen würden, zumal erst seit kurzem in einem europäischen Land die Gewebeohrmarke flächendeckend verwendet werde. Auf die Vorläufigkeit bzw. Unverbindlichkeit und die Möglichkeit der nachträglichen Änderung der Zuschlagskriterien sei auch im Schreiben vom 6.4.2009 verwiesen worden, womit die in den Unterlagen aufscheinenden Zuschlagskriterien nicht als verbindliche Bekanntgabe zu werten seien. Die Verbindlichkeit sei erst nach Feststehen der Testergebnisse des Probetriebes gegeben gewesen.

Gemäß § 105 Abs 5 BVergG könnten nach Bekanntgabe die Zuschlagskriterien geändert werden, wenn darauf in den Ausschreibungsunterlagen im Sinne des Transparenzgebotes entsprechend hingewiesen worden sei. In diesem Sinne sei der Auftraggeber auch vorgegangen. Erstmals im Schreiben vom 26.5.2009 seien die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekannt gegeben worden, sodass es zu keiner - wie vom Antragsteller behauptet - rechtswidrigen Änderung der Zuschlagskriterien gekommen sei. Die Begriffe "Ohrmarkenzange" und "geringer wirtschaftlicher Aufwand" seien definiert worden und daher bestimmbar. Gemäß Paragraph 105, Absatz 5, BVergG könnten nach Bekanntgabe die Zuschlagskriterien geändert werden, wenn darauf in den Ausschreibungsunterlagen im Sinne des Transparenzgebotes entsprechend hingewiesen worden sei. In diesem Sinne sei der Auftraggeber auch vorgegangen. Erstmals im Schreiben vom 26.5.2009 seien die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekannt gegeben worden, sodass es zu keiner - wie vom Antragsteller behauptet - rechtswidrigen Änderung der Zuschlagskriterien gekommen sei. Die Begriffe "Ohrmarkenzange" und "geringer wirtschaftlicher Aufwand" seien definiert worden und daher bestimmbar.

Darüber hinaus sei bereits Präklusion eingetreten.

Auftraggeberentscheidungen während der Verhandlungsphase seien als sonstige Festlegungen zu werten, die rechtzeitig bekämpft werden müssen. Dies habe der Antragsteller jedoch unterlassen. Ein "wechselhaftes Verhalten" des Auftraggebers, das der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Rs C-327/00 (E***) zu Grunde gelegen sei, liege bei der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation nicht vor. Abgesehen davon, wäre der Antragsteller auf Basis dieser Entscheidung zum Stellung eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Bekämpfung der ursprünglichen Entscheidung verpflichtet gewesen. Die Ausführungen des Antragstellers, dass die behauptete Rechtswidrigkeit erst durch die Zuschlagsentscheidung offensichtlich geworden sei und vorher keine Möglichkeit bestanden habe, sich zur Wehr zu setzen, sei als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren und gehe an den Tatsachen vorbei. Die behaupteten Rechtswidrigkeiten zu den Zuschlagskriterien seien daher präkludiert.

Die Behauptung des Antragstellers, dass die Gestaltung des Verfahrens darauf ausgelegt worden sei, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger den Zuschlag erhalte, würde jeder Grundlage entbehren. Es werde darauf hingewiesen, dass im Jahre 2007 erst nach Einbringung eines Nachprüfungsantrages der Auftrag zu den Rinderohrmarken an den präsumtiven Zuschlagsempfänger ergangen sei.

Entgegen den Darstellungen des Antragstellers sei der Auftraggeber seiner Verhandlungspflicht nachgekommen. Mit den Verhandlungen sei unmittelbar nach Einladung zur Teststellung am 21.1.2009 begonnen worden. In der Folge sei mit sämtlichen Bietern umfassend verhandelt worden, wobei auch in diesen Gesprächen auf die Veränderung der Leistungsbeschreibung hingewiesen worden sei. Nach Bekanntgabe der Zuschlagskriterien sei auch mit 26.5.2006 zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes aufgefordert worden. Der Verhandlungsverpflichtung gemäß § 105 Abs 1 BVergG sei der Auftraggeber umfassend nachgekommen. Entgegen den Darstellungen des Antragstellers sei der Auftraggeber seiner Verhandlungspflicht nachgekommen. Mit den Verhandlungen sei unmittelbar nach Einladung zur Teststellung am 21.1.2009 begonnen worden. In der Folge sei mit sämtlichen Bietern umfassend verhandelt worden,

wobei auch in diesen Gesprächen auf die Veränderung der Leistungsbeschreibung hingewiesen worden sei. Nach Bekanntgabe der Zuschlagskriterien sei auch mit 26.5.2006 zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes aufgefordert worden. Der Verhandlungsverpflichtung gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG sei der Auftraggeber umfassend nachgekommen.

In der mündlichen Verhandlung am 21.7.2009 legte der Antragsteller ein zu seinen Gunsten ergangenes Urteil des OLG Düsseldorf zu ZI I-20U18/97 in einem Gewebeohrmarken betreffenden Patentstreit vor. Zum Musskriterium "Nicht-Wiederverwendbarkeit" führte der Antragsteller aus, dass dieses Kriterium von seinem angebotenen Produkt jedenfalls erfüllt werde, was auch von der D*** bestätigt worden sei. Das Produkt des Antragstellers sei auch in Italien zugelassen worden und müsse daher auch aus diesem Grund das der Verordnung (EG) Nr. 911/2004 entnommene Musskriterium erfüllen. In der mündlichen Verhandlung am 21.7.2009 legte der Antragsteller ein zu seinen Gunsten ergangenes Urteil des OLG Düsseldorf zu ZI I-20U18/97 in einem Gewebeohrmarken betreffenden Patentstreit vor. Zum Musskriterium "Nicht-Wiederverwendbarkeit" führte der Antragsteller aus, dass dieses Kriterium von seinem angebotenen Produkt jedenfalls erfüllt werde, was auch von der D*** bestätigt worden sei. Das Produkt des Antragstellers sei auch in Italien zugelassen worden und müsse daher auch aus diesem Grund das der Verordnung (EG) Nr. 911 aus 2004, entnommene Musskriterium erfüllen.

Zum Musskriterium "Nicht-Wiederverwendbarkeit" führte der Auftraggeber aus, dass dieses Kriterium vom angebotenen Produkt des Antragstellers und den übrigen zwei Bietern erfüllt werde. Auch die übrigen Musskriterien seien von den Angeboten aller drei Bieter erfüllt. Die Verwendungsbestätigung der D*** aus dem Jahr 2007 bestätige nur die Labortauglichkeit des Produktes des Antragstellers. Dies ergebe sich auch aus den darin angeführten Prüfkriterien. Zu Aufträgen für den kurzfristigen Bedarf für GOM-Sets gab der präsumtive Zuschlagsempfänger an, dass die vorgefertigten und geprägten GOM-Sets aus dem Lager des Subunternehmers entnommen würden und in der Folge zum Postamt in Hallein gebracht würden.

Zu den Ersatzohrmarken und Gewebeersatzohrmarken führte der präsumtive Zuschlagsempfänger aus, dass die vorgefertigten "Rohlinge" aus dem Lager des Subunternehmers für die Prägung (Laserbeschriftung) der Ersatzohrmarke bzw Gewebeersatzohrmarke entnommen würden. In der Folge würden diese nach der Beschriftung zum Postamt geliefert. Sämtliche Schritte für die Ersatzohrmarke und Gewebeersatzohrmarken mit Ausnahme der Rohling-Produktion würden beim Subunternehmer in Hallein erfolgen. Auf dieser Basis sei auch die Berechnung der Produktions- und Lieferfrist für die Ersatzohrmarke bzw Gewebeersatzohrmarke für das Zuschlagskriterium erfolgt. Gemäß den Punkten 3.3.3. und 3.3.4 der Ausschreibungsunterlagen sei vorgesehen, dass die Produktion und Lieferung innerhalb eines Tages erfolgen sollen. Diese Vorgabe werde vom präsumtiven Zuschlagsempfänger erfüllt, da jedenfalls täglich Strichcodes und das Schriftbild angebracht werden würden. Diese Anbringung von Strichcodes und des Schriftbildes sei als wesentlicher Teil des Produktionsprozesses zu werten.

Die genannte Vorgabe betreffend die Produktion und die Lieferung werde nach Ansicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers hingegen vom Antragsteller nicht erfüllt. In Punkt 3.3.2. der Ausschreibungsunterlagen sei eine Vorproduktion von GOM-sets (mit Ohrmarkennummern) zur Lagerhaltung vorgesehen. Daraus ergebe sich, dass die Beschriftung der letzte Schritt für die Produktion sei. Selbst wenn für die Ersatzohrmarken oder die Gewebeersatzohrmarken keine Lagerhaltung erlaubt sein sollte, würde das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers dem entsprechen, da bei seinem Angebot für die Ersatz- und Gewebeersatzohrmarken keine Lagerung vorgesehen sei. Vielmehr würden beim präsumtiven Zuschlagsempfänger die Rohlinge aus dem Lager in Hallein entnommen und in der Folge beschriftet. Die Beschriftung sei der letzte Produktionsschritt. Mit der Beschriftung werde der Rohling zur Ersatzohrmarke bzw Gewebeersatzohrmarke. Der Antragsteller verwies auf die eindeutigen Begriffs-Definitionen auf Seite 1 in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot. Punkt 3.3 widme sich in einem eigenen Kapitel der Produktions- und Lieferfrist. Aus den Punkten 3.3.3 und 3.3.4 der Ausschreibungsunterlagen ergebe sich eindeutig, dass eine tägliche Produktion der Ersatz- und Gewebeersatzohrmarken vorgesehen sei. Beim Antragsteller erfolge die Produktion und Lagerhaltung an einem Ort in Deutschland. Bei einer kontinuierlichen Produktion von Ohrmarken würden täglich Ersatz- und Gewebeersatzohrmarken produziert werden, sodass nur eine zweitägige Produktions- und Lieferfrist der Ersatz- und Gewebeersatzohrmarken möglich sei. Die Ausschreibungsbestimmungen in Punkt 3.3.3 würden einen Versand der produzierten Ersatz- und Gewebeersatzohrmarken lediglich zum Abgabepostamt am selben Tag vorsehen. Dies werde vom Antragsteller erfüllt. GOM-Sets könnten hingegen für die Lagerhaltung produziert werden. Aus den Ausführungen

des präsuntiven Zuschlagsempfängers ergebe sich, dass keine tägliche Produktion von Ersatz- bzw Gewebeersatzohrmarken erfolge. Daher sei das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden. Selbst wenn bei den Ersatzbzw Gewebeersatzohrmarken die Beschriftung bzw Prägung als letzter Schritt anzusehen sei, könne beim präsuntiven Zuschlagsempfänger nicht von einer eintägigen Produktions- und Lieferfrist ausgegangen werden. Beim präsuntiven Zuschlagsempfänger wäre der Fristbeginn bei der Produktion des Rohlings in Frankreich anzusetzen.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger brachte dazu vor, dass auch bei einer solchen Interpretationslinie der Antragsteller keine Rohlinge auf Lagerhaltung produzieren dürfe. Die Produktionsfrist für Ersatz- bzw Gewebeersatzohrmarken müsste daher auch beim Antragssteller länger sein als von ihm angegeben worden sei.

Der Auftraggeber räumte ein, dass in den Ausschreibungsunterlagen auf Seite 16 Absatz 2 lediglich von GOM-Sets für die Lagerhaltung die Rede sei. Vom Auftraggeber sei bei Ersatz- bzw Gewebeersatzohrmarken auch für Rohlinge eine mögliche Lagerhaltung angedacht gewesen. Das Thema Lagerhaltung sei im Rahmen der Verhandlungen von den Bietern auch nicht als zu "eng formuliert" kritisiert worden. Der Begriff "sollen" in den Punkten 3.3.3 und 3.3.4. der Ausschreibungsunterlagen sei nicht als "Muss" zu verstehen. Andernfalls wäre eine solche Anforderung als Muss-Kriterium formuliert und nicht als Zuschlagskriterium angewendet worden. Als Endpunkt der Lieferfrist sei aus Gründen der Vergleichbarkeit das österreichische Postamt gewählt worden, bei dem die Ohrmarke zu versenden sei. Die Ohrmarke werde mit der vollständigen Beschriftung zur amtlichen Ohrmarke. Die Berechnung von Fristen für Großaufträge sei nach Meinung des präsuntiven Zuschlagsempfängers in seinem Angebot ausschreibungskonform erfolgt. In den Ausschreibungsbestimmungen werde ausdrücklich auf "Arbeitstage" hingewiesen. Es seien bei der Berechnung lediglich Werkzeuge zu berücksichtigen und im Angebot auch nur solche berücksichtigt worden. In Beilage 3 sei auf Arbeitstage abgestellt worden. Die Produktions- und Lieferfristen für Großaufträge seien kein Zuschlagskriterium. Es handle sich daher jedenfalls um einen behebbaren Mangel. Hinsichtlich der übrigen anzugebenden Fristen enthalte das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers nur eine eintägige Frist, wodurch sich keine unterschiedliche Berechnung der Fristen ergebe.

Der Auftraggeber wies darauf hin, dass die Bestimmungen zu den §§ 32 und 33 AVG den Bietern im Rahmen der Verhandlungen übermittelt worden seien. Außerdem sei in den Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot in Punkt 3.4. explizit auf die Bestimmungen des AVG hingewiesen worden. Das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers sei unter Verwendung von Werktagen statt Kalendertagen als ausschreibungskonform zu bewerten gewesen. Der Auftraggeber wies darauf hin, dass die Bestimmungen zu den Paragraphen 32 und 33 AVG den Bietern im Rahmen der Verhandlungen übermittelt worden seien. Außerdem sei in den Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot in Punkt 3.4. explizit auf die Bestimmungen des AVG hingewiesen worden. Das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers sei unter Verwendung von Werktagen statt Kalendertagen als ausschreibungskonform zu bewerten gewesen.

Der Antragsteller betonte, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger auch im Hinblick auf die Fristen für Großaufträge ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt habe. Sämtliche Kalendertage nach österreichischem Recht seien bei der Berechnung der Frist zu berücksichtigen gewesen. Aus diesem Grund seien ungleiche Vergleichsmaßstäbe an die Bewertung angelegt worden. Es handle sich um ein Zuschlagskriterium und daher auch um keinen behebbaren Mangel. In Beilage 3 sei ausdrücklich auf Tage hingewiesen worden. Es seien nicht ausdrücklich Arbeitstage genannt. Die Zuschlagsentscheidung sei auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit und Qualifizierung des Auftrages: römisch eins. Zuständigkeit und Qualifizierung des Auftrages

Die Agrarmarkt Austria ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 24.6.2009, N/0061-BVA/04/2009-EV11; Die Agrarmarkt Austria ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 24.6.2009, N/0061-BVA/04/2009-EV11;

20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47;

30.5.2006, N/0029-BVA/09/2006-17; 19.5.2005, 06N-33/05-22).

Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Der Antragsteller hat ein Angebot gelegt. Der sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtende, fristgemäß eingebrachte

Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG und ist insoweit zulässig. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Der Antragsteller hat ein Angebot gelegt. Der sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtende, fristgemäß eingebrachte Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG und ist insoweit zulässig. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 BVergG zu qualifizieren. Aufgrund des geschätzten Auftragswertes von € 1 Million ist von einem Auftrag im Oberschwellenbereich auszugehen. Die B*** hat mit Schriftsatz vom 30.6.2009, eingebracht per E-Mail am 1.7.2009, begründete Einwendungen erhoben. Diese Einwendungen wurden dem Bundesvergabeamt auch im Postweg, Poststempel vom 1.7.2009, übermittelt. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers hat daher der präsumtive Zuschlagsempfänger innerhalb der in § 324 Abs 3 BVergG vorgesehenen Frist begründete Einwendungen erhoben, sodass ihm im gegenständlichen Verfahren Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zukommt. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv Paragraph 5, BVergG zu qualifizieren. Aufgrund des geschätzten Auftragswertes von € 1 Million ist von einem Auftrag im Oberschwellenbereich auszugehen. Die B*** hat mit Schriftsatz vom 30.6.2009, eingebracht per E-Mail am 1.7.2009, begründete Einwendungen erhoben. Diese Einwendungen wurden dem Bundesvergabeamt auch im Postweg, Poststempel vom 1.7.2009, übermittelt. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers hat daher der präsumtive Zuschlagsempfänger innerhalb der in Paragraph 324, Absatz 3, BVergG vorgesehenen Frist begründete Einwendungen erhoben, sodass ihm im gegenständlichen Verfahren Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zukommt.

II. zu Spruchpunkt I.römisch zwei. zu Spruchpunkt römisch eins.

1. 1.Ziffer eins

Antragslegitimation

Zur Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 BVergG führte der Verwaltungsgerichtshof aus (vgl VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095), dass die Nachprüfungsbehörde befugt - und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet - ist, im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Zur Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG führte der Verwaltungsgerichtshof aus vergleiche VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095), dass die Nachprüfungsbehörde befugt - und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet - ist, im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens.

Den Rahmen der Nachprüfungskontrollbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Auch ist es nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, bei der Prüfung der Antragslegitimation eine - vom Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht bezweifelte - Erfüllung der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Muss-Kriterien des Angebotes des Antragstellers zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vgl dazu auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199). Den Rahmen der Nachprüfungskontrollbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Auch ist es nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, bei der Prüfung der Antragslegitimation eine - vom Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht bezweifelte - Erfüllung der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Muss-Kriterien des Angebotes des Antragstellers zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre vergleiche dazu auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199).

Die Vergabekontrollbehörde hat damit - auch aufgrund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bieterinnen dann als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuscheiden wäre (vgl. VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Die Vergabekontrollbehörde hat damit - auch aufgrund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bieterinnen dann als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuscheiden wäre (vergleiche VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095).

Aus dem, dem Bundesvergabeamt vorgelegten Vergabeakt ergibt sich allerdings nicht, dass das angebotene Produkt des Antragstellers das im Teilnahmeantrag unter Punkt 2.2. genannte Muss-Kriterium der "Nicht-Wiederverwendbarkeit" - wie vom präsumtiven Zuschlagsempfänger behauptet - nicht erfüllen würde. Vielmehr ergibt sich aus dem Prüfprotokoll des Auftraggebers vom 19.1.2009, dass vom Antragsteller die geforderten Muss-Kriterien des Teilnahmeantrages erfüllt worden sind. Die Erfüllung der Muss-Kriterien wurde im Übrigen auch beim präsumtiven Zuschlagsempfänger und einem weiteren Bieter, der zur Legung eines Letztangebotes eingeladen wurde, im Rahmen der Prüfung festgestellt.

Die Erfüllung der in Punkt 2.2. des Teilnahmeantrages festgelegten und in Punkt 2.3. der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot wiederholten Muss-Kriterien durch alle drei, zur zweiten Stufe eingeladenen Bieter - dazu zählt auch der Antragsteller - wurde vom Auftraggeber im Schriftsatz vom 8.7.2009 abermals bestätigt und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Ausführungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers in diesem Punkt unzutreffend seien. Der Auftraggeber hob hervor, dass die Prüfung der Muss-Kriterien erkennbar in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des BVergG durchgeführt worden sei.

Auf die Prüfung der Musskriterien und Erfüllung durch den Antragsteller nahm der Auftraggeber auch in der mündlichen Verhandlung vom 21.7.2009 Bezug. Der Auftraggeber wies darauf hin, dass die angebotenen Produkte aller drei, für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zugelassenen Bieter die in den Punkten 2.2 der Teilnahmeantragsunterlagen festgelegten Muss-Kriterien, die unter Punkt 2.3 der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot zur Gewährleistung des Überblicks für die Leistungsbeschreibung wiederholt wurden, erfüllen würden.

Davon abgesehen wäre die Prüfung der Frage, ob das angebotene Produkt des Antragstellers das in den Teilnahmeantragsunterlagen und in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot vorgesehene Muss-Kriterium der "Nicht-Wiederverwendbarkeit" erfüllt - dessen Erfüllung der Auftraggeber im Rahmen seiner Prüfung durch das Produkt des Antragstellers nicht in Zweifel gezogen hat - nur unter Heranziehung eines Sachverständigen möglich, was nach obigen Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes dem Zweck der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens zuwiderlaufen würde.

Daran vermag auch das Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers in seinen Schriftsätzen nichts zu ändern, in denen er sich auf Feststellungen in einem Versuch und ein vorgelegtes Video beruft, deren zu Folge das Produkt des Antragstellers das genannte Muss-Kriterium der "Nicht-Wiederverwendbarkeit" nicht erfülle. Soweit sich der präsumtive Zuschlagsempfänger auf ein von ihm vorgelegtes Schreiben der G*** und auf Fotodokumentationen stützt, wird darauf verwiesen, dass dieser selbst lediglich von Anhaltspunkten ausgeht, die dafür sprechen würden, dass das Produkt des Antragstellers das genannte Muss-Kriterium nicht erfülle. Das Vorbringen des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung am 21.7.2009, wonach auch auf Grund der Zulassung seines angebotenen Produktes in Italien davon auszugehen sei, dass sein angebotenes Produkt der Verordnung (EG) Nr. 911/2004 entspreche, wurde hingegen vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht einmal bestritten. Art 2 der genannten Verordnung sieht das Kriterium der Nicht-Wiederverwendbarkeit für amtliche Ohrmarken vor. Daran vermag auch das Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers in seinen Schriftsätzen nichts zu ändern, in denen er sich auf Feststellungen in einem Versuch und ein vorgelegtes Video beruft, deren zu Folge das Produkt des Antragstellers das genannte Muss-Kriterium der "Nicht-Wiederverwendbarkeit" nicht erfülle. Soweit sich der präsumtive Zuschlagsempfänger auf ein von ihm vorgelegtes Schreiben der G*** und auf Fotodokumentationen stützt, wird darauf verwiesen, dass dieser selbst lediglich von Anhaltspunkten ausgeht, die dafür sprechen würden, dass das Produkt des Antragstellers das genannte Muss-Kriterium nicht erfülle. Das Vorbringen des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung am 21.7.2009, wonach auch auf Grund der Zulassung seines angebotenen Produktes in Italien davon auszugehen sei, dass sein angebotenes Produkt der Verordnung (EG) Nr. 911 aus 2004, entspreche, wurde hingegen vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht einmal bestritten. Artikel 2, der genannten Verordnung sieht das Kriterium der Nicht-Wiederverwendbarkeit für

amtliche Ohrmarken vor.

Auf Grund dieser Erwägungen ist daher vor dem Hintergrund der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes von der Antragslegitimation des Antragstellers gemäß § 320 Abs 1 BVergG auszugehen. Auf Grund dieser Erwägungen ist daher vor dem Hintergrund der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes von der Antragslegitimation des Antragstellers gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG auszugehen.

1. 2.Ziffer 2

Produktions- und Lieferfristen der GOM-sets, Ersatzohrmarken und Gewebe-Ersatzohrmarken

2.1. Bestandskraft der Ausschreibung

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sind die Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot mangels fristgerechter Anfechtung bestandsfest geworden (vgl VwGH 1.10.2008, 2005/04/0204; 25.6.2008, 2006/04/0116; 28.5.2008, 2007/04/0232, 0233; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112- BVA/14/2007-20 u.a.). Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sind die Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot mangels fristgerechter Anfechtung bestandsfest geworden vergleiche VwGH 1.10.2008, 2005/04/0204; 25.6.2008, 2006/04/0116; 28.5.2008, 2007/04/0232, 0233; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112- BVA/14/2007-20 u.a.).

Soweit sich der Antragsteller auf ein von ihm behauptetes, irreführendes Verhalten des Auftraggebers in dem der Entscheidung des EuGH Rs C-327/00 (E***) zugrunde liegenden vergleichbaren Sachverhalt beruft, ist dem entgegenzuhalten, dass für derartige Sachverhaltskonstellationen ein Wiedereinsetzungsantrag gemäß § 71 AVG gegen die Versäumung der verfahrensrechtlichen Frist zur Bekämpfung der jeweiligen Auftragsgeberentscheidung vorgesehen ist (vgl in diesem Zusammenhang Thienel, Grundfragen zu gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 70; ebenso BVA 15.6.2009, N/0035-BVA/09/2009-63; 12.5.2009, N/0014-BVA/04/2009-28 und N/0025-BVA/04/2009-22; 23.7.2004, 04N-50/04-46). Soweit sich der Antragsteller auf ein von ihm behauptetes, irreführendes Verhalten des Auftraggebers in dem der Entscheidung des EuGH Rs C-327/00 (E***) zugrunde liegenden vergleichbaren Sachverhalt beruft, ist dem entgegenzuhalten, dass für derartige Sachverhaltskonstellationen ein Wiedereinsetzungsantrag gemäß Paragraph 71, AVG gegen die Versäumung der verfahrensrechtlichen Frist zur Bekämpfung der jeweiligen Auftragsgeberentscheidung vorgesehen ist vergleiche in diesem Zusammenhang Thienel, Grundfragen zu gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 70; ebenso BVA 15.6.2009, N/0035-BVA/09/2009-63; 12.5.2009, N/0014-BVA/04/2009-28 und N/0025-BVA/04/2009-22; 23.7.2004, 04N-50/04-46).

Soweit sich der Antragsteller bei der Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot auf die Fristen gemäß § 321 Abs 2 BVergG stützt, die sich auf die Bekämpfung der Ausschreibung bzw der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages beziehen, ist darauf zu verweisen, dass die Frist zur Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot im Verhandlungsverfahren nicht durch die Bestimmungen des § 321 Abs 2 BVergG, sondern durch die Bestimmung in § 321 Abs 1 Z 7 BVergG geregelt wird. Soweit sich der Antragsteller bei der Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot auf die Fristen gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG stützt, die sich auf die Bekämpfung der Ausschreibung bzw der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages beziehen, ist darauf zu verweisen, dass die Frist zur Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot im Verhandlungsverfahren nicht durch die Bestimmungen des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG, sondern durch die Bestimmung in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG geregelt wird.

Die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot sind als eine Einheit mit der Aufforderung zur Legung eines Letztangebotes zu qualifizieren, die im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht als Ausschreibung im Sinne einer Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG zu interpretieren sind (vgl VwGH 22.4.2009, 2007/04/0065). Die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot sind als eine Einheit mit der Aufforderung zur Legung eines Letztangebotes zu qualifizieren, die im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht als Ausschreibung im Sinne einer Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG zu interpretieren sind vergleiche VwGH 22.4.2009, 2007/04/0065).

2.2. Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot vom 26.5.2009 zur Produktions- und Lieferfrist

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen bzw Teilnahmeantragsunterlagen 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 maßgeblich (vgl VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20).

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen bzw Teilnahmeantragsunterlagen 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 maßgeblich vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20;

10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21;

28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a).

Unter Punkt 3.3 der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot wird die Produktion und Lieferung inklusive Lagerung, Verpackung und Versand geregelt. Es wird darauf hingewiesen, dass der Auftragnehmer auch kurzfristige Auslieferungsaufträge des Auftraggebers für GOM-Sets, Gewebeersatzohrmarken und Ersatzohrmarken erfüllen können muss. Lediglich für GOM-Sets wird dem Auftragnehmer die Möglichkeit eingeräumt, für die Lagerhaltung zu produzieren oder diese im Rahmen der ordentlichen Produktion für die Lieferung bereit zu stellen. Dabei sollen für die Lagerhaltung von GOM-Sets bestimmte Bedingungen eingehalten werden.

Anschließend werden abhängig von der Art des Auftrags und der Art der Rinderohrmarken, die unter Punkt 3 der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot unterschiedlich definiert werden, verschiedene Regelungen getroffen. Dabei wird zwischen dem Großauftrag für GOM-Sets (Punkt 3.3.1), dem Auftrag für GOM-Sets für den kurzfristigen Bedarf (3.3.2), den Gewebe-Ersatzohrmarken (3.3.3) und den Ersatzohrmarken (3.3.4) differenziert. Im Unterschied zum Großauftrag für GOM-Sets und zu Aufträgen für GOM-Sets für den kurzfristigen Bedarf sollen Gewebe-Ersatzohrmarken und Ersatzohrmarken nach Aufforderung täglich mit der Einziehanleitung produziert, verpackt und an ein österreichisches Aufgabepostamt versendet werden können. An Werktagen bis 10.00 Uhr beim Auftragnehmer eingehende Bestellungen sollen unverzüglich bearbeitet und noch am selben Werktag an ein österreichisches Aufgabepostamt versendet werden. Als Absender soll der Auftragnehmer den Auftraggeber angeben. Die Aufgabe der Sendung soll bei einem österreichischen Aufgabepostamt mit entsprechender Bearbeitungskapazität erfolgen.

Die garantierten, in Beilage 3 in ganzen Tagen anzugebenden Produktions- und Lieferfristen wurden einerseits für die Berechnung der gewichteten Zuschlagskriterien für die täglichen Auflieferungsaufträge für GOM-Sets (3.3.2), für die täglichen Produktions- und Lieferaufträge für die Gewebeersatzohrmarken (3.3.3) und für die Ersatzohrmarken (3.3.4) und andererseits für die Berechnung der Pönale im Verzugsfall herangezogen. Die garantierte Produktions- und Lieferfrist für Großaufträge (3.3.1) diente nur der Berechnung der Pönale im Verzugsfall.

Gemäß Punkt 3.4. umfassten diese garantierten Fristen für alle Auftragsarten und Ohrmarkenarten die Zeitspanne vom Eingang des jeweiligen Produktions- oder Lieferauftrages bis zur Aufgabe der Sendung beim österreichischen

Aufgabepostamt. Ein begonnener Arbeitstag war als Tag zu werten. Für die Fristbemessung galten die Bestimmungen der §§ 32 und 33 AVG. Der Eingang des jeweiligen Produktions- und Lieferauftrages wurde in Beilage 3 noch dahingehend konkretisiert, dass dieser mit der elektronischen Übermittlung der Daten durch den Auftraggeber festgelegt wurde. Gemäß Punkt 3.4. umfassten diese garantierten Fristen für alle Auftragsarten und Ohrmarkenarten die Zeitspanne vom Eingang des jeweiligen Produktions- oder Lieferauftrages bis zur Aufgabe der Sendung beim österreichischen Aufgabepostamt. Ein begonnener Arbeitstag war als Tag zu werten. Für die Fristbemessung galten die Bestimmungen der Paragraphen 32 und 33 AVG. Der Eingang des jeweiligen Produktions- und Lieferauftrages wurde in Beilage 3 noch dahingehend konkretisiert, dass dieser mit der elektronischen Übermittlung der Daten durch den Auftraggeber festgelegt wurde.

Unter Berücksichtigung der obigen Erörterungen und Festlegungen zu den Gewebeersatzohrmarken und zu den Ersatzohrmarken zu den Punkten (3.3.3, 3.3.4), die auch im Beiblatt 3 zu den genannten Ohrmarkenarten zitiert wurden, umfasste die garantierte Produktions- und Lieferfrist für Gewebeersatzohrmarken und für Ersatzohrmarken nicht nur die Aufgabe der Sendung beim österreichischen Postamt sondern auch die gesamte, vorhergehende Produktion der Gewebeersatzohrmarken bzw der Ersatzohrmarken. So besteht die beim österreichischen Postamt aufzugebende Sendung für die in Auftrag gegebenen Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken selbstverständlich nicht nur aus dem Akt der auf den Rinderohrmarken anzubringenden Daten (Codes), sondern vielmehr auch aus den Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken selbst, auf denen die Daten angebracht wurden.

Dass es sich bei den nicht bedruckten (codierten) Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken um einen komplizierten Mechanismus handelt, zeigen auch die umfangreichen, im Teilnahmeantrag vorzulegenden Produktbeschreibungen der Bewerber. Wie sich auch in der mündlichen Verhandlung ergab, werden zu den nicht codierten Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken sogar Patentstreitigkeiten geführt. Die nicht codierten Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken müssen bestimmte, als Muss-Kriterien zu wertende Anforderungen, wie biegsamer Kunststoff, Nicht-Wiederverwendbarkeit, die nach Anbringung feste und dauerhafte Verbindung mit dem Tier, ohne diesem Schaden zuzufügen oder die Zusammensetzung aus Steckteil und Steckerteil erfüllen. Die Anbringung der Daten (Codierung) auf die Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken stellt lediglich einen Teil in der Produktionskette der Produktion der Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken dar. Selbst der präsumtive Zuschlagsempfänger bezeichnete in der mündlichen Verhandlung am 21.7.2009 die Anbringung des Strichcodes auf die Gewebeersatzohrmarken bzw der Ersatzohrmarken als wesentlichen Teil des Produktionsprozesses und als letzten Produktionsschritt.

2.3. Berechnung der garantierten "Produktions- und Lieferfrist" durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger im Letztangebot

2.3.2. Garantierte Produktions- und Lieferfrist für Gewebeersatzohrmarken und Ersatzohrmarken

Wie sich aus den Aussagen des in Frankreich niedergelassenen, präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung am 21.7.2009 ergibt, werden die nicht codierten Gewebeersatzohrmarke bzw Ersatzohrmarke in Frankreich (Rohlinge) produziert und zum in Hallein niedergelassenen Unternehmen C***, das als Subunternehmer unter anderem für die Tätigkeitsbereiche "Verwaltung des Zwischenlagers" und die "Produktion von Ersatzohrmarken" nominiert wurde, gebracht. Bei einem Produktions- und Lieferauftrag für Gewebeersatzohrmarken oder Ersatzohrmarken werden die nicht codierten Gewebeersatzohrmarken oder die nicht codierten Ersatzohrmarken aus dem Lager des Subunternehmers entnommen, codiert und zum österreichischen Postamt geliefert.

Nach Ansicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers wird damit der in Punkt 3.3.3 und 3.3.4 vorgesehenen Produktion und Lieferung innerhalb eines Tages entsprochen. Die Berechnung der angegebenen, garantierten eintägigen Produktions- und Lieferfrist für die Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken des präsumtiven Zuschlagsempfängers umfasst daher nur die Entnahme der nicht codierten Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken aus dem Lager des Subunternehmers und die Beschriftung (Codierung) sowie die Lieferung zum österreichischen Postamt. Dies ergibt sich auch aus der in Beilage 3 erfolgten Anmerkung des präsumtiven Zuschlagsempfängers, wonach die Ersatzohrmarken bzw die Gewebeersatzohrmarken in Hallein "produziert" und am gleichen Tag am Postamt in Hallein bis 16.00 Uhr abgegeben werden.

Die im Letztangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in Beilage 3 angegebene, eintägige, garantierte

Produktions- und Lieferfrist für die Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken umfasst damit hingegen nicht die - wie oben dargestellt - auch bei der garantierten Produktions- und Lieferfrist für Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken zu berücksichtigende Produktion der nicht codierten Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken in Frankreich. Die in Beilage 3 angegebene, nicht die Produktion der nicht codierten Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken umfassende, garantierte, eintägige Produktions- und Lieferfrist des präsumtiven Zuschlagsempfängers stellt jedoch die Grundlage für die Berechnung des mit 2% gewichteten Zuschlagskriteriums "Produktions- und Lieferfrist einer Ersatzohrmarke" bzw des mit 7% gewichteten Zuschlagskriteriums "Produktions- und Lieferfristen für die Gewebeersatzohrmarke" dar und wird für die Berechnung der Pönale beim Verzug herangezogen.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Anbotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbar Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Anbotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbar Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet.

Nach den obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in Kenntnis seiner bisherigen Reihung (1.Gereihter), wobei er darüber hinaus nunmehr auch Kenntnis über die zweitägige, garantierte Produktions- und Lieferfrist bei den Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken des Antragstellers hat, seine Wettbewerbsstellung gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern könnte, wenn ihm die Möglichkeit der Verbesserung zur Angabe seiner garantierten Produktions- und Lieferfristen für Gewebeersatzohrmarken und für Ersatzohrmarken in Letztangebot, die gewichtete Zuschlagskriterien darstellen, eingeräumt werden würde. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hätte nämlich bei der garantierten Produktions- und Lieferfrist für Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken - wie oben dargestellt - auch die Produktion der nicht codierten Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken in Frankreich zu berücksichtigen gehabt.

Selbst wenn die im Letztangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers aufscheinende, garantierte Produktions- und Lieferfrist für die Gewebeersatzohrmarken bzw für die Ersatzohrmarken, die auf einer - wie oben dargestellt - unrichtigen Berechnung beruht, bei der Bewertung der gewichteten Zuschlagskriterien vom Auftraggeber nicht berücksichtigt werden würde, wäre für den präsumtiven Zuschlagsempfänger nichts gewonnen. Die der Ausschreibung entsprechenden korrekten Angaben zur garantierten Produktions- und Lieferfrist für die Gewebeersatzohrmarken bzw Ersatzohrmarken stellen nämlich die Grundlage für die Berechnung der Pönale beim Lieferverzug dar.

Das Letztangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Es steht auch nicht in der Disposition des Auftraggebers von Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs. 1 BVergG entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen

eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt]). Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47; 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22; 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.). Das Letztangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen. Es steht auch nicht in der Disposition des Auftraggebers von Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47; 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22; 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.).

Zum Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, dass auch die vom Antragsteller angegebene garantierte Produktions- und Lieferfrist für Gewebeersatzohrmarken bzw. Ersatzohrmarken nicht ausschreibungskonform sei, ist darauf zu verweisen, dass die vom Antragsteller angegebene zweitägige Frist auf einer fortlaufenden Produktion von Ohrmarken iVm einer täglichen Produktion von Gewebeersatzohrmarken bzw. Ersatzohrmarken in Deutschland beruht. Zudem bezieht sich Punkt 3.3.3 bzw. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot lediglich auf eine unverzügliche Bearbeitung der Bestellungen und eine noch am selben Werktag erfolgende Versendung an ein österreichisches Aufgabepostamt. Zum Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, dass auch die vom Antragsteller angegebene garantierte Produktions- und Lieferfrist für Gewebeersatzohrmarken bzw. Ersatzohrmarken nicht ausschreibungskonform sei, ist darauf zu verweisen, dass die vom Antragsteller angegebene zweitägige Frist auf einer fortlaufenden Produktion von Ohrmarken in Verbindung mit einer täglichen Produktion von Gewebeersatzohrmarken bzw. Ersatzohrmarken in Deutschland beruht. Zudem bezieht sich Punkt 3.3.3 bzw. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot lediglich auf eine unverzügliche Bearbeitung der Bestellungen und eine noch am selben Werktag erfolgende Versendung an ein österreichisches Aufgabepostamt.

2.3.3. Garantierte Produktions- und Lieferfristen für GOM-Sets beim Großauftrag

Für die Berechnung der garantierten Produktions- und Lieferfrist in Tagen ab Eingang des Auftrages hat der präsumtive Zuschlagsempfänger für die GOM-Sets beim Großauftrag andere als die in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot vorgesehenen Grundlagen herangezogen.

Im Letztangebot führte der präsumtive Zuschlagsempfänger in Beilage 3 zu den Produktions- und Lieferfristen zum GOM-Set in der Rubrik "Bemerkungen" an, dass es sich bei der angegebenen Produktions- und Lieferfrist für GOM-Sets um "gearbeitete" Werktage handle. Diese wurden bei der Produktions- und Lieferfrist von GOM-Sets beim Großauftrag gemäß Pkt. 3.3.1 vom präsumtiven Zuschlagsempfänger sohin mit garantierter, "gearbeiteter" 25 Werktagen angegeben. Die Verwendung von Werktagen wurde auch vom präsumtiven Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

Sowohl in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot unter Punkt 3.4 (Lieferfristen) als auch in der vom Bieter auszufüllenden Beilage 3 zum Letztangebot wurde jedoch darauf hingewiesen, dass die anzugebenden Fristen in ganzen Tagen zu berechnen sind, und die Fristbemessung gemäß der §§ 32 und 33 AVG zu erfolgen hat. Auf Grund dieser Vorgaben kann jedoch die Fristberechnung für die Produktions- und Lieferfrist in Tagen nicht - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger vermeint - nach Werktagen, sondern nur nach Kalendertagen erfolgen. Sowohl in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot unter Punkt 3.4 (Lieferfristen) als auch in der vom Bieter auszufüllenden Beilage 3 zum Letztangebot wurde jedoch darauf hingewiesen, dass die anzugebenden Fristen in ganzen Tagen zu berechnen sind, und die Fristbemessung gemäß der Paragraphen 32 und 33 AVG zu erfolgen hat. Auf Grund dieser Vorgaben kann jedoch die Fristberechnung für die Produktions- und Lieferfrist in Tagen nicht - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger vermeint - nach Werktagen, sondern nur nach Kalendertagen erfolgen.

Daran vermag auch der Hinweis in den genannten Ausschreibungsunterlagen im zitierten Punkt (Lieferfristen) bzw in Beilage 3 zum Letztangebot nichts zu ändern, wonach ein begonnener Arbeitstag als ein Tag zu werten ist. Vielmehr ist diese Erläuterung zum begonnenen Arbeitstag nur als Klarstellung dahingehend zu werten, dass auch für den Fall, dass nur ein Teil eines Arbeitstages für den zu erfüllenden Großauftrag für die Produktion und Lieferung der GOM-Sets in Anspruch genommen wurde, diese als ganzer Tag bei der Fristberechnung zu berücksichtigen ist. Dies ist aber ohne Einfluss auf die - wie erwähnt - nach Kalendertagen zu berechnende Produktions- und Lieferfrist. Zur weiteren, ebenfalls lediglich Klarstellung wird außerdem darauf hingewiesen, dass Tage nicht geteilt werden können. Der Hinweis auf den begonnenen Arbeitstag kann damit nicht - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung am 21.7.2009 vorbrachte - dahingehend interpretiert werden, dass statt Kalendertagen - wie in den genannten Bestimmungen im AVG vorgesehen - nur die "gearbeiteten" Werkzeuge für die Fristberechnung der garantierten Produktions- und Lieferfrist für GOM-Sets beim Großauftrag heranzuziehen wären.

Entgegen der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vertretenen Meinung ist dieser Mangel im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch nicht als verbesserungsfähiger Mangel zu werten. Zwar handelt es sich bei der garantierten Produktions- und Lieferfrist für GOM-Sets beim Großauftrag - anders als bei den Auslieferungsaufträgen für GOM-Sets (Punkt 3.3.2) oder bei den Gewebeersatzohrmarken (3.3.3) bzw bei den Ersatzohrmarken (3.3.4) - um kein Zuschlagskriterium. Die garantierte Produktions- und Lieferfrist für GOM-Sets beim Großauftrag ist jedoch für die Berechnung der Pönale im Verzugsfall, worauf auch in Beilage 3 und in Punkt 9 des Vertrages hingewiesen wurde, heranzuziehen. Im Hinblick darauf, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger - in Kenntnis seiner Reihung an erster Stelle - nunmehr die garantierte Produktions- und Lieferfrist für GOM-Sets nämlich so wählen könnte, um den Eintritt eines allfälligen Verzugsfalles hintanzuhalten, ist davon auszugehen, dass er durch eine Mängelbehebung seine Wettbewerbsstellung gegenüber den übrigen Bietern materiell verbessern könnte.

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auch aus diesem Grund gemäß § 129 Z 7 BVergG auszuscheiden gewesen. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auch aus diesem Grund gemäß Paragraph 129, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden gewesen.

2.4. Benennung der Tätigkeitsbereiche des nominierten Subunternehmers

Wie sich aus Punkt 3.3. der Teilnahmeantragsunterlagen ergibt, hat der Bieter hinsichtlich aller Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben. Dazu gab der präsumtive Zuschlagsempfänger für 20% des Gesamtauftragswertes in Beilage 4 im Teilnahmeantrag das Unternehmen C*** für die Tätigkeitsbereiche Rechnungslegung an die AMA, für die Verwaltung des Zwischenlagers, für den Vertrieb der Ohrmarkenzangen, für die Ausarbeitung der Österreichischen Posttarife, für die "Produktion" von Ersatzohrmarken "bei der Zuschlagserteilung" und für den Kundendienst bei den Landwirten an.

In der mündlichen Verhandlung am 21.7.2009 benannte der präsumtive Zuschlagsempfänger jedoch den in Hallein niedergelassenen Subunternehmer C*** entgegen seiner Angabe im Teilnahmeantrag nicht für die "Produktion der Ersatzohrmarken" in Form einer die Codierung der Ersatzohrmarken sondern darüber hinaus auch für die Codierung der Gewebeersatzohrmarken. Dies deckt sich auch mit den Angaben im Letztangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in Beilage 3, wonach die Gewebeersatzohrmarken und die Ersatzohrmarken in Hallein "produziert" würden. Damit hat der präsumtive Zuschlagsempfänger jedoch den gemäß Punkt 3.3. der Vorgaben im Teilnahmeantrag alle Teile umfassenden, bereits in Beilage 4 in Teilnahmeantrag anzugebenden Tätigkeitsbereich des Subunternehmers für seine eintägige, garantierte Produktions- und Lieferfrist für Gewebeersatzohrmarken im Letztangebot nachträglich erweitert.

Bei der nachträglichen Erweiterung des im Teilnahmeantrag angegebenen 20%-igen Tätigkeitsbereiches des Subunternehmers handelt es sich nach der oben angeführten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ebenfalls nicht um keinen verbesserungsfähigen Mangel, da es sich bei der garantierten Produktions- und Lieferfrist für Gewebeersatzohrmarken um ein Zuschlagskriterium handelt, sodass der präsumtive Zuschlagsempfänger im Fall der Verbesserung seine Wettbewerbsstellung gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern könnte.

Selbst wenn die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger in seinem Letztangebot aufscheinende garantierte Produktions- und Lieferfrist für die Gewebeersatzohrmarken, bei der Bewertung des gewichteten Zuschlagskriteriums vom Auftraggeber nicht berücksichtigt werden würde, wäre für den präsumtiven Zuschlagsempfänger nichts

gewonnen. Die der Ausschreibung entsprechende korrekte Angabe zur garantierten Produktions- und Lieferfrist für die Gewebeersatzohrmarken stellen nämlich die Grundlage für die für die Berechnung der Pönale beim Lieferverzug dar.

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auch aus diesem Grund gemäß § 129 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auch aus diesem Grund gemäß Paragraph 129, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen.

2.5. Rechtsverletzung und Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens

Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers ist der Antragsteller in seinen Rechten verletzt. Da auf Grund der oben aufgezeigte Vorgangsweise des Auftraggebers, das ausschreibungswidrige Letztangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers unzulässiger Weise nicht auszuschneiden, die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeiten belastet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG von wesentlichem Einfluss sind (vgl VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15; 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; u.a.), ist die zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers lautende Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers ist der Antragsteller in seinen Rechten verletzt. Da auf Grund der oben aufgezeigte Vorgangsweise des Auftraggebers, das ausschreibungswidrige Letztangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers unzulässiger Weise nicht auszuschneiden, die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeiten belastet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von wesentlichem Einfluss sind vergleiche VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15; 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; u.a.), ist die zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers lautende Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

III. Zu Spruchpunkt II.römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

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

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Antragsteller "teilweise obsiegt" hat, ist dem diesbezüglichen Antrag gemäß § 319 leg cit, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 leg cit bezieht, stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - der Antragsteller "teilweise obsiegt" hat, ist dem diesbezüglichen Antrag gemäß Paragraph 319, leg cit, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg cit bezieht, stattzugeben.

Ebenso ist dem Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs 2 BVergG stattzugeben. Mit Bescheid vom 24.6.2009, N/0061- BVA/04/2009-EV11, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Ebenso ist dem Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG stattzugeben. Mit Bescheid vom 24.6.2009, N/0061- BVA/04/2009-EV11, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Da der Antragsteller für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung damit insgesamt Euro 2.400,-- gesetzteskonform entrichtet hat, war spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

16.09.2009

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