

**Entscheidende Behörde**

Bundesvergabeamt

**Entscheidungsdatum**

20.06.2007

**Geschäftszahl**

N/0050-BVA/04/2007-41

**Text**

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Gen. Lt. Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "Lieferauftrag zur Beschaffung von Ohrmarken für Rinder und deren Auslieferung an österreichische Betriebe" des Auftraggebers Agrarmarkt Austria, Dresdner Straße 70, 1200 Wien, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 9. Mai 2007, und über die Anträge der B\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 9. Mai 2007, wie folgt entschieden:

**Spruch****I.**

- 1.) Dem Antrag der A\*\*\* gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 25.4.2007 wird stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 25.4.2007 zur Teilleistung "Doppelohrmarke - amtliche Ohrmarke" wird für nichtig erklärt.
- 2.) Dem Antrag, der A\*\*\* auf "Ersatz der Pauschalgebühren sowie der Kosten des Verfahrens gemäß § 319 Abs 1 BVerG 2006" wird insoweit stattgegeben, als die Agrarmarkt Austria der A\*\*\* den Betrag von Euro 3.200,- für die von der A\*\*\* gemäß § 318 Abs 1 BVerG 2006 für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVerG 2006 entrichtete Pauschalgebühr sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVerG 2006 entrichteten Pauschalgebühren binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen hat. Das darüber hinausgehende Begehren wird zurückgewiesen.

**II.**

- 1.) Dem Antrag der B\*\*\* gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 25.4.2007 wird stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 25.4.2007 zur Teilleistung "Doppelohrmarke - amtliche Ohrmarke" wird für nichtig erklärt.
- 2.) Dem Antrag der B\*\*\* auf "Ersatz der Pauschalgebühren sowie der Kosten des Verfahrens gemäß § 319 Abs 1 BVerG 2006" wird insoweit stattgegeben, als die Agrarmarkt Austria GmbH der B\*\*\* den Betrag von Euro 3.200,- für die von B\*\*\* gemäß § 318 Abs 1 BVerG 2006 für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVerG 2006 sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVerG 2006 entrichteten Pauschalgebühren binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen hat. Das darüber hinausgehende Begehren wird zurückgewiesen.

**Begründung**

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Lieferauftrag zur Beschaffung von Ohrenmarken für Rinder und deren Auslieferung an österreichische Betriebe" wurde am 10.2.2007 unter 2007/S29-035047 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Aus der genannten

Veröffentlichung ergibt sich, dass der als Lieferauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 3.4.2007, 10.00 Uhr, fixiert.

Die Bewerberanfragen wurden vom Auftraggeber mit Schreiben vom 8.3.2007 beantwortet. Darin wurde unter anderem ausgeführt, dass im Jahr 2006 insgesamt 69.337 Pakete mit 799.630 Doppelohrmarken versendet worden seien.

In den Ausschreibungsunterlagen wird zum Leistungsgegenstand unter Punkt 1.4. als Ziel die Beschaffung von Ohrmarken für Rinder zum Zweck der Kennzeichnung gemäß der einschlägigen europäischen Verordnung und den diesbezüglichen Rechtsvorschriften in der Europäischen Union sowie deren Auslieferung an österreichische, rinderhaltende Betriebsinhaber für die Dauer von drei Jahren mit einer jährliche Verlängerungsoption angegeben.

Unter Punkt 1.6. der Ausschreibungsunterlagen wurde ausgeführt, dass Teilangebote zulässig sind. Für diese gelten die Bestimmungen des II. Teils (für das Angebot Doppelohrmarke - amtliche Ohrmarke) und des III. Teiles (für das Angebot Gewebeohrmarkenset), wobei sich der Auftraggeber die Möglichkeit von Teilvergaben vorbehält.

Wie sich aus den Ausschreibungsunterlagen unter Pkt. 1.2.1. (Teilangebot Doppelohrmarke - amtliche Ohrmarke) ergibt, hat der Bieter sein Teilangebot auf Basis der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Pkt. 1), der Leistungsbeschreibung (Pkt. 2), der Zuschlagskriterien des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes (Pkt. 4), der Formulare für die Preisblätter (Beilage 8 - 10) und der rechtlichen Bestimmungen (Pkt. 8) zu erstellen.

Unter Punkt 1.7 (Subunternehmer) wird in den Ausschreibungsunterlagen Folgendes ausgeführt:

".....

Der Bieter hat nur hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben. Werden Subunternehmer eingesetzt, ist gemäß Beilage 5 . Subunternehmer anzugeben,

- . der Einsatzbereich (Leistungs- bzw. Tätigkeitsbereich) zu beschreiben und
- . der Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom

Gesamtauftragswert  
anzugeben.

Auftragsteile sind dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft macht. Für diese notwendigen Subunternehmer sind dem Angebot weiters folgende Nachweise beizulegen:

- . Nachweis, dass dem Bieter für die Ausführung des Auftrages die beim Subunternehmer vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.
  - . Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützt.
  - . Alle Eignungsnachweise, die vom Bieter gefordert sind, soweit sie für den Leistungs- bzw. Tätigkeitsbereich des Subunternehmers relevant sind.
- ....."

Aus Punkt 1.9. der Ausschreibungsunterlagen ergibt sich unter anderem, dass das Angebot dem Auftraggeber rechtsgültig gefertigt bis zum 3.4.2007, 10.00 Uhr, zu übermitteln oder persönlich zu übergeben ist. Dem Angebot ist eine Handlungsvollmacht beizulegen, wenn der Bieter bzw die jeweiligen Mitglieder der Bietergemeinschaft im Firmenbuch eingetragen sind und sich die Vertretungsbefugnis nicht bereits aus dem Firmenbuch ergibt.

Unter Pkt. 1.15 (Preis) der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen wird Folgendes angeführt:  
".....

Der Einheitspreis für den in den Teilen II und III der Ausschreibungsunterlagen näher beschriebenen jeweiligen Leistungsgegenstand ist nach den in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere der in den Punkten 2. bzw. 5. aufgelisteten Vorgaben zu erstellen und aufzuschlüsseln."

Unter Pkt. II.4.1 (Gewichtung) werden die gewichteten Zuschlagskriterien mit dem Einheitspreis einer Doppelohrmarke (Beilage ./9) mit 35%, der Einheitspreis einer Ersatzohrmarke (Beilage ./10) mit 25%, die Produktions- und Lieferfrist einer Ersatzohrmarke (Beilage ./7) mit 10%, das Ausmaß der qualitätssichernden Maßnahmen in der Produktion (Beilage ./11) mit 15%, die Anwendbarkeit von "A\*\*\*" Ohrmarkenzangen (Beilage ./8) mit 10% und der Einheitspreis einer Ohrmarkenzange (Beilage ./8) mit 5% aufgezählt. Zum Zuschlagskriterium "Einheitspreis der Doppelohrmarke" bzw. jenem des "Einheitspreises der Ersatzohrmarke" und jenem des "Einheitspreises der Ohrmarkenzange" wird ausgeführt, dass der jeweilige Einheitspreis in Beilage ./9 bzw Beilage ./10 bzw Beilage ./8 aufzuschlüsseln ist. Diese stellen die Basis für die Bewertung dar.

Gemäß Pkt. II.2.2 (Mussanforderungen) ist die Erfüllung dieser Musskriterien durch Einreichung der Beilage ./6 (Produktbeschreibung) näher zu erläutern. Um dem Auftraggeber die Überprüfung der Musskriterien zu ermöglichen, ist weiters ein Set von 20 Doppelohrmarken inklusive Ohrmarkenzange, Umrüstsatz und deutschsprachige Einziehanleitung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zur Verfügung zu stellen.

Neben der A\*\*\* (in der Folge Erstantragsteller) und der B\*\*\* (in der Folge Zweitantragsteller), die für beide Teilleistungen ein Angebot legten, und drei weiteren Bietern gab die C\*\*\* (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) ein Teilangebot für die Teilleistung "Doppelohrmarke - amtliche Ohrmarke" ab.

Das Angebot des Erstantragstellers war von Herrn K\*\*\* unterzeichnet. In der dem Angebot beiliegenden beglaubigten Übersetzung des Auszuges aus dem französischen Handelsregister wurde der Erstantragsteller als einfache Aktiengesellschaft bezeichnet. Darin wurden Herr K\*\*\* als Generaldirektor, Herr T\*\*\* als geschäftsführender Vorsitzender, als beauftragte Rechnungsprüfer der AG Vorstand M\*\*\* und der AG Vorstand D\*\*\* und als stellvertretender Rechnungsprüfer N\*\*\* sowie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts E\*\*\* O\*\*\* angeführt. Im Angebot des Erstantragstellers wurde als Sachbearbeiter Herr P\*\*\* angeführt. Als Subunternehmer schien die F\*\*\* mit dem Ansprechpartner Herrn R\*\*\* auf. Der Tätigkeitsbereich wurde beschrieben und der Wert der Subunternehmerleistung mit 20 % des Gesamtauftragswertes festgelegt. Das dem Angebot des Erstantragstellers beiliegende Begleitschreiben wurde von S\*\*\* unterzeichnet.

Das Angebot des Zweitantragstellers war von Herrn T\*\*\* unterzeichnet. In der dem Angebot beiliegenden beglaubigten Übersetzung des Auszuges aus dem französischen Handelsregister wurde der Zweitantragsteller als einfache Aktiengesellschaft bezeichnet. Darin wurden Herr K\*\*\* als Präsident, Herr T\*\*\* als geschäftsführender Vorsitzender, die D\*\*\* als beauftragter Rechnungsprüfer und als stellvertretende Rechnungsprüfer die E\*\*\* O\*\*\* genannt. Im Angebot des Zweitantragstellers wurde als Sachbearbeiterin Fr. U\*\*\* genannt. Als Subunternehmer schien die F\*\*\* mit dem Ansprechpartner Herrn R\*\*\* auf. Der Tätigkeitsbereich wurde beschrieben und der Wert der Subunternehmerleistung mit 20 % des Gesamtauftragswertes festgelegt. Im Angebot wies der Zweitantragsteller darauf hin, seit 17 Jahren zur A\*\*\* Gruppe zu gehören. Das dem Angebot des Zweitantragstellers beiliegende Begleitschreiben wurde von T\*\*\* unterzeichnet.

In der Beilage./8 (Preisblatt - Ohrmarkenzange) ist im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers Nachfolgendes ausgeführt:

".....

Die Kosten sind in EUR, exkl. Umsatzsteuer, anzugeben. Der anzuwendende Umsatzsteuersatz ist in der entsprechenden Spalte anzuführen. Weitere Kosten sind alle anteiligen Kosten (zB. Verpackungskosten, Transportkosten und Postentgelt) bis zur Zustellung zum Betrieb. Der Einheitspreis errechnet sich aus dem Preis für eine neue Ohrmarkenzange zuzüglich der weiteren Kosten und der Umsatzsteuer.

Amtliche Ohrmarke, (Punkt 2.7.2. und Punkt 4.1.6.)

Kosten für neue Ohrmarkenzange; Preisangabe

Preis für neue

Ohrmarkenzange

Weitere Kosten

Umsatzsteuer

Einheitspreis

(Summe)

8,00

1,90  
19%  
1,88  
11,78

"

Zur Beilage ./9 (Preisblatt Doppelohrmarke - amtliche Ohrmarke Pkt. 2.3, Pkt. 2.4 und Pkt. 4.1.1) führt der präsumtive Zuschlagsempfänger wie folgt aus:

".....

In einfacher Ausfertigung für die angebotenen Doppelohrmarken (amtliche Ohrmarken).

Die Kosten sind in EUR, exkl. Umsatzsteuer, anzugeben. Der anzuwendende Umsatzsteuersatz ist in der entsprechenden Spalte anzuführen. Weitere Kosten sind alle anteiligen Kosten (zB. Verpackungskosten und Transportkosten), die bis zum Aufgabepostamt in Österreich dem Auftraggeber in Rechnung gestellt werden. Der Einheitspreis errechnet sich aus dem Produktionspreis zuzüglich der weiteren Kosten und der Umsatzsteuer.

Produkteinhe

it

Produktionsp

reis

pro

Doppelohrmar

ke

Weitere

Kosten pro

Doppelohrmar

ke

Umsatz

-

steuer

Einheitspre

is für 1

Doppelohrmarke

(Summe)

1

Doppelohrmar

ke

0,53

0,53


"

In Beilage ./10 (Preisblatt - Ersatzohrmarke Pkt. 2.5 und Pkt. 4.1.2) ist im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers Nachfolgendes ausgeführt:

".....

In einfacher Ausfertigung für die angebotenen amtlichen Ohrmarken.

Die Kosten sind in EUR, exkl. Umsatzsteuer, anzugeben. Der anzuwendende Umsatzsteuersatz ist in der entsprechenden Spalte anzuführen. Weitere Kosten sind alle anteiligen Kosten (zB. Verpackungskosten, Transportkosten und Postentgelt) bis Zustellung Betrieb. Die Summe von Produktionspreis, weiteren Kosten und der Umsatzsteuer bildet den zu bewertenden Einheitspreis.

  
 Ersatzohrmar-  
 ken  
 Produktionspr-  
 eis  
 Weitere  
 Kosten  
 Umsatzsteu-  
 er  
 Einheitspre-  
 is (Summe)  
 1 Stück  
 0,29  
 0,90  
 1,19  
 "

In der Referenzliste (Beilage ./2) führt der präsumtive Zuschlagsempfänger für in den letzten zwei Jahren (2005 u. 2006) ähnlich erbrachte Leistungen das XXX in Bayern (LKV) mit einem Projektbeginn im November 2004 und einem offenen Projektende, sowie das schwedische XXX mit einem Projektbeginn seit 2006 und noch offenem Projektende sowie weiters die italienische XXX mit einem Projektbeginn ab März 2007 und zeitlich nicht begrenztem Projektende an. Als weiteres Referenzprojekt wird die XXX in den Niederlanden namhaft gemacht mit einem Projektbeginn ab Dezember 2006 und zeitlich nicht begrenztem Projektende.

Aus der mit 13.2.2007 datierten Beilage zum deutschen Referenzprojekt geht hervor, dass seit September 2003 Schweineohrmarken und seit November 2004 Rinderohrmarken vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zur offiziellen Kennzeichnung bezogen würden. Aus der Beilage zum schwedischen Referenzprojekt, das mit 12.3.2007 datiert ist, ergibt sich, dass die Firma G\*\*\* seit etwa 20 Jahren für die Firma H\*\*\* Tierkennzeichen für die amtliche Kennzeichnung von Nutztieren, insbesondere Rindern produziert hat. Nach der Übernahme der Firma H\*\*\* durch einen norwegischen Tierkennzeichen - Hersteller, der Ohrmarken selbst produziere, seien die Produktionsmengen in den letzten Jahren zurückgegangen.

In Beilage 11 führt der präsumtive Zuschlagsempfänger unter der Rubrik "Maßnahmen zur Sicherstellung der Lieferzeit" unter anderem die Direktabholung der Ware durch die österreichische Post im Betrieb (Durchgängigkeit gesichert) sowie die alternative Direktanlieferung an das nächste Hauptpostamt (Innsbruck 65 km), Vorhaltung dementsprechender Pufferlager an.

Am 3.4.2007 erfolgte die Angebotsöffnung. Für den Erstantragsteller war Herr P\*\*\* sowie Herr S\*\*\*, für den Zweit Antragsteller Herr P\*\*\* und Herr R\*\*\*, der auch die Firma "F\*\*\*\*" vertrat, anwesend. Neben weiteren Bietervertretern scheint als Vertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers Herr V\*\*\* in der Anwesenheitsliste auf. Es wurden unter anderem die Einheitspreise aus dem Preisblatt der Ohrmarkenzangen (Beilage ./8), der Doppelohrmarken (Beilage ./9) und der Ersatzohrmarken (Beilage ./10) verlesen.

Im Rahmen der Prüfung der Angebote wurden die Bieter zur Vorlage weiterer Nachweise aufgefordert.

Mit Schreiben vom 19.4.2007 teilte der Auftraggeber dem präsumtiven Zuschlagsempfänger mit, dass zwar in den Beilagen ./8, ./9 und ./10 der jeweils geforderte Einheitspreis angegeben worden sei, bei den Beilagen ./9 und ./10 jedoch einzelne Elemente zur Berechnung des Einheitspreises nicht angegeben gewesen seien. Es ergehe daher die Aufforderung bis zum 20.4.2007, 12.00 Uhr, zu Beilage ./9 (Preisblatt Doppelohrmarke) die gleiche Höhe von Produktions- und Einheitspreisen aufzuklären und die weiteren Kosten pro Doppelohrmarke und die Umsatzsteuer anzugeben. Ebenso sei zu Beilage./10 (Preisblatt Ersatzohrmarke) die Umsatzsteuer anzugeben. Eine entsprechende Stellungnahme habe bis zum 20.4.2007, 12.00 Uhr, zu erfolgen. Nachgeforderte aber verspätet eingelangte Unterlagen könnten bei der Angebotsbewertung nicht mehr berücksichtigt werden.

Mit Telefax vom 20.4.2007 teilte der präsumtive Zuschlagsempfänger dem Auftraggeber Folgendes mit:

"....

wir nehmen Bezug auf Ihr Fax vom 19.4.2007 und bestätigen Ihnen hiermit, dass in den in Beilage 9 (Preisblatt Doppelohrmarke) und Beilage 10 (Preisblatt Ersatzohrmarke) angegebenen Einheitspreisen die Umsatzsteuer

enthalten ist. Sie beträgt 19%. Wir hoffen hiermit, Ihre Frage ausreichend beantwortet zu haben. Mit freundlichen Grüßen

....."

Nach Bewertung der Angebote wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger mit 98,95 Punkten an erste Stelle gereiht, gefolgt vom Erstantragsteller mit 78,05 Punkten. Der Zweitantragsteller wurde mit 72,85 Punkten an 3. Stelle gereiht. Mit Telefax vom 25.4.2007 wurde den Bietern mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, dem präsumtiven Zuschlagsempfänger den Zuschlag zu erteilen. Die Bewertung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers wurde aufgeschlüsselt dargestellt. Mit Telefax vom 26.4.2007 übermittelte der Auftraggeber dem Erstantragsteller die genaue Punkteverteilung für die Bewertung seines Angebotes. Die Bewertung des Angebotes des Zweitantragstellers wurde diesem ebenso übermittelt.

Mit dem am 9.5.2007 beim Bundesvergabeamt eingebrachten Schriftsatz stellt der Erstantragsteller einen unter der ZI N/0050-BVA/04/2007 protokollierten Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung seines Angebotes und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 16.5.2007, ZI. N/0050- BVA/04/2007-EV11, teilweise stattgegeben wurde. Nachweislich wurde eine Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 3.200,- entrichtet.

Begründend wird darin sowie in weiteren Schriftsätzen vom 29.5.2007 vorgebracht, dass sich aus Punkt 2.2 der gegenständlichen Ausschreibung ergäbe, dass die zu liefernden Ohrmarken verschiedene Musskriterien zu erfüllen hätten, zu denen gemäß lit. b keine Wiederverwendbarkeit und lit. c die feste und dauerhafte Verbundenheit der Ohrmarke mit dem Tier, ohne ihm Schaden zuzufügen, zählten.

Bei der Ohrmarke des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei nach internen Untersuchungen festgestellt worden, dass die Ohrmarkenklappe im Zuge des Spritzgussverfahrens nicht fester Bestandteil der Ohrmarke werde, sondern auf diese erst nach der Produktion aufgebracht werde. Dadurch könne die Klappe der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Ohrmarke entfernt werden und nach ihrer Anbringung ohne sichtbare Beschädigung getrennt und neu verwendet werden. Es bedürfe dazu nicht nur eines Vorsatzes, sondern könne auch die Klappe an Fressgittern im Stall oder im Zuge der Bewegung des Tieres abgestreift werden und die Ohrmarke unter diesen Umständen ausfallen.

Die Tauglichkeit bzw Angebotseignung von Ohrmarken könne nur im Zuge eines praktischen und technischen Tests und nicht durch eine schlichte "Sichtprüfung" bei den vorgelegten Ohrmarken festgestellt werden. Eine solche Prüfung sei jedoch vom Auftraggeber nicht erfolgt. Anders als die vom Erstantragsteller angebotene Ohrmarke, bei der die Klappe mit der Ohrmarke fest verbunden sei, erfülle wie oben aufgezeigt, die angebotene Ohrmarke des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht die Musskriterien der lit. b und c des Pkt. 2.2 der Ausschreibungsunterlagen, sodass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bereits aus diesem Grunde auszuschneiden gewesen wäre.

Weitere Musskriterien seien in Pkt. 2.2 der Ausschreibungsunterlagen in lit. e festgehalten, die sich auf die Fälschungssicherheit und dauerhafte Lesbarkeit während der Lebensdauer des Tieres beziehen würden. Dazu seien in Beilage /6 verschiedene Angaben über die Beständigkeit gegen verschiedene Einflüsse, die Lebensdauer und die durchschnittliche Verlustrate innerhalb von drei Jahren nach Erstkennzeichnung zu machen gewesen. Dazu berufe sich der Auftraggeber auf die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten Referenzprojekte.

In diesem Zusammenhang hätte jeder Bieter gemäß Beilage ./2 Projekte zu nennen gehabt, die von ihm als Bewerber, Mitglied einer Bietergemeinschaft oder Subauftragnehmer in den letzten zwei Jahren (2005 u. 2006) in Form von ähnlichen Leistungen erbracht worden seien. Aktuell laufende Projekte und Referenzen seien zugelassen, sofern der aktuelle Projektstatus detailliert nachgewiesen werde und im Ergebnis mit einem bereits abgeschlossenen Projekt gleichwertig sei.

Die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angegebenen Referenzprojekte seien mit diesem Auftrag jedoch keinesfalls gleichwertig, zumal dieser eine Lieferung von 5.400.000 Ohrmarken über einen Zeitraum von drei Jahren umfasse. Am niederländischen Markt habe der präsumtive Zuschlagsempfänger frühestens beginnend mit 19.12.2006 begonnen, Ohrmarken zu liefern. Das Referenzprojekt in Italien habe nach den Angaben des Auftraggebers erst im März 2007 begonnen. Die auf diese beiden Referenzprojekte gestützten Erfahrungen könnten bei einem Ende der Angebotsfrist im gegenständlichen Verfahren mit 3.4.2007 kaum zugunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers ausschlagen. Beim Projekt in Deutschland seien nur geringe Mengen an Ohrmarken durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger geliefert worden.

Selbst bei sehr positiven Schätzungen könne bei den drei angegebenen Referenzprojekten des präsumtiven Zuschlagsempfängers von einer Lieferung von maximal 300.000 Ohrmarken ausgegangen werden. Die dabei gewonnenen Erfahrungen seien jedoch keinesfalls ausreichend, um für das gegenständliche Projekt verlässliche Angaben über die Fälschungssicherheit der Ohrmarken und deren gute Lesbarkeit während der Lebensdauer eines Tieres zu machen. Die durchschnittliche Lebensdauer eines Rindes betrage fünf bzw bei Milchrindern acht

Jahre. Selbst bei dem über zwei Jahre dauernden Referenzprojekt in Bayern könne nicht von einer ähnlich erbrachten Leistung ausgegangen werden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe bei diesem Projekt in den Jahren 2004 und 2005 nur sehr geringe Mengen geliefert. Erst im Jahr 2006 seien Lieferungen in erwähnenswerten Mengen erfolgt.

In der italienischen Bestätigung werde lediglich von einem unabhängigen Labor ausgesprochen, dass die Ohrmarke den gestellten Anforderungen (Farbe, Größe, Fälschungssicherheit) entspreche. Für eine Zulassung sei aber keinerlei Test erforderlich (Haltbarkeit, Zugkraft). Da der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht in einem offiziellen Rinderkennzeichnungsprogramm seit drei Jahren als Lieferant tätig sei, fehle es ihm an der notwendigen Menge an gelieferten Ohrmarken, um entsprechende Angaben hinsichtlich der Lebensdauer und durchschnittlichen Verlustrate in Prozent innerhalb von drei Jahren nach Erstkennzeichnung machen zu können. Die angegebene Verlustrate könne daher nicht als repräsentativ gewertet werden. Erfahrungsgemäß steige die Verlustrate von Ohrmarken mit dem Lebensalter des Rindes. Aus der Zahl der bestellten Ersatzohrmarken könne daher nicht verlässlich auf die Verlustrate geschlossen werden.

Auch fehle es ihm an Datenmaterial für das von ihm verwendete Rohmaterial zur Herstellung von Ohrmarken sowie für die von ihm verwendete Beschriftungstechnologie über mehrere Jahre und in repräsentativen Mengen. Dass der präsumtive Zuschlagsempfänger nunmehr auf eine 20-jährige Erfahrung auf Grund von Ohrmarkenlieferungen zur Kennzeichnung von landwirtschaftlichen Nutztieren für eine schwedische Firma verweise, sei erstaunlich, zumal die Erfahrungen im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers keine Erwähnung gefunden hätten. Ebenso sei erstaunlich, wie der präsumtive Zuschlagsempfänger von einer langen Erfahrung mit Expresslieferungen an den XXX in Bayern und mit der täglichen Auslieferung an Landwirte und andere Adressaten sprechen könne. Abgesehen von dem oben aufgezeigten geringen Umfang würden die Ersatzohrmarken an denXXX in Bayern vom Erstantragsteller geliefert.

Der Erstantragsteller sei jedoch Weltmarktführer im Bereich der offiziellen Rinderkennzeichnung und halte einen Weltmarktanteil von rund 60%. Es würden daher umfangreiche Erfahrungen im Bereich der Fälschungssicherheit und Haltbarkeit der Ohrmarken vorliegen. Der Erstantragsteller arbeite auch schon seit zehn Jahren mit dem Auftraggeber erfolgreich zusammen.

Zwar werde die Produktions- und Lieferfrist in Pkt. 2.6 der Ausschreibungsunterlagen definiert, in Pkt. 2.5 unter dem Titel "Ersatzohrmarken" aber stets von der Auslieferung und Versendung an die Betriebe gesprochen. Auch in Beilage ./7 werde in der dritten Spalte zu einzelnen Ersatzohrmarken inklusive Auslieferung nicht auf Pkt. 2.6 der Ausschreibung verwiesen. Daher seien die einzelnen Positionen bei den Produktions- und Lieferfristen mehr als widersprüchlich gehalten. Der Erstantragsteller garantiere nachweislich die Produktion und Lieferung der Ersatzohrmarken bis zum Landwirt in zwei Tagen. Darüber hinaus werde eine Anlage zur Laserbeschriftung bei dem Subunternehmer F\*\*\* errichtet. Ungeachtet dessen sei dem Erstantragsteller beim Zuschlagskriterium "Lieferfrist (in Tagen)" kein Punkt zugestanden worden. Es würden auch nicht die Voraussetzungen für einen unbehebbarer Mangel unter Berücksichtigung der dazu ergangenen Judikatur vorliegen. Anlässlich der Anbotsöffnung habe der Erstantragsteller darauf hingewiesen, dass es sich bei der Zustellfrist um die Dauer der Auslieferung bis zum jeweiligen landwirtschaftlichen Betrieb handle. Diese Klarstellung impliziere, dass bei einer Auslieferungsfrist zum Betrieb von zwei Tagen die Produktions- und Lieferfrist iSd Pkt. 2.6 der zugrunde liegenden Ausschreibung einen Tag betrage. Während den Ausführungen des Erstantragstellers anlässlich der Anbotsöffnung ohne sachliche Rechtfertigung kein Glauben geschenkt werde, würde die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angegebene Frist wegen der geographischen Lage vom Auftraggeber jedenfalls als plausibel und nachvollziehbar beurteilt.

Beim Zuschlagskriterium "Verwendbarkeit der Ohrmarkenzangen" würden der Erstantragsteller und der präsumtive Zuschlagsempfänger mit der gleichen Punktezahl bewertet. Der Erstantragsteller habe lediglich bestätigt, dass mit sämtlichen Generationen der Zangen des Antragstellers jegliche Ohrmarke des Erstantragstellers eingezogen werden könnte. Dies inkludiere jedoch nicht die Bestätigung, dass mit sämtlichen Zangen des Erstantragstellers auch jedwede Ohrmarke eines anderen Erzeugers eingezogen werden könne.

Interne Überprüfungen hätten ergeben, dass insbesondere bei Zangen des Erstantragstellers der ersten Generation beim Einziehen der Ohrmarken des präsumtiven Zuschlagsempfängers Schwierigkeiten auftreten könnten. Das Einziehen der Ohrmarken sei eine sensible Tätigkeit. Dies werde auch durch Erkrankungen mehrerer Rinder bzw. Verenden eines Rindes bestätigt werden. Zwar könne letztlich nicht definitiv festgestellt werden, wodurch eine Entzündung der Ohren verursacht werde, von Sachverständigen werde jedoch darauf hingewiesen, dass ein perfektes Zusammenspiel von Zange und Ohrmarke unumgänglich sei. Es könne keinesfalls pauschal festgelegt werden, dass die Ohrmarke des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit der Zange des Erstantragstellers eingezogen werden könne.

Der Erstantragsteller produziere und versende jährlich über 150 Mio. Rinderohrmarken. Die erfolgreiche Abwicklung unzähliger Referenzaufträge sowie die 20jährige Tätigkeit des Erstantragstellers im Bereich der Rinderkennzeichnung in Europa würde in der Bewertung keinerlei Berücksichtigung finden. Die aufgezeigte langjährige Tätigkeit spiegle sich insbesondere im Ausmaß der qualitätssichernden Maßnahmen in der Produktion wieder.

Die Behauptung des Auftraggebers, dass das geforderte Zertifikat nicht ausschließlich für Ohrmarken gelten müsse, sei insbesondere in Hinblick auf Beilage ./11 und die Punkte "Maßnahmen zur Sicherstellung der Nicht-

Wiederverwendbarkeit der Ohrmarken nach Einzug" und "Maßnahmen zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen, sicheren, verwechslungsfreien Verpackung der Ohrmarken und der richtigen Adressierung des Paketes" nicht erklärbar. Aufgrund der Konzentration der abgefragten qualitätssichernden Maßnahmen hinsichtlich der Ohrmarken sei die Tatsache eines "speziellen" ISO- Zertifikates auf Seiten des Antragstellers jedenfalls zu berücksichtigen.

Es werde nicht bestritten, dass eine Zertifizierung nach ISO grundsätzlich prozessorientiert sei. Für die Prozessorientierung sei jedoch auch die Ausrichtung des Produktes wesentlich. Dies ergebe sich bereits aus den gängigen Informationen zur DIN EN ISO 9001:2000, in welcher ausgeführt werde, dass beispielsweise Kundenforderungen an das Produkt sowie behördliche oder gesetzliche Forderungen an das Produkt zu berücksichtigen seien. Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei in anderen Bereichen der Kunststoffverarbeitung tätig und verfüge im Unterschied zum Erstantragsteller nur in diesem Bereich über eine Zertifizierung. Die als zuschlagsentscheidend normierten Kriterien seien vom Auftraggeber daher zu Ungunsten des Erstantragstellers unrichtig bewertet worden.

Der Erstantragsteller habe sein Interesse am Vertragsabschluss durch Legung eines Angebotes und seine Teilnahme am Vergabeverfahren nachgewiesen. Bei Vornahme der beabsichtigten Zuschlagserteilung drohe dem Antragsteller neben dem Verlust eines Referenzprojektes ein erheblicher finanzieller Schaden, der mit rund Euro 3 Mio. beziffert werde. Der Erstantragsteller erachte sich in seinem Recht auf Zuschlagserteilung und in seinem Recht auf ein transparentes, diskriminierungsfreies und rechtskonformes Vergabeverfahren, welches den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs entspreche, verletzt.

Der Zweitantragsteller stellte mit Schriftsatz vom 9.5.2007 beim Bundesvergabeamt einen unter Zl. N/0051-BVA/04/2007 protokollierten Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren. Weiters wurden die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung seines Angebotes und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrt. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 16.5.2007, Zl N/0051-BVA/04/2007-EV13, teilweise stattgegeben wurde.

Die begründenden Ausführungen in diesem Schriftsatz sowie in weiteren Schriftsätzen vom 29.5.2007 decken sich im Wesentlichen mit der oben dargestellten Begründung des Erstantragstellers. Im Unterschied zu diesem erstreckt sich die Begründung des Zweitantragstellers allerdings nicht auf die Ohrmarkenzangen. Der drohende Schaden wird bei beabsichtigter Zuschlagserteilung im Unterschied zum Erstantragsteller vom Zweitantragsteller neben dem Verlust eines Referenzprojektes mit rund Euro 2,4 Mio. beziffert. Der Zweitantragsteller erachtet sich ebenso in seinem Recht auf Zuschlagserteilung und in seinem Recht auf ein transparentes, diskriminierungsfreies und rechtskonformes Vergabeverfahren, welches den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes entspreche, verletzt.

Hinsichtlich der gemäß der Ausschreibung von dem Bieter zu benennenden Referenzen wird vom Zweitantragsteller darauf verwiesen, dass von ihm jährlich über 10 Mio. Rinderohrmarken produziert und versendet würden. Die erfolgreiche Abwicklung unzähliger Referenzaufträge sowie die 20-jährige Tätigkeit des Zweitantragstellers im Bereich der Rinderkennzeichnung in Europa würden in der Bewertung keinerlei Berücksichtigung finden. Während der präsumtive Zuschlagsempfänger in anderen Bereichen der Kunststoffverarbeitung tätig sei und diesbezüglich über eine Zertifizierung verfüge, habe der Zweitantragsteller explizit das ISO- Zertifikat 9001, welches spezifisch für die Tieridentifikation erteilt werde. Dies sei bei der Bewertung nicht entsprechend berücksichtigt worden.

Mit Schriftsatz vom 14.5.2007 lege der Auftraggeber den Vergabeamt vor und bezifferte den geschätzten Auftragswert (ohne Ust.) mit einem Betrag von Euro 3.200.000,--, wobei auf das Teilangebot "Doppelohrmarke - amtliche Ohrmarke" ein Betrag von Euro 2.600.000,-- und auf das Teilangebot "Gewerbeohrmarkenset" Euro 600.000,-- entfielen. Es sei weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

In diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 6.6.2007 bringt der Auftraggeber zum Vorbringen des Erstantragstellers im Wesentlichen vor, dass sämtliche Angebote die in Pkt. 2.2 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Mussanforderungen, nämlich die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 911/2004 zu erfüllen, - wie nach eingehender Prüfung festgestellt - erfüllt hätten. Jeder Bieter habe als Werkstoff eine Art "thermoplastisches Polyurethan" verwendet. Dazu seien die übergebenen Muster der Ohrmarken gesichert, vermessen und mittels mitgelieferter Ohrmarkenzangen getestet worden. Ebenso seien die Anforderungen hinsichtlich der Haltbarkeit bzw. Lebensdauer der Ohrmarken in Jahren über die auszufüllende Beilage abgefragt worden.

Entgegen dem Vorbringen des Erstantragstellers seien zur Mussanforderung "Nicht Wiederverwertbarkeit und dauerhafte Verbindung" Prüfungen im Detail erfolgt. Dazu seien die vier Einzelteile eines zusammengehörigen Ohrmarkensets in Verbindung mit der mitgelieferten Einziehleitung und der Ohrmarkenzange bei einem ca. 3 mm starken Pappkarton, der seiner Materialstärke nach der Dicke eines Ohrgewebes eines zu kennzeichnenden Rindes entspreche, eingezogen worden.

In der Folge sei händisch versucht worden, die einzelnen Teile der Ohrmarke unter Krafteinwirkung auseinanderzuziehen, um die Situation des Abstreifens und Festkeilens von Rindern mit ihren Ohren an



Halterungen im Stall sowie bei Bäumen und Sträuchern zu simulieren. Die Ohrmarkenverbindungen hätten gehalten und hätten nur unter großem Kraftaufwand aufgelöst werden können. In diesen Fällen sei jedoch der Dorn (Verbindungsteil vom Steck- und Lochteil) abgebrochen. Diese Tests hätten die feste Verbindung der Ohrmarkenteile nach dem Einziehen und deren Nicht-Wiederverwendbarkeit dokumentiert. Die vom Auftraggeber vorgenommene Prüfung sei daher über die bloße "Sichtprüfung" - wie vom Erstantragsteller behauptet - hinausgegangen. Unter den gemeinschaftsrechtlich normierten Kriterien "Nicht-Wiederverwendbarkeit" und "dauerhafte Verbindung" sei die nicht durch einfache, schnelle Manipulation mehrfach mögliche Verwendbarkeit der Produkte für die Rinderkennzeichnung zu verstehen.

Der Erstantragsteller habe sich sehr bemüht, das Produkt des präsumtiven Zuschlagsempfängers als untauglich darzustellen. Dazu sei sogar eine neue Ohrmarkenzange kreiert worden, um den gewünschten Effekt der Wiederverwendbarkeit des Produktes des präsumtiven Zuschlagsempfängers nachweislich behaupten zu können. Erfahrungsgemäß würde der typische österreichische Rinderhalter keine derartigen Mühen zur Manipulation bei der Rinderkennzeichnung aufwenden. Die vom Erstantragsteller durchgeführte Testreihe sei ohne Substrat und unter Laborbedingungen durchgeführt worden und daher nicht aussagekräftig. Derartige Manipulationsfälle seien dem Auftraggeber bisher nicht amtsbekannt.

Außerdem wäre es für den österreichischen Rinderhalter praktisch nicht möglich und sinnvoll, eine einmal aktivierte Ohrmarke über Jahre mehrmals für andere Rinder wiederzuverwenden. Mit der Aktivierung der Ohrmarke sei diese einem Rind ein Leben lang zugeordnet und könne nach dem Tod nicht neu aktiviert werden. Dieses System sei durch zentrale Ohrmarkenausgaben, verpflichtende Meldungen der Rinderhalter, Verwaltungskontrollen und ergänzende Vorortkontrollen gesichert. Ein konkretes Anwendungsgebiet für eine organisierte und im großen Maßstab durchgeführte Manipulation durch Rinderhalter könne auf Basis der Darstellungen des Antragstellers ausgeschlossen werden. Auch unter Einsatz von krimineller Energie könne eine beabsichtigte Wiederverwendung von gebrauchten Ohrmarken nicht erkannt werden. Die Kriterien "Nicht-Wiederverwendbarkeit" oder "dauerhafte Verbindung" iSd Art 2 der Verordnung Nr. 911/2004 seien dahingehend zu verstehen, dass eine reibungslose Rinderkennzeichnung ermöglicht werden solle und dem durchschnittlichen Rinderhalter nicht der Energie- und Ressourcenaufwand unterstellt werde, wie ihn der Antragsteller aufgebracht habe.

Gemäß Pkt. 3.2.2 der Ausschreibungsunterlagen habe jeder Bieter mindestens zwei Referenzen vorzulegen. Diese Referenzaufträge hätten jedenfalls als Leistungsgegenstand die Produktion und Lieferung von Ohrmarken für Rinder zum Zweck der Durchführung der amtlichen Kennzeichnung gemäß den bezugnehmenden Rechtsvorschriften der Europäischen Union zum Inhalt haben müssen. Als Vertragspartner habe eine zuständige Behörde iSv Art 2, 4. Gedankenstrich der Verordnung EG Nr. 1760/2002 auftreten müssen.

Dem hätten die vorgelegten Referenzprojekte des präsumtiven Zuschlagsempfängers (Deutschland - XXX Bayern, Projektbeginn 2004; Niederlande - XXX, Beginn 2006 und Italien - XXX, Projektbeginn März 2007) entsprochen. Insbesondere sei in Italien die Zulassung durch eine autorisierte Stelle bei einer Lieferung von Rinderohrmarken erforderlich. Eine solche sei dem präsumtiven Zuschlagsempfänger ausgestellt worden. Mit der Qualität der angebotenen Ohrmarken des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien auch die belieferten Landwirte nach Auskunft des XXX Bayern zufrieden gewesen. Hinsichtlich Lebensdauer und Haltbarkeit seien keine Probleme aufgetreten. Die Kriterien zu den Referenzprojekten seien anhand der Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen zu prüfen. Diese wären vom Antragsteller nicht fristgerecht bekämpft worden. Die Kriterien für die Gleichwertigkeit von Referenzprojekten seien klar in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt worden. Gemäß Pkt. 4.1.3 seien von den Bietern die durchschnittlichen Produktions- und Lieferfristen für die Ersatzohrmarken anzugeben. Diese hätten die Zeitspanne vom Eingang des jeweiligen Produktions- und Lieferauftrages bis zur Aufgabe der Sendung bei einem österreichischen Aufgabepostamt umfasst. Im Rahmen der Anbotsöffnung am 3.4.2007 sei vom Erstantragsteller hinsichtlich der von ihm gebotenen zweitägigen Lieferfrist der Ersatzohrmarken bemerkt worden, dass von einer Zustellfrist bis zum landwirtschaftlichen Betrieb ausgegangen worden sei. Im Fall der Zuschlagserteilung würde die Laserbeschriftung der Ersatzohrmarken durch den Subunternehmer F\*\*\* erbracht werden. Aufgrund der bereits verlesenen Produktions- und Lieferfristen der anderen Bieter und der verbundenen Gefahr einer nachträglichen unzulässigen Verbesserung der materiellen Bieterposition sei die Möglichkeit eines Mängelbehebungsauftrages zur Lieferfrist der Ersatzohrmarke ausgeschlossen worden. Eine nachträgliche Änderung des Angebotes im offenen Verfahren sei unzulässig, wenn dies den Wert der angebotenen Leistung beeinflusse.

Das Angebot des Erstantragstellers entspreche nicht der ausgeschriebenen Leistung, da vom Antragsteller eine Neudefinition der Frist erfolgt sei und diese nicht entsprechend dem Pkt. 4.1.3 zu bewerten gewesen sei. Die Zeit des Postweges zu garantieren, liege keinesfalls im Einflussbereich des Bieters und könne auch nicht in diesem liegen. Selbst wenn dem Erstantragsteller bei der Bewertung dazu Punkte zugestanden worden wären, hätte dies nichts an der Reihung der Bieter geändert und wäre das Angebot des Erstantragstellers nicht das wirtschaftlich und technisch Günstigste gewesen.

Die vom Erstantragsteller aufgezeigten Widersprüchlichkeiten in den Ausschreibungsunterlagen zu den Produktions- und Lieferfristen würden vom Auftraggeber nicht erkannt werden. Im Übrigen habe der anwesende Vertreter des Erstantragstellers bei der Anbotsöffnung eingeräumt, dass man die Details der Ausschreibungsbedingungen für die Fristberechnung offenbar missverstanden habe.

Vom präsumtiven Zuschlagsempfänger werde eine eintägige Frist für die Lieferung der Ohrmarken bis zum Aufgabepostamt angeboten. Dies erscheine aufgrund der geographischen Lage jedenfalls plausibel und nachvollziehbar. Inwiefern die Information, dass sämtliche Ersatzohrmarken für Bayern durch den Erstantragsteller geliefert werden würden, zur Untermauerung seiner Position dienen solle, sei für den Auftraggeber nicht erkennbar.

Der vom Erstantragsteller angegebene zehnjährige reibungslose Ablauf der Verlustohrmarkenproduktion könne nicht ohne Verstoß gegen die Vergabegrundsätze zur Gleichbehandlung der Bieter und des fairen und lautereren Wettbewerbes der Bewertung zu Grunde gelegt werden. Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen mit der Abwicklung der Verlustohrmarkennachbestellung beim Erstantragsteller könne davon ausgegangen werden, dass von der Bestellung bis zum Eintreffen bei den Landwirten durchschnittlich drei bis vier Tage vergehen würden. Die österreichischen Rinderhalter würden flächendeckend über Ohrmarkenzangen des Erstantragstellers verfügen. Die angebotenen Ohrmarken des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien auch mit den Ohrmarkenzangen des Erstantragstellers einziehbar. Dies sei auch durch einen Test des Auftraggebers bestätigt worden. Die Behauptung des fehlenden perfekten Zusammenspiels zwischen Ohrmarkenzange und der Ohrmarke des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei als unsubstantiiert zu beurteilen. Ein entsprechender Hinweis wäre auch nicht vom Vertreter des Erstantragstellers bei der Anbotsöffnung im Rahmen der Verlesung der Angebotsteile und Angaben zu den Zuschlagskriterien des präsumtiven Zuschlagsempfängers aufgezeigt worden.

Würde der Auftraggeber die Marktstellung und die Erfahrung aus der aufrechten Geschäftsbeziehung mit dem Auftraggeber als Zuschlagskriterium heranziehen, würden die Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG 2006 aufs Größlichste verletzt. Der Auftraggeber sei aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes an die von ihm aufgestellten Bedingungen gebunden und dürfe in keiner Phase des Verfahrens davon abweichen.

Unter den zu bewertenden Pkt. 4.1.4 "Ausmaß der qualitätssichernden Maßnahmen in der Produktion" seien nicht ausschließlich Zertifikate für Tierohrmarken punktemäßig zu bewerten. Auch das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegte Zertifikat zur Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Formteilen aus polymeren Kunststoffen und Spritzgusswerkzeugen sei ebenso punktemäßig zu bewerten wie für die Tieridentifikation spezifische Zertifikate. Es habe daher der präsumtive Zuschlagsempfänger genauso wie der Antragsteller die vollen Punkte für das nachgewiesene Qualitätssystem erhalten. Aufwendige Maßnahmen in der Qualitätskontrolle seien bei dieser Bewertung jedoch nicht relevant.

Sollten die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen für den Erstantragsteller nicht erklärbar sein, werde auf die verpasste Chance des Fragerechtes bzw die Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Eine langjährige Tätigkeit oder ein gewisser Produktionsausstoß lassen jedoch keine Rückschlüsse auf das Ausmaß von qualitätssichernden Maßnahmen in der Produktion zu.

Ausdrücklich werde darauf hingewiesen, dass das Angebot des Erstantragstellers keinesfalls ausgeschieden worden sei und auch im Fall der Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung nicht ausgeschieden werde.

Mit den Schriftsätzen vom 14.5.2007 und 6.6.2007 nimmt der Auftraggeber zum Vorbringen des Zweitantragstellers Stellung. Dieses deckt sich weitgehend mit den obigen Ausführungen des Auftraggebers zum Erstantragsteller. Hinsichtlich des zu bewertenden Punktes "Ausmaß der qualitätssichernden Maßnahmen in der Produktion" führte der Auftraggeber jedoch zum Vorbringen des Zweitantragstellers aus, dass dieser im Zuge des Vergabeverfahrens kein auf seinen Namen lautendes ISO-Zertifikat 9001, das spezifisch für Tieridentifikation erteilt werde, vorgelegt und daher auch keine Punkte erhalten habe. Darüber hinaus umfasst das Vorbringen des Auftraggebers keine Ausführungen zur Verwendbarkeit der "A\*\*\* Ohrmarkenzangen".

Mit Schriftsatz vom 21.5.2007 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen zu den unter Aktenzahlen N/0050-BVA/04/2007 und N/0051-BVA/04/2007 protokollierten Nachprüfungsanträgen des Erst- und Zweitantragstellers vor.

Darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 4.6.2007 führte der präsumtive Zuschlagsempfänger aus, zu der international tätigen C\*\*\*- Firmengruppe, deren Betriebe seit 1952 in Kunststoffspritzguss tätig seien, zu gehören. Alle Betriebe seien ganzheitlich nach DIN EE ISO 9001: 2000 zertifiziert. Davon würden alle Produktbereiche einschließlich der Tierkennzeichnung erfasst. Es würde nach hohen Qualitätsnormen der TS 16949 und VBA 6.1 gearbeitet. An zwei Betriebsstätten würden Tierkennzeichen zur offiziellen Markierung hergestellt. Für die schwedische Firma H\*\*\*, die den schwedischen Markt als Marktführer mit offiziellen Tierkennzeichen versorge, werde produziert und man sei damit seit 20 Jahren mit Ohrmarken zur Kennzeichnung von landwirtschaftlichen Nutztieren (auch Rindern) vertraut.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei auch seit 2003 als Lieferant für offizielle Tierkennzeichnung in Bayern tätig. Auch in Italien sei der präsumtive Zuschlagsempfänger als offizieller Lieferant für Ohrmarken gelistet. In Holland liege eine offizielle Zulassung vom Landwirtschaftsministerium vor. Die durchschnittliche Verlustrate belaufe sich auf 1% innerhalb von drei Jahren. Zur Sicherstellung der Langlebigkeit von Ohrmarken würden besondere Kriterien hinsichtlich Rohmaterial, Farbzusätze/Laseradditive, Laserbeschriftung und Konstruktion der Ohrmarke sowie stabile Produktionsprozesse eingesetzt. Die Zuverlässigkeit der Ohrmarke des

Erstantragstellers werde dagegen angezweifelt, zumal 2006 neben 799360 Stück Doppelohrmarken 222522 Stück Ersatzohrmarken geliefert worden seien, was auf eine Ausfallsrate von ca. 28% über alle Jahre hinauslaufe. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfüge auch über genügend Logistikerfahrung. Eine Siebentageproduktion mit Lieferung an sechs Tagen sei selbstverständlich. Auch lange Erfahrung mit Expresslieferungen liege vor. Die Lieferungen für Österreich würden direkt im Werk von der österreichischen Post abgeholt und direkt über das Hauptverteilerpostamt in Österreich verteilt. Auch könne die Ohrmarke des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit "A\*\*\*"-Zangen in Bayern, sowie Schleswig-Holstein, Mecklenburg - Vorpommern und Holland eingezogen werden. Bei Verschleiß dieser Zangen stünden Umrüstsätze zur Verfügung. In der Normreihe EN ISO 9001ff seien die Grundsätze für Maßnahmen zum Qualitätsmanagement dokumentiert. Diese wären nicht produktorientiert. Vielmehr sei die Norm EN ISO 9000:2000ff grundsätzlich prozessorientiert. Im Übrigen sei bei der Anbotsöffnung festgestellt worden, dass die Produktionsstätten des Zweitantragstellers über kein EN ISO 9001:2000 Zertifikat verfügen würden.

Wie der Auftraggeber selbst festgestellt habe, seien die Ohrmarken des präsumtiven Zuschlagsempfängers nach ihrer Anbringung fest und dauerhaft mit dem Tier verbunden, ohne ihm Schaden zuzufügen. Die angebotenen Produkte seien auch mit der mitgelieferten Ohrmarkenzange getestet worden, wobei bei keinem Produkt der angebotenen Ohrmarke des präsumtiven Zuschlagsempfängers ein Mangel festgestellt habe werden können. Die Behauptung des Erst- und Zweitantragstellers, die Klappe der Ohrmarke lasse sich nach ihrer Anbringung ohne sichtbare Beschädigung trennen und neu verwenden, sei daher unzutreffend. Nur mit vorsätzlichen, von krimineller Energie getragenen Manipulationsmaßnahmen würden sich die Klappen entfernen lassen, wobei dies ohne sichtbare Beschädigung unmöglich sei. Mit ausreichendem Einfallsreichtum würden sich auch die Ohrmarken des Erst- und Zweitantragstellers - ebenso wie jede andere Ohrmarke auch - entfernen und wieder befestigen lassen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe auch entsprechende Referenzen gemäß Punkt 3.2.2. den Ausschreibungsunterlagen gelegt. Aus diesen ergebe sich, dass die Ohrmarke des präsumtiven Zuschlagsempfängers während der Lebensdauer des Tieres fälschungssicher und dauerhaft gut lesbar sei. Aufgrund der seit 20 Jahren durchgeführten Produktion von Ohrmarken zur Kennzeichnung von landwirtschaftlichen Nutztieren bei der schwedischen Firma H\*\*\* würde der präsumtive Zuschlagsempfänger über genügend Erfahrung verfügen, die die durchschnittliche Lebensdauer eines Rindes bzw. Milchrindes um ein Vielfaches überschreite.

Zur Lieferung der Ersatzohrmarken in Bayern durch den Erstantragsteller werde darauf verwiesen, dass dies auf die ungünstigen deutschen Postbedingungen zurückzuführen sei. Die Postkosten in Deutschland seien zu hoch, sodass der Erstantragsteller aus Holland nach Deutschland liefere. Die gegenständlichen Ohrmarken würden jedoch von der österreichischen Post aus dem Werk des präsumtiven Zuschlagsempfängers in Deutschland abgeholt und direkt über das Hauptverteilerpostamt in Österreich verteilt. Die ungünstigen deutschen Postbedingungen könnten daher umgangen werden. Die Zangen des Erstantragstellers seien kompatibel mit den Ohrmarken des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Auch ein Test des Auftraggebers habe ergeben, dass die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Ohrmarken mit den Ohrmarkenzangen des Erstantragstellers einziehbar seien. Hierbei seien sämtliche vorhandene Modelle verwendet worden. Unter Berücksichtigung der ausgeschriebenen Zuschlagskriterien würde dem präsumtiven Zuschlagsempfänger der Zuschlag zu Recht zu erteilt werden.

In der mündlichen Verhandlung am 15.6.2007 wurden die unter ZI N/0050-BVA/04/2007 und ZI N/0051-BVA/04/2007 protokollierten Nachprüfungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Sowohl der Erstantragsteller als auch der Zweitantragsteller zogen ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ihres jeweiligen Angebotes zurück. Weiteres wurde den Parteien der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger am 15.6.2007 um 0.23 Uhr beim Bundesvergabeamt zu ZI N/0051-BVA/04/2007 eingebrachte Schriftsatz vorgelegt. Darin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass sämtliche bewerbungsrelevante Angaben verlesen worden seien. Auffällig sei dabei gewesen, dass sowohl der Erst- als auch der Zweitantragsteller die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen zur Lieferfrist falsch verstanden hätten. Beide Antragsteller hätten als Ende der Lieferfrist die Zustellung an den jeweiligen landwirtschaftlichen Betrieb herangezogen, obwohl diese mit Aufgabe beim österreichischen Postamt festgelegt gewesen sei. Außerdem seien beide Antragsteller von derselben Person vertreten worden. Weiters sei der Zweitantragsteller vor einigen Jahren vom Erstantragsteller unter Kauf sämtlicher Geschäftsanteile erworben worden, sodass der Zweitantragsteller seitdem der ausschließlichen Kontrolle des Erstantragstellers unterliege. Der Erstantragsteller bezwecke damit seine Marktführerschaft auszubauen, Produkte zu vereinheitlichen und eine Monopolstellung zu erreichen. Der Zweitantragsteller fungiere lediglich als "verlängerte Werkbank" des Erstantragstellers und verfüge über keine eigene Entwicklungs-, Controlling-, Werbe-, und Kalkulationsabteilung. Auch bei der Geschäftsführung und dem Aufsichtsrat bestehe weitgehend Personenidentität, sodass auch sämtliche geschäftlichen und geschäftspolitischen Entscheidungen vom Erstantragsteller getroffen würden.

Darüber hinaus würden der Erst- und Zweitantragsteller eine gemeinsame Homepage betreiben, auf der dieselben Produkte angeboten und vertrieben würden. Ursprünglich hätten sich die beiden Antragsteller durch dieselbe Rechtsanwaltskanzlei vertreten lassen und seien zum großen Teil auch wortgleiche Nachprüfungsanträge und Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht worden. Allein

durch die personelle Verflechtung zwischen den beiden Antragstellern sei der freie und lautere Wettbewerb gestört und seien tatsächlich durch dieselbe Person in derselben Kalkulationsabteilung die beiden Angebote erstellt worden.

Würden Konzernunternehmen gegeneinander anbieten, liege dann keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wenn unabhängig von einander kalkuliert worden wäre und keine Personalunion eines Geschäftsführers bzw. Vorstandsmitglieds eine Angebotsbeeinflussung ermögliche. Das Angebot wäre daher wegen einer wettbewerbswidrigen Absprache auszuschneiden gewesen. Sollten die Antragsteller tatsächlich argumentieren, dass nur ein Unternehmen vorliege und zwei zulässige Hauptangebote vorlägen, so ist dem entgegenzuhalten, dass nach dem BVergG 2006 die Legung mehrerer Hauptangebote nicht zulässig sei. Dies ergebe sich aus den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs. Auch aus der deutschen Judikatur lasse sich die Unzulässigkeit der Legung mehrerer Hauptangebote durch einen Bieter auf Grund eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsgrundsätze ableiten. Es könne auch nicht festgestellt werden, mit welchem Hauptangebot der Bieter am Wettbewerb teilnehmen wolle. Unklare Angebote seien jedoch auszuschneiden. Ebenso wie die Judikatur in Deutschland gehe auch die österreichische Literatur und Judikatur des BVA von der Unzulässigkeit der Legung mehrerer Hauptangebote durch einen Bieter im Rahmen derselben Ausschreibung aus.

Das BVA habe eine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes nicht nur lediglich durch Unterschiede im Preis sondern bereits durch eine Änderung in der Risikoverteilung gesehen. Sinngemäß sei der Ausschlussstatbestand des nunmehrigen § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 anzuwenden.

Es sei davon auszugehen, dass das Anbieten gleicher Qualitätsstandards in Verbindung mit unterschiedlichen Preisen dem lauterem Wettbewerb widerspreche. Die Angebote der beiden Antragsteller würden zu sämtlichen "nicht-preislichen Angebotsstellungen" völlig übereinstimmen, sodass die Angebote der beiden Antragsteller auszuschneiden seien. Es sei auch unklar, mit welchem Angebot die Antragsteller am Vergabewettbewerb teilnehmen möchten. Eine Aufklärung dieses Umstandes sei ohne Veränderung der Wettbewerbsstellung des Bieters ausgeschlossen. Unerheblich sei auch die konkrete Manipulationsabsicht des Bieters. Die Erbringung eines solchen Nachweises darüber sei außerdem höchst fraglich.

Gegen die Zulässigkeit der Legung zweier Hauptangebote spreche auch, dass damit einer vielfältigen und unredlichen Vorgangsweise zwischen einem konkreten Bieter und den Auftraggeber Tür und Tor geöffnet werde. Absprachen der Abgabe mehrerer Angebote seien nicht ausgeschlossen. Eine Zulässigkeit würde auch dem Hauptzweck des Vergaberechts, nämlich der Korruptionsbekämpfung, widersprechen.

Zum Vorbringen der Antragsteller, das Produkt des präsumtiven Zuschlagsempfängers entspreche nicht den Mussanforderungen der Ausschreibung, werde zwar eingeräumt, dass die Ohrmarke in einem separaten Verfahren produziert werde und in einem Ultraschallschweißverfahren, die Schnittstellen miteinander verschmolzen werden, was aber der Verfahrensart der Antragsteller gleichwertig wäre. Ein gewaltsames Öffnen der Ohrmarke sei sowohl beim angebotenen Produkt der Antragsteller als auch des präsumtiven Zuschlagsempfängers möglich. Beim Produkt des präsumtiven Zuschlagsempfängers breche aber in diesem Fall das Siegel ab, womit aber die Nichtwiederverwendbarkeit eher gegeben sei als jenem der Antragsteller. Außerdem seien die Ohrmarken mit Nummern versehen. Die Testbedingungen des Auftraggebers seien bei allen Bietern gleich gewesen.

Die Referenzen seien vom präsumtiven Zuschlagsempfänger hinreichend erbracht worden. Die Ohrmarken des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien mit der Ohrmarkenzange des Erstantragstellers voll kompatibel. Die Lieferfrist sei von den Antragstellern falsch interpretiert worden. Dabei handle es sich aber um einen behebbaren Mangel. Das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegte Zertifikat entspreche den Anforderungen der Ausschreibung. Der Zweitantragsteller habe keinen solchen Nachweis erbringen können.

Dem Argument des präsumtiven Zuschlagsempfängers, dass es sich beim Erst- und Zweitantragsteller um einen Konzern handle, der unter einer Konzernführung stehe und daher die beiden Antragsteller vom jeweiligen Angebot des anderen Kenntnis gehabt hätten, hielt der Erstantragsteller entgegen, dass es sich sowohl bei ihm als auch beim Zweitantragsteller um gesellschaftsrechtlich gesehen selbstständige Unternehmen mit weisungsfreien Vorständen handle. Der Erstantragsteller habe selbstständig kalkuliert. Eine Personalunion zwischen der Geschäftsführung des Erst- und des Zweitantragstellers werde verneint. Die Weisungsfreiheit beider Geschäftsführungen des Erst- und Zweitantragstellers sei gegeben. Nach französischem Recht wären der Erst- und der Zweitantragsteller als getrennte juristische Personen zu beurteilen.

Diesen Ausführungen schloss sich der Zweitantragsteller an und unterstrich, dass die Kalkulation beim Angebot des Zweitantragstellers selbstständig erfolgt sei. Die Bezeichnung "S.A.S" sei im Registerauszug als "Société par actions simplifiée" ausgewiesen. Zu den vorgelegten Handelsregisterauszügen des Erst- und Zweitantragstellers stelle der präsumtive Zuschlagsempfänger fest, dass Namensidentität zwischen dem "président de la société" und dem "directeur général délégué" bestehe. Es sei daher von einem in sich verflochtenen Konzern auszugehen, der keine getrennten Angebote legen könne. Es würden Absprachen vorliegen.

Dem hielt der Erstantragsteller nochmals entgegen, dass unabhängig kalkuliert worden sei und keine Personalunion bei den vertretungsbefugten Organen des Erst- und Zweitantragstellers bestehe. Das Angebot des Erstantragstellers sei von einer anderen vertretungsbefugten Person unterzeichnet worden als das des Zweitantragstellers.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger beantragte die zeugenschaftliche Einvernahme von Herrn P\*\*\*, der als Vertriebsleiter in Deutschland seiner Ansicht nach beide Angebote erstellt und kalkuliert habe. Dieser habe auch bei der Angebotsöffnung den Erst- und Zweitantragsteller vertreten, sodass auch gemeinsame Vertretungsbefugnis bestanden habe. Dazu wies der Auftraggeber auf die Vertretungsverhältnisse bei der Angebotsöffnung hin. Laut Anwesenheitsliste hätten bei der Angebotsöffnung Herr P\*\*\* den Erst- und Zweitantragsteller sowie Herr S\*\*\* den Erstantragsteller vertreten. Herr R\*\*\* sei für "F\*\*\*" und den Zweitantragsteller anwesend gewesen. Herr S\*\*\* habe die Angebotsöffnung um 12.16 Uhr verlassen. Die rechtsgültige Fertigung der Angebote sei von unterschiedlichen Personen, nämlich beim Erstantragsteller von "T\*\*\*" und beim Zweitantragsteller von "K\*\*\*" unterzeichnet worden. Der Vorstandsvorsitzende K\*\*\* sei jedenfalls aus gesellschaftsrechtlicher Sicht gesehen berechtigt, das Angebot des Erstantragstellers zu unterzeichnen. Es bedürfe dazu keiner zusätzlichen Bevollmächtigung. Auch der technische Direktor, Herr T\*\*\*, dem laut Handelsregister auch die Funktion des abgeordneten Generaldirektors zukomme, sei vertretungsbefugt. Vom Zweitantragsteller sei in einem Begleitschreiben ausdrücklich auf die Zugehörigkeit zur A\*\*\*-Gruppe hingewiesen worden.

Nach Ansicht des präsuntiven Zuschlagsempfängers seien die Angebote des Erst- und Zweitantragstellers von Organen unterzeichnet worden, wobei bei beiden Firmen Organidentität bestehe. Eine Absprache sei damit nachgewiesen. Es bestehe Personalunion. Das Angebot des Erstantragstellers sei außerdem nicht ordnungsgemäß unterzeichnet gewesen, da der Präsident des Aufsichtsrates nicht nach außen vertretungsbefugt sei. Nach französischem Recht seien nur der Vorsitzende und der abgeordnete Generaldirektor gemeinsam vertretungsbefugt. Ein Ausdruck der Internethomepage des Erstantragstellers wurde vorgelegt.

Der Erstantragsteller hob dazu hervor, dass die Frage, welche Personen bei der Angebotsöffnung in welcher Funktion auch immer anwesend gewesen seien, für das Vergabeverfahren nicht relevant sei. Daraus können keine Absprache und keine gemeinsame Kalkulation abgeleitet werden. Eine gemeinsame Homepage lasse nicht darauf schließen, dass Angebote nicht von rechtlich selbstständigen Unternehmen gelegt werden könnten.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger wies darauf hin, dass der Erst- und Zweitantragsteller auch deshalb auszuscheiden seien, da sie nicht rechtzeitig eine Verpflichtungserklärung durch den namhaft gemachten Subunternehmer "F\*\*\*" für die Beschriftung und Auslieferung vorgelegt hätten. Der Auftraggeber räumte ein, dass eine solche zwar nicht vorgelegt worden, aber auch nicht angefordert worden sei. Außerdem sei der Bereichsleiter von F\*\*\* bei der Angebotsöffnung anwesend gewesen und sei sowohl vom Erst- als auch vom Zweitantragsteller der Firmenbuchauszug und der Gewerberegisterauszug vorgelegt worden, sodass eine ausdrückliche Verpflichtungserklärung nicht mehr für erforderlich erachtet worden sei. Herr R\*\*\* habe auch die Subunternehmereigenschaft beim Erst- und Zweitantragsteller im Rahmen der Angebotsöffnung bejaht. Die Leistungsfähigkeit sei von F\*\*\* erst vor zwei Jahren durch den Auftraggeber überprüft worden.

Nach Ansicht des Erstantragstellers würde es am Element der Wesentlichkeit für die Vorlage einer Verpflichtungserklärung fehlen. Der Auftraggeber habe eine solche auch nicht angefordert. Diese könne aber bei Anforderung vorgelegt werden. Dem schloss sich der Zweitantragsteller an.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger führte aus, dass bei der Verpackung, Lagerung und neuerlichen Verpackung entsprechend der Order des Auftraggebers sowie Lieferung durch die österreichische Post an das Hauptpostamt in Österreich pauschal davon ausgegangen werden könne, dass Kosten für die Doppelohrmarken anfallen würden.

Zum Preisblatt 8 (Ohrmarkenzange) führte der präsuntive Zuschlagsempfänger aus, dass bei der ersten Rubrik "Preis für neue Ohrmarkenzange" die reinen Produktionskosten exkl. Ust angeführt seien. Unter der Rubrik "weitere Kosten" seien die Kosten für die Verpackung und den Versand angeführt. Unter der Rubrik "Umsatzsteuer" seien die prozentmäßige Umsatzsteuer und deren Betrag angeführt. Unter der Rubrik "Einheitspreis" seien die Summe der Preise für die Ohrmarkenzange, die weiteren Kosten und die Ust angeführt. Da es nur um die Versendung einer Ohrmarkenzange gehe, seien höhere Kosten bei der Rubrik "weitere Kosten" anzugeben. Die weiteren Kosten würden sich bei den Doppelohrmarken (Beilage 8), die stückweise in großen Gebinden versendet würden, im Kommastellenbereich bewegen. Nur bei den Ersatzohrmarken (Beilage 10) würden sich die weiteren Kosten besonders auswirken, da sie sogar höher als der Produktionspreis seien. Bei den Ersatzohrmarken würden auch kleinere Mengen versendet.

Zum Preisblatt 9 wurde vom präsuntiven Zuschlagsempfänger ausgeführt, dass unter der Rubrik "Produktionspreis pro Doppelohrmarke" sowohl die Produktionskosten als auch die Lagerkosten, die Frachtkosten und die Mehrwertsteuer enthalten seien. Die vom Auftraggeber am 19.4.2007 erfolgte Anfrage sei vollständig beantwortet worden. Aus dem Beilageblatt 9 letzter Satz gehe zum Einheitspreis eindeutig hervor, wie sich dieser zusammensetze. Nämlich aus dem Produktionspreis zuzüglich den weiteren Kosten und der USt. Dies sei auch vom präsuntiven Zuschlagsempfänger angegeben worden und stelle die Basis der Bewertung dar. Im Preisblatt 10 sei unter der Rubrik "Produktionspreis" und der Rubrik "weitere Kosten" jeweils die USt enthalten. Beim Einheitspreis seien der Produktionspreis mit 0,29 und die weiteren Kosten mit 0,90 addiert worden. Für den Auftraggeber sei allein auf den Einheitspreis im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Angebote abzustellen gewesen. Bei der Angebotsprüfung erschienen die Preise des präsuntiven Zuschlagsempfängers im Vergleich zu den übrigen Angeboten nicht spekulativ. Bei den Doppelohrmarken habe

es keine wesentlichen Abweichungen gegeben. Es sei daher das Fehlen von Kosten in der Rubrik "weitere Kosten" im Preisblatt 9 des präsuntiven Zuschlagsempfängers als nicht problematisch beurteilt worden.

Dass der Produktionspreis mit Euro 0,53 nicht dem Einheitspreis entsprechen könne, sei dem Auftraggeber bewusst gewesen. Es sei daher davon ausgegangen worden, dass unter der Rubrik "Produktionspreis pro Doppelohrmarke" alles enthalten sei, nämlich der Produktionspreis, die weiteren Kosten und die USt, so wie es in Beilage 9 verlangt worden sei. Zu klären wäre gewesen, ob der Einheitspreis auch die USt umfasse. Da dies nicht telefonisch geklärt werden hätte können, sei eine schriftliche Anfrage an den präsuntiven Zuschlagsempfänger erfolgt. Für Preisblatt 10 sei die entsprechende Antwort vom präsuntiven Zuschlagsempfänger erfolgt, nämlich dass die USt im Einheitspreis enthalten sei.

Mit Schriftsatz vom 19.6.2007 legte der Erstantragsteller die mit 27.3.2007 datierte Verfügungserklärung des von ihm im Angebot nominierten Subunternehmers F\*\*\* mit einer Erklärung der solidarischen Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber für zu erbringende Leistungen vor. Des Weiteren legte der Erstantragsteller unter anderem eine Bestätigung des französischen Notars W\*\*\* mit Aussagen zum französischen Handelsregisterauszug des Erstantragstellers und der alleinigen Vertretungsbefugnis des Präsidenten K\*\*\* sowie eine diesbezügliche in deutscher Sprache verfasste Erörterung und eine beglaubigte Kopie der Satzung des Erstantragstellers vor. Daraus lasse sich entnehmen, dass es sich beim Erstantragsteller und beim Zweitantragsteller um zwei voneinander getrennte, eigenständige Gesellschaften handle, die auch berechtigt seien, in Konkurrenz zueinander an einem Vergabeverfahren teilzunehmen. Das vom Erstantragsteller eingereichte Angebot sei in ausschließlicher Verantwortung von S\*\*\*, per Adresse A\*\*\* Europe, gemeinsam mit seiner Assistentin Frau J\*\*\*, per Adresse A\*\*\* Frankreich, ausgearbeitet und kalkuliert worden. Im Anschluss sei das fertig ausgearbeitete Angebot, da dies in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich gefordert worden sei, den organschaftlichen Vertretern des Erstantragstellers zur firmenmäßigen Unterzeichnung vorgelegt worden. Der Erstantragsteller würde in Europa entsprechend seiner rechtlichen Selbstständigkeit vollkommen unabhängig und in direkter Konkurrenz zum Zweitantragsteller operieren.

Mit Schriftsatz vom 19.6.2007 legte der Zweitantragsteller eine mit 27.3.2007 datierte Verpflichtungserklärung des von ihm nominierten Subunternehmers F\*\*\* mit einer Erklärung zur solidarischen Haftung gegenüber dem Auftraggeber für die zu erbringende Leistung vor. Außerdem wurde eine Bestätigung des französischen Notars W\*\*\* mit Aussagen zum Handelsregisterauszug des Zweitantragstellers sowie der alleinigen Vertretungsbefugnis des abgeordneten Generaldirektors T\*\*\* mit einer in deutscher Sprache verfassten Erörterung vorgelegt. Weiters lag dem Schriftsatz unter anderem eine beglaubigte Kopie der Satzung des Zweitantragstellers bei.

Ausgeführt wurde dazu, dass sich daraus ergebe, dass es sich beim Erst- und beim Zweitantragsteller um zwei von einander getrennte, eigenständige Gesellschaften handle, die auch berechtigt seien, in Konkurrenz zueinander an einem Vergabeverfahren teilzunehmen. Das Angebot des Zweitantragstellers sei von Herrn Z\*\*\*, der beim Zweitantragsteller als Vertriebsleiter angestellt sei, kalkuliert und ausgearbeitet worden. Im Anschluss sei es den organschaftlichen Vertretern zur firmenmäßigen Unterfertigung vorgelegt worden. Sowohl der Erst- als auch der Zweitantragsteller würden in Europa entsprechend ihrer rechtlichen Selbstständigkeit vollkommen unabhängig und in direkter Konkurrenz zueinander arbeiten.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

#### I. Verbindung der Nachprüfungsanträge des Erst- und des Zweitantragstellers:

Vom Erst- und Zweitantragsteller wurden dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung, nämlich die Zuschlagsentscheidung vom 25.4.2007, angefochten. Auf Grund der Anfechtung derselben Zuschlagsentscheidung wurden gemäß § 320 Abs 4 BVergG 2006 die unter ZI N/0050-BVA/04/2007 sowie ZI N/0051-BVA/04/2007 protokollierten Nachprüfungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Interessen der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gemäß § 320 Abs 4 2. Satz leg. cit. sprachen nicht für eine getrennte Verfahrensführung.

#### II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages und Parteistellung des präsuntiven Zuschlagsempfängers:

Die Agrarmarkt Austria ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 30.5.2006, N/0029-BVA/09/2006-17; 19.5.2005, 06N-33/05-22).

Der über eine dreijährige Laufzeit mit einer einjährigen Verlängerungsoption ausgeschriebene Auftrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 leg. cit. zu qualifizieren. Mit einem geschätztem Auftragswert (ohne Ust.) in der Höhe von Euro 3.200.000,-, wobei auf das Teilangebot "Doppelohrmarke - amtliche Ohrmarke" ein Betrag von Euro 2.600.000,- entfällt, ist der Auftrag gemäß § 15 Abs 2 leg. cit. jedenfalls dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Im gegenständlichen Verfahren ist weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden. Sowohl der Erstantragsteller als auch der Zweitantragsteller haben Teilangebote für die Teilleistung "Doppelohrmarke - amtliche Ohrmarke" gelegt. Die Nachprüfungsanträge des Erst- und Zweitantragstellers entsprechen den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG 2006 und sind daher insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden vom Erstantragsteller für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Euro 3.200,- entrichtet. Ebenso hat der Zweitantragsteller diese Summen für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtet.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat gemäß § 324 Abs 2 BVergG 2006 rechtzeitig begründete Einwendungen gegen die vom Erst- und Zweitantragsteller begehrten Entscheidungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 zukommt.

### III. Antragslegitimation des Erst- und Zweitantragstellers gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006:

#### 1. Rechtspersönlichkeit und Vertretungsbefugnis:

Wie sich aus einem dem Angebot des Zweitantragstellers beiliegenden Begleitschreiben ergibt, gehört der Zweitantragsteller zur A\*\*\* Gruppe. Auch wenn eine Zugehörigkeit zu diesem Konzern beim Erst- und Zweitantragsteller vorliegt, ist jedoch davon auszugehen, dass es sich sowohl beim Erst- als auch beim Zweitantragsteller um eigene juristische Personen handelt, die auch im französischen Handelsregister als solche ausgewiesen werden. Aus diesem ergibt sich, dass es sich beim Erst- und Zweitantragsteller jeweils um "vereinfachte Aktiengesellschaften" mit Sitz in XXX bzw in XXX handelt. Beide Antragsteller verfügen über eine eigene Satzung.

Im französischen Handelsregister sind für den Erstantragsteller als Vorsitzender Herr K\*\*\* und als abgeordneter Generaldirektor Herr T\*\*\* genannt. In der gleichen Funktion scheinen diese Personen für den Zweitantragsteller im französischen Handelsregister auf. Während das Angebot des Erstantragstellers von K\*\*\* unterzeichnet wurde, wurde das des Zweitantragstellers von T\*\*\* unterzeichnet. Eine beglaubigte deutsche Übersetzung des jeweiligen Handelsregisterauszuges lag den Angeboten des Erst- und des Zweitantragstellers bei.

Wie sich aus den oben angeführten Ausschreibungsunterlagen zur Unterfertigung des Angebotes unter Punkt 1.9. ergibt, ist dem Angebot eine Handlungsvollmacht beizulegen, wenn der Bieter bzw die Mitglieder der Bietergemeinschaft im Firmenbuch eingetragen sind und sich die Vertretungsbefugnis nicht bereits aus dem Firmenbuch ergibt. Eine solche Handlungsvollmacht war in der gegenständlichen Fallkonstellation insofern nicht erforderlich, da der nach französischem Recht bei diesem Sachverhalt für die jeweilige Gesellschaft allein zur Vertretung Befugte im französischen Handelsregister K\*\*\* als Vorsitzender bzw T\*\*\* als abgeordneter Generaldirektor aufschien.

Dass für den Erst- und Zweitantragsteller nach französischem Recht nur der Vorsitzende und abgeordnete Generaldirektor gemeinsam vertretungsbefugt sei sollte und daher - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung am 15.6.2007 behauptete - das Angebot nicht ordnungsgemäß unterzeichnet worden sei, ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar. Vielmehr können sowohl der abgeordnete Generaldirektor für sich alleine als auch der Vorsitzende für sich alleine den Erst- bzw Zweitantragsteller in diesem Fall nach französischem Recht rechtswirksam nach außen vertreten, sodass auch aus zivilrechtlicher Sicht gesehen sowohl ein verbindliches Angebot des Erstantragstellers bzw auch ein als solches Angebot des Zweitantragstellers vorliegen.

#### 2. Absprache - Wettbewerbsbeeinträchtigung ( § 129 Abs 2 Z 8 BVergG 2006):

Gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 sind Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößende Abreden getroffen haben, auszuschneiden.

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, handelt es sich beim Erst- und Zweitantragsteller um zwei eigenständige juristische Personen, die nach dem französischen Handelsregister als solche getrennt, mit verschiedenen Firmensitzen ausgewiesen sind. Auch wenn bei beiden Antragstellern eine Zugehörigkeit zum selben Konzern besteht, was im übrigen von ihnen auch nicht bestritten wurde und worauf der Auftraggeber vom Zweitantragsteller in einem Begleitschreiben auch aufmerksam gemacht wurde, kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass ein und dieselbe juristische Person in verschiedenen Rollen mehrfach am Wettbewerb teilgenommen hat.

Die das Angebot des Erstantragstellers unterzeichnende und auch nach außen die Gesellschaft zur Vertretung befugte Person unterscheidet sich von jener Person, die das Angebot des Zweitantragstellers unterzeichnet hat. Daran ändert auch nichts, dass laut den vorgelegten französischen Handelsregisterauszügen sowohl beim

Erstantragsteller als auch beim Zweitantragsteller als Vorsitzender, Herr K\*\*\*, und als abgeordneter Generaldirektor, Herr T\*\*\*, aufscheinen.

Entgegen den Darstellungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers hat auch nicht Herr P\*\*\* das Angebot des Erstantragstellers und das Angebot des Zweitantragstellers kalkuliert. Entsprechend den Angaben des Erstantragstellers hat sein Angebot Herrn S\*\*\* in Zusammenarbeit mit Fr. J\*\*\* kalkuliert. Dies ist auch insofern glaubwürdig, als Herr S\*\*\* das Begleitschreiben zum Angebot des Erstantragstellers unterschrieben und den Erstantragsteller bei der Angebotsöffnung vertreten hat. Der ebenfalls den Erstantragsteller bei der Angebotsöffnung vertretenden Herr P\*\*\* scheint beim Angebot des Erstantragstellers nur als Sachbearbeiter auf.

Zwar hat Herr P\*\*\* den Zweitantragsteller gemeinsam mit Herrn R\*\*\* bei der Angebotsöffnung vertreten, als Sachbearbeiter scheint jedoch beim Angebot des Zweitantragstellers Frau U\*\*\* auf. Aus dieser Vertretung des Herrn P\*\*\* kann nicht geschlossen werden, dass Herr P\*\*\* das Angebot des Zweitantragstellers kalkuliert hat. Umgekehrt könnte aus der Vertretung des Zweitantragstellers bei der Angebotsöffnung auch geschlossen werden, dass Herr R\*\*\* das Angebot des Zweitantragstellers kalkuliert hat.

Aus der ursprünglichen Vertretung des Erst- und Zweitantragstellers durch ein und dieselbe Anwaltskanzlei bzw aus den Ausführungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, wonach die Nachprüfungsanträge des Erst- und Zweitantragstellers wortgleich sein sollen, kann ebenso wenig wie aus einer von Erst- und Zweitantragsteller gemeinsam geführten Homepage abgeleitet werden, dass die Angebote des Erst- und Zweitantragstellers von ein und dem selben Bieter gelegt worden seien und eine i.S.v. § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede von Erst- und Zweitantragsteller getroffen worden sei. Eine solche Abrede liegt nach Ansicht des erkennenden Senates auch nicht vor, wenn der Zweitantragsteller über keine eigene Entwicklungsabteilung verfügt. Eine solche war für den gegenständlichen Lieferauftrag auch nicht erforderlich.

Es ist in der gegenständlichen Fallkonstellation vielmehr davon auszugehen, dass der Auftraggeber lediglich davon einen Vorteil hat, wenn sich möglichst viele Unternehmen bewerben. Würden dabei konzernverbundene Unternehmen weitgehend ausgeschaltet, würde dies sowohl außer Acht lassen, dass auch konzernverbundene Unternehmen sich überwiegend wirtschaftlich eigenständig bewegen und sogar in einem gewissen internen Konkurrenzkampf miteinander stehen als auch zu einem vom Vergaberecht nicht beabsichtigten Schutz anderer Unternehmen vor Konkurrenz führen (vgl dazu auch Gölles in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, § 98 Rz 28).

Angesichts der oben angeführten Erwägungen ist auch eine zeugenschaftliche Einvernahme von Herrn P\*\*\* nicht erforderlich.

### 3. Subunternehmer - Verpflichtungserklärung:

Sowohl der Erst- als auch der Zweitantragsteller haben die F\*\*\* als Subunternehmer mit dem Ansprechpartner Herrn R\*\*\* für bestimmte Leistungen in ihren Angeboten namhaft gemacht. Herr R\*\*\* war auch für den Zweitantragsteller bei der Angebotsöffnung am 3.4.2007 anwesend. Laut unbestrittener Aussage des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung am 15.6.2007 war auch Herr R\*\*\* bei der Angebotsöffnung anwesend und hatte die Subunternehmereigenschaft sowohl für den Erst- als auch für den Zweitantragsteller bejaht.

Die Anwesenheit des Subunternehmers bei der Angebotsöffnung, bei der Herr R\*\*\* auch noch die Subunternehmereigenschaft für den Erstantragsteller bejahte, ist ein Argument dafür, dass der Erstantragsteller bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung auch über die Mittel dieses Subunternehmers verfügen konnte (vgl dazu auch VwGH 24.9.2003, 2003/04/0093). Zwar hat der Erstantragsteller in der mündlichen Verhandlung vom 15.6.2007 das Fehlen der in der Ausschreibung vorgesehenen Wesentlichkeit für die Vorlage einer Verpflichtungserklärung des Subunternehmers bestritten, gab aber zugleich an, eine solche bei einer Aufforderung vorlegen zu können.

Der Auftraggeber hatte zwar eine solche Aufforderung zu Vorlage ungeachtet der diesbezüglichen Ausschreibungsbestimmungen, die eine solche Verfügungserklärung und darüber hinaus noch eine Erklärung zur solidarischen Haftung ausdrücklich vorsehen, unterlassen. Der Erstantragsteller hat aber mit Schriftsatz vom 19.6.2007 die mit 27.3.2007 datierte, erforderliche Verfügungserklärung und die Erklärung zur solidarischen Haftung des nominierten Subunternehmers vorgelegt, sodass bei der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation vom Vorliegen der Eignung und der technischen Leistungsfähigkeit des Erstantragstellers entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung auszugehen ist.



Vom Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit ist ebenso beim Zweitantragsteller auszugehen. Für diesen war der in seinem Angebot nominierte Vertreter des Subunternehmers, Herr R\*\*\*, laut Anwesenheitsliste über die Angebotsöffnung am 3.4.2007 bei der Angebotsöffnung anwesend. Hinzu kommt die vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung am 15.6.2007 - oben wiedergegebene Bejahung der Subunternehmereigenschaft auch für das Angebot des Zweitantragstellers. Diese Vertretung des Subunternehmers für den Zweitantragsteller bei der Angebotsöffnung und die Bejahung der Subunternehmereigenschaft für den Zweitantragsteller können als Argumenten dafür herangezogen werden, dass der Zweitantragsteller bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die Mittel dieses Subunternehmers verfügen konnte.

Der Zweitantragsteller hat auch in der mündlichen Verhandlung bestätigt, die Verpflichtungserklärung des Subunternehmers vorlegen zu können und eine solche mit 27.3.2007 datierte in Verbindung mit einer Solidarhaftungserklärung seines im Angebot nominierten Subunternehmers auch mit Schriftsatz vom 19.6.2007 vorgelegt.

#### 4. Schlussfolgerung:

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, wäre unter den angeführten Aspekten weder das Angebot des Erst- noch des Zweitantragsteller auszuschneiden gewesen.

Es ist daher von der Antragslegitimation des Erst- und Zweitantragstellers iSv § 320 Abs 1 BVergG 2006 auszugehen.

#### IV. Zu Spruchpunkt I.1.:

##### 1. Ausschreibungsunterlagen - Preisblätter:

Wie sich aus den obigen Ausführungen zu den Zuschlagskriterien unter Punkt II.4.1. der Ausschreibungsunterlagen ergibt, sind in den dem Angebot anzuschließenden Beilagen 8, 9 und 10 (Preisblätter) die jeweiligen Einheitspreise für die Ohrmarkenzange, für die Doppelohrmarke bzw für die Ersatzohrmarke entsprechend den Vorgaben aufzuschlüsseln. Diese stellen die Basis für die Bewertung der diesbezüglichen Zuschlagskriterien dar.

Die einzelnen Preisblättern 8, 9 und 10 enthielten eine Anleitung, die Vorgaben umfasste, wie die Preisblätter auszufüllen sind. Vorausgeschickt wurde in allen genannten Preisblättern, dass die Kosten in Euro, exkl. USt anzugeben sind und der anzuwendende Umsatzsteuersatz in der entsprechenden Spalte anzugeben ist. Als weitere Kosten wurden in den Preisblättern 8 (Ohrmarkenzange) und 10 (Ersatzohrmarke) alle anteiligen Kosten, wie beispielsweise Verpackungs- und Transportkosten sowie das Postentgelt bis zur Zustellung zum Betrieb, angeführt. In Preisblatt 9 (Doppelohrmarke) hingegen wurden die weiteren Kosten als alle anteiligen Kosten (z.B. Verpackungskosten und Transportkosten), die bis zum Aufgabepostamt in Österreich dem Auftraggeber in Rechnung gestellt werden, angeführt.

In Preisblatt 8 (Ohrmarkenzange) war angegeben, dass sich der Einheitspreis aus dem Preis für eine neue Ohrmarkenzange zuzüglich der weiteren Kosten und der USt, im Preisblatt 9 (Doppelohrmarke) aus dem Produktionspreis, zuzüglich weitere Kosten und der USt sowie im Preisblatt 10 (Ersatzohrmarke) aus der Summe von Produktionspreis, den weiteren Kosten und der USt errechnet.

Aus den unangefochtenen und damit bestandkräftig gewordenen Ausschreibungsbestimmungen (vgl VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200, 1.3.2007, 2005/04/0239; 7.11.2005, 2003/04/0135; BVA 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38) ist für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17] damit erkennbar, dass im Preisblatt 8 der Nettopreis für die neue Ohrmarkenzange in der ersten Rubrik, die weiteren Kosten dafür exklusive USt (bis zur Betriebszustellung) in der zweiten Rubrik sowie der Umsatzsteuersatz in der dritten Rubrik anzugeben waren, woraus sich insgesamt der Einheitspreis errechnet, der in der Rubrik 4 zu beziffern war. Im Preisblatt 9 waren der Netto-Produktionspreis der Doppelohrmarke in der ersten Rubrik, die weiteren Kosten pro Doppelohrmarke netto (bis zum Aufgabepostamt in Österreich) in der zweiten Rubrik, der Umsatzsteuersatz in der dritten Rubrik anzugeben, woraus insgesamt der in der vierten Rubrik zu beziffernde Einheitspreis für eine Doppelohrmarke gebildet wird. In Preisblatt 10 waren der Nettoproduktionspreis der Ersatzohrmarke in der ersten Rubrik, die weiteren Kosten (anteilige Kosten bis zur Betriebszustellung) für diese netto in der zweiten Rubrik sowie der Umsatzsteuersatz in der dritten Rubrik anzugeben, woraus sich insgesamt der in der 4. Rubrik zu beziffernde Einheitspreis für eine Ersatzohrmarke errechnet.

##### 2. Vorgangsweise des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Der präsumtive Zuschlagsempfänger ist diesen Vorgaben nur beim Ausfüllen des Preisblattes 8 ordnungsgemäß nachgekommen. Die angegebenen Beträge für die neue Ohrmarkenzange (Euro 8,-),

die weiteren Kosten (Euro 1,90) sowie die Umsatzsteuer in der Höhe von 19% mit einem Betrag von Euro 1,88 ergeben in Summe den Einheitspreis von Euro 11,78.

Beim Preisblatt 9 der Doppelohrmarke blieben die Rubriken "weitere Kosten" und "Umsatzsteuer" leer. Unter der Rubrik "Produktionspreis" wurde der Betrag von 0,53 angegeben, der identisch ist mit dem unter der Rubrik "Einheitspreis für eine Doppelohrmarke" angegebenen Preis. Auch im Preisblatt 10 der Ersatzohrmarke wurde unter der Rubrik "Umsatzsteuer" kein Betrag angeführt und ergaben die angegebenen Beträge unter der Rubrik "Produktionspreis" (0,29) und der der "weiteren Kosten" (0,90) bereits in Summe den mit Euro 1,19 bezifferten Einheitspreis für die Ersatzohrmarke.

### 3. Mängelbehebungsauftrag des Auftraggebers:

Der Auftraggeber hat auch den präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 19.4.2007 zur Verbesserung unter Fristsetzung bis zum 20.4.2007, 12.00 Uhr, aufgefordert, nämlich zu Beilage ./9 (Preisblatt - Doppelohrmarke) die weiteren Kosten pro Doppelohrmarke und die Umsatzsteuer anzugeben sowie die gleiche Höhe von Produktions- und Einheitspreis aufzuklären. Weiters war innerhalb der gesetzten Frist in Beilage ./10 (Preisblatt - Ersatzohrmarke) die Umsatzsteuer anzugeben.

Diesem Mängelbehebungsauftrag kam der präsumtive Zuschlagsempfänger innerhalb der gesetzten Frist nicht zur Gänze ordnungsgemäß nach, da sein Antwortschreiben vom 20.4.2007 lediglich die Erklärung enthielt, dass die in den Beilagen ./9 (Preisblatt Doppelohrmarke) und ./10 (Preisblatt Ersatzohrmarke) angegebenen Einheitspreise die 19%ige Umsatzsteuer umfassen würden. Mit dieser Erklärung hat der präsumtive Zuschlagsempfänger jedenfalls nicht die weiteren Kosten pro Doppelohrmarke zu Beilage ./9 (Preisblatt - Doppelohrmarke) angegeben. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat es auch unterlassen, die gleiche Höhe des Produktionspreises pro Doppelohrmarke und des Einheitspreises für die Doppelohrmarke zu erklären.

Auch in der mündlichen Verhandlung am 15.6.2007 konnte der präsumtive Zuschlagsempfänger das Fehlen einer Angabe zur Rubrik "Weitere Kosten pro Doppelohrmarke" im Zusammenhalt mit den Unstimmigkeiten der angegebenen Beträge in den oben aufgezeigten Positionen im Preisblatt 9 (Doppelohrmarke) unter Berücksichtigung seiner Angaben im Schreiben vom 20.4.2007 mit der 19-%igen USt und den Ausschreibungsvorgaben jedenfalls nicht schlüssig und nachvollziehbar erklären.

So sprach er zum einen davon, dass bei der Verpackung, Lagerung und neuerlichen Verpackung entsprechend der Order des Auftraggebers sowie der Lieferung durch die österreichische Post an das Hauptpostamt in Österreich bei ihm pauschal davon ausgegangen werden könne, dass Kosten für die Doppelohrmarken anfallen würden. Dazu verwies er auch darauf, dass zwar diese in großen Gebinden versendet werden und sich daher im Unterschied zu den in kleinen Mengen versendeten Ersatzohrmarken, bei denen die weiteren Kosten sogar höher als der Produktionspreis seien, nur im Kommastellenbereich bewegen würden.

Solche sich im Kommastellenbereich bewegende Kosten finden sich im Übrigen auch in den Preisblättern des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei der Rubrik "Produktionspreis der Ersatzohrmarke" mit 0,29 (Preisblatt 10) oder bei der Rubrik "Produktionspreis der Doppelohrmarke" mit 0,53 (Preisblatt 9). Diese Kosten sind jedoch im Preisblatt 10 bzw 9 angegeben worden. Es liegt in der Natur der Sache, dass sich in diesem Auftragsbereich die Kosten im Kommastellenbereich bewegen. Von anderen Bietern wurden auch Beträge im dreistelligen Kommabereich angegeben. In Summe ergeben sich beispielsweise bei einer jährlichen Lieferung von circa 799.000 Stück Doppelohrmarken nicht außer Acht zu lassende Beträge.

Zum anderen verwies der präsumtive Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung am 15.6.2007 darauf, dass unter der Rubrik "Produktionspreis pro Doppelohrmarke" im Betrag von 0,53 im Preisblatt 9 bereits die weiteren Kosten - diese wären laut Ausschreibungsvorgaben in der zweiten Rubrik des Preisblattes 9 zu beziffern gewesen - und die USt enthalten seien. Dies ist für den erkennenden Senat auch unter jenem Aspekt nicht glaubwürdig, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger im Preisblatt 8 die weiteren Kosten und die USt sehr wohl entsprechend den oben dargestellten Vorgaben in der Ausschreibung getrennt ausgewiesen und den Preis für die neue Ohrmarkenzange ordnungsgemäß netto angegeben hat.

Inwiefern der präsumtive Zuschlagsempfänger die Aufforderungen des Auftraggebers vom 19.4.2007 vollständig beantwortete habe will - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung vom 15.6.2007 behauptete -, ist für den erkennenden Senat, nicht nachvollziehbar. Es wäre dabei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf Grund der Unterlassung der oben aufgezeigten unvollständigen Mängelbehebung und Aufklärung bereits gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen (Vgl dazu auch VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; BVA 22.12.2005, 11N- 117/05-12; 5.8.2005, 04N-70/05-26).

Inwiefern angesichts der oben dargestellten Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeber -wie in der mündlichen Verhandlung am 15.6.2007 dargelegt - auch bei einem dem Bundesvergabeamt vollständig vorgelegten Vergabeakt davon ausgehen konnte, dass beim Preisblatt 9 des präsumtiven Zuschlagsempfängers unter der Rubrik "Produktionspreis pro Doppelohrmarke" im Betrag von 0,53 alles enthalten sei, nämlich sowohl die weiteren Kosten als auch die Ust - so wie in der Beilage 9 verlangt war- ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar. Der Auftraggeber ist ebenso wie die Bieter an die in der bestandsfest gewordenen Ausschreibung enthaltenen Vorgaben gebunden. Wie oben aufgezeigt, hat die Ausschreibung aber im Preisblatt andere Berechnungsgrundlagen vorgegeben.

Auch wenn als Bewertungsbasis für die Zuschlagskriterien letztlich die angegebenen Einheitspreise herangezogen werden, kann angesichts der oben aufgezeigten Umstände das Zustandekommen der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger im Preisblatt 9 angegebenen Einheitspreises nicht nachvollzogen werden. Dazu hätte jedenfalls dieses ordnungsgemäß und entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung ausgefüllte Preisblatt - wie es auch von den übrigen Bietern in ihren Angeboten vorgelegt wurde - gedient. Dies gilt auch für das Preisblatt 10, bei dem die in diesem Preisblatt angegebenen Beträge unter Zugrundelegung der Vorgaben in der Ausschreibung nicht den angegebenen Einheitspreis ergeben können. Würde die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger bei der Ausfüllung der Preisblätter gewählte Vorgangsweise, die nicht den Vorgaben der Ausschreibung entspricht, zulässig sein, würde ihm dies Manipulationen bei den einzelnen Rubriken ermöglichen, die letztlich auch im als Zuschlagskriterium heranzuziehenden Einheitspreis Niederschlag finden könnten.

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 2006 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 auszuschheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, ebenso BVA 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.).

## 2. Rechtsverletzung und Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens:

Da durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Erstantragsteller in den von ihm geltend gemachten Rechten verletzt ist und - wie oben aufgezeigt - durch das Unterlassen des Ausscheidens des präsumtiven Zuschlagsempfängers die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss ist (vgl dazu VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.2.2006, 2004/04/0127; BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2007-83; 2.3.2006, 04N-03/06-42, 4.11.2004, 07N-95/04-19 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

## V. Zu Spruchpunkt I.2:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I.1. ergibt - dem Nachprüfungsantrag des Erstantragstellers vom 9.5.2007 zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben wurde und somit ein "teilweises Obsiegen" des Erstantragstellers iSv § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 bezieht, stattzugeben.

Ebenso ist dem Antrag des Erstantragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 stattzugeben. Diesem wurde mit Bescheid vom 16.5.2007, N/0050- BVA/04/2007-EV11, zwar nur teilweise stattgegeben. Das zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandselement gemäß § 319 Abs 2 Z 2 leg. cit. (Stattgeben des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) ist aber ebenso in jenen Fällen erfüllt, in denen dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben wurde (vgl BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83; 7.8.2006, N/0051-BVA/04/2006-22; 4.10.2006, N/0069-BVA/04/2006-28).

Das Bundesvergabegesetz 2006 kennt jedoch keine Regelung, wonach das Bundesvergabeamt darüber hinaus gehend zum Abspruch über Kosten des Verfahrens für den Nachprüfungsantrag bzw für den Provisorialantrag zuständig wäre (vgl BVA 27.6.2006, N/0038- BVA/04/2006-38; 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25), sodass das darüber hinausgehende Begehren zurückzuweisen war.

#### VI. Anträge des Zweit Antragstellers:

##### 1. Zu Spruchpunkt II.1.

Hinsichtlich des Antrages des Zweit Antragstellers auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird auf die obigen Ausführungen zur Rechtswidrigkeit der bekämpften Zuschlagsentscheidung unter Punkt IV. verwiesen.

Da den Zweit Antragsteller die angefochtene Zuschlagsentscheidung in den von ihm geltend gemachten Rechten verletzt und die Zuschlagsentscheidung- wie oben aufgezeigt - durch das Unterlassen des Ausscheidens des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit Rechtswidrigkeit belastet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss ist (vgl dazu VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.2.2006, 2004/04/0127; BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2007-83; 2.3.2006, 04N-03/06-42, 4.11.2004, 07N-95/04-19 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

##### 2. Zu Spruchpunkt II.2.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da - wie sich aus Spruchpunkt II.1. ergibt - dem Nachprüfungsantrag vom 9.5.2007 zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben wurde und somit ein "teilweises Obsiegen" des Zweit Antragstellers iSv § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 bezieht, stattzugeben.

Ebenso ist dem Antrag des Zweit Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 stattzugeben. Ihm wurde mit Bescheid vom 16.5.2007, N/0050- BVA/04/2007-EV11, zwar nur teilweise stattgegeben. Das zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandselement gemäß § 319 Abs 2 Z 2 leg. cit. (Stattgeben des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) ist aber ebenso in jenen Fällen erfüllt, in denen dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben wurde (vgl BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83; 7.8.2006, N/0051-BVA/04/2006-22; 4.10.2006, N/0069-BVA/04/2006-28).

Das Bundesvergabegesetz 2006 kennt jedoch keine Regelung, wonach das Bundesvergabeamt darüber hinaus gehend zum Abspruch über Kosten des Verfahrens für den Nachprüfungsantrag bzw für den Provisorialantrag zuständig wäre (vgl BVA 27.6.2006, N/0038- BVA/04/2006-38; 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25), sodass das darüber hinausgehende Begehren zurückzuweisen war.