

TE Bvwg Erkenntnis 2017/8/8 W134 2163019-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.08.2017

Entscheidungsdatum

08.08.2017

Norm

BVergG 2006 §125 Abs3 Z1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §268

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W134 2163019-2/30E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Tanja Neubauer als fachkundiger Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Günther Feuchtinger als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation" der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch XXXX, aufgrund des Antrages der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 30.06.2017, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 31.07.2017 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Tanja Neubauer als fachkundiger Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Günther Feuchtinger als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation" der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch römisch 40, aufgrund des Antrages der römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 30.06.2017, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 31.07.2017 zu Recht erkannt:

A) Dem Antrag, "die Zuschlagsentscheidung vom 20.06.2017 für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die "Zuschlagsentscheidung" vom 20.06.2017 wird für nichtig erklärt.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigB) Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:römisch eins. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 30.06.2017, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit Anträgen auf Akteneinsicht in den Vergabeakt, Bestellung eines Sachverständigen, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit Schreiben vom 20.06.2017 bekanntgegebene "Zuschlagsentscheidung". Die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit j j BVergG. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit Schreiben vom 20.06.2017 bekanntgegebene "Zuschlagsentscheidung". Die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, j, j, BVergG.

Das gegenständliche Vergabeverfahren werde als Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung für sieben Jahre geführt. Das Vergabeverfahren betreffe Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Die Antragstellerin habe ihr Letztangebot am 09.04.2017 form- und fristgerecht gelegt.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und ausschreibungskonform ein Erst- und ein Letztangebot gelegt. Sie habe ein Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss, da sie zukünftig zum Nachweis der Leistungsfähigkeit von der öffentlichen Hand beauftragte Referenzprojekte vorweisen müsse. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des Deckungsbeitrages, der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren sowie der Rechtsberatung. Sie bezeichne die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachte. Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht eingebracht worden. Die erforderlichen Pauschalgebühren für den Nachprüfungs- und den Provisorialantrag seien vergaberechtskonform in entsprechender Höhe entrichtet worden.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass der definitivgestellte Kriterienkatalog der Anlage 3a der Ausschreibungsbedingungen Mussanforderungen aufliste. Das Nichterfüllen auch nur eines "K.O.-Kriteriums" führe demnach zum Ausscheiden des betroffenen Angebots aus dem Vergabeverfahren.

Das (Letzt-)Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfülle – zumindest – zwei dieser Mussanforderungen nicht und wäre daher vom Auftraggeber bzw von der Vergebenden Stelle auszuschneiden gewesen. Gemäß zugänglicher Informationen über die Produkte der präsumtiven "Zuschlagsempfängerin" (zB Internetauftritt, Produktdarstellungen) verfüge diese einerseits über kein Storage System, das echte Active/Active Architektur unterstütze. Die Storage Systeme der präsumtiven Partnerin würde nur über Controller mit einer asymmetrischen Active/Active Architektur verfügen. Damit erfülle sie die Mussanforderung "Storage.5" nicht. Andererseits erfülle sie auch die Mussanforderung "Storage.11" nicht. Demnach müsse das Storage System eines Bieters den Einsatz der betriebssystemeigenen Failover-Treiber erlauben. Der Einsatz von spezieller Software des Storage System Herstellers sei nicht zulässig. Die in den Ausschreibungsbedingungen beschriebene Systemarchitektur des Auftraggebers verwende eine Virtualisierungssoftware des Unternehmens VMware, Inc. Gemäß der Knowledge Base von VMware, Inc. würden die Storage Systeme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin "HUAWEI OceanStor V3" nicht den Einsatz eines betriebssystemeigenen Failover-Treibers erlauben. Es sei daher der gemäß Kriterienkatalog nicht zulässige Einsatz von zusätzlicher Software ("OceanStor UltraPath V1R8 oder neuer") erforderlich. Die präsumtive "Zuschlagsempfängerin" habe sohin ein nicht-ausschreibungskonformes und daher auszuschneidendes (Letzt)Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 05.07.2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Mit Schreiben vom 10.07.2017 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin XXXX begründete Einwendungen und gab zusammengefasst an, es würden weder bei dem Kriterium Storage.5 noch bei dem Kriterium Storage.11 Ausscheidensgründe vorliegen. Mit Schreiben vom 10.07.2017 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin römisch 40 begründete Einwendungen und gab zusammengefasst an, es würden weder bei dem Kriterium Storage.5 noch bei dem Kriterium Storage.11 Ausscheidensgründe vorliegen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 12.07.2017 gab diese zusammengefasst an, dass die detaillierte Angebotsprüfung der Auftraggeberin im Ergebnis keinerlei Zweifel an der Konformität des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit den Ausschreibungsunterlagen ergeben habe. Die Vorwürfe der Antragstellerin, wonach die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Kriterien Storage.5 und Storage.11 nicht erfüllen werde sei völlig unbegründet. Tatsächlich verfüge das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene System zweifelsfrei über Controller mit einer "echten Active/Active Architektur". Weiters erlaube das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Storage System den Einsatz der Betriebssystem-eigenen Failover Treiber. Der Einsatz von spezieller Software des Storage System Herstellers sei nicht erforderlich, da das angebotene Storage System das ALUA Protokoll unterstütze, welches wiederum von allen Betriebssystemen in der Branche unterstützt werde.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 26.07.2017 brachte diese im Wesentlichen vor, dass ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis des Letztangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorliege. Der Gesamtpreis des Letztangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von € 3.955.809,92 liege mehr als 30 % unter dem geschätzten Auftragswert von € 5,682.000. Die Auftraggeberin wäre daher verpflichtet gewesen, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen um eine hinreichende Plausibilisierung und Beurteilung der Letztangebote zu gewährleisten. Diese vertiefte Angebotsprüfung würde ein negatives Ergebnis erbringen, weshalb das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 30.07.2017 gab die Auftraggeberin an, dass sie selbstverständlich die Angebotspreise nach jeder Angebotsrunde intensiv und im Sinne der vergaberechtlichen Vorgaben geprüft habe. Die angebotenen Preise seien konform mit den vergaberechtlichen Vorgaben.

Am 31.07.2017 fand im Bundesverwaltungsgericht darüber eine mündliche Verhandlung statt.

Zu dem Kriterium "Storage.5" wurde in der mündlichen Verhandlung Folgendes ausgeführt:

" XXXX : Das zu beschaffende System dient zur Kommunikation zwischen Fahrdienstleitern und außen stehenden Einheiten, u.a. Triebfahrzeugführern, Verschiebern oder auch externen Einsatzkräften. Es handelt sich um ein redundantes System, das heißt alle Systemkomponenten sind mindestens doppelt vorhanden, um zu verhindern, dass der Ausfall einer einzelnen Komponente den Ausfall des Gesamtsystems verursachen würde. Es handelt sich um einen Neuaufbau des Systems. Unser Ziel war es, das System von einem Hersteller komplett zu beziehen, die Hardware. Dies wird im Überblick auf Folie 1 dargestellt. Auf Folie 2 wird im Detail ein Server-Raum näher dargestellt. Ein in Folie 2 gezeigter Controller führt die Kommandos des Servers aus und speichert die Informationen, je nachdem wie ein Controller dies anweist, auf einer Lun = Speicherplatz der Information. Die Anweisung wird immer von einem Master-Controller gegeben. Dies gilt für beide Grafiken auf Folie 2, wobei die Master-Slave-Rollen sehr schnell in der Sekunde wechseln können. Auf Folie 2 sind in beiden Grafiken Storage-Systeme mit Active-Active Architektur beschrieben. Der Unterschied zwischen den beiden Grafiken in Folie 2 besteht darin, dass beim Storage-System mit asymmetrischen Controllern beim schlechteren Pfad der Umweg über den Controller 2 (Slave) genommen werden muss, während beim Storage-System mit symmetrischen Controllern beide Controller 1 und 2 den optimalen Pfad bieten. Wir wollten bei der Leistungsbeschaffung keine Active-Passive Architektur beschaffen, bei welcher es nur einen Pfad gibt, weil bei der Active-Passive Architektur im Falle einer Störung es zu längeren Ausfällen des Systems kommen würde. Es geht darum, längere Störungen zu vermeiden, da ansonsten die Kommunikation zwischen zum Beispiel dem Fahrdienstleiter und dem Triebfahrzeugführer länger unterbrochen würde, was eine betriebskritische Situation darstellen würde. Die beiden in Folie 2 gezeigten Controller garantieren, dass zu jeder Zeit vollinhaltlich und in Echtzeit zwei aktive Systeme vorhanden sind. Im Störfall ergibt sich bei beiden in Folie 2 dargestellten Systemen kein zeitlicher Unterschied, weil beide Controller gänzlich und zu jedem Zeitpunkt aktiv sind. Die rechte Grafik auf Folie 2 zeigt das angebotene System von XXXX (der ASt). Die linke Grafik auf Folie 2 zeigt das angebotene System von XXXX (prä. ZE)." römisch 40 : Das zu beschaffende System dient zur Kommunikation zwischen Fahrdienstleitern und außen stehenden Einheiten, u.a. Triebfahrzeugführern, Verschiebern oder auch externen Einsatzkräften. Es handelt sich um ein redundantes

System, das heißt alle Systemkomponenten sind mindestens doppelt vorhanden, um zu verhindern, dass der Ausfall einer einzelnen Komponente den Ausfall des Gesamtsystems verursachen würde. Es handelt sich um einen Neuaufbau des Systems. Unser Ziel war es, das System von einem Hersteller komplett zu beziehen, die Hardware. Dies wird im Überblick auf Folie 1 dargestellt. Auf Folie 2 wird im Detail ein Server-Raum näher dargestellt. Ein in Folie 2 gezeigter Controller führt die Kommandos des Servers aus und speichert die Informationen, je nachdem wie ein Controller dies anweist, auf einer Lun = Speicherplatz der Information. Die Anweisung wird immer von einem Master-Controller gegeben. Dies gilt für beide Grafiken auf Folie 2, wobei die Master-Slave-Rollen sehr schnell in der Sekunde wechseln können. Auf Folie 2 sind in beiden Grafiken Storage-Systeme mit Active-Active Architektur beschrieben. Der Unterschied zwischen den beiden Grafiken in Folie 2 besteht darin, dass beim Storage-System mit asymmetrischen Controllern beim schlechteren Pfad der Umweg über den Controller 2 (Slave) genommen werden muss, während beim Storage-System mit symmetrischen Controllern beide Controller 1 und 2 den optimalen Pfad bieten. Wir wollten bei der Leistungsbeschaffung keine Active-Passive Architektur beschaffen, bei welcher es nur einen Pfad gibt, weil bei der Active-Passive Architektur im Falle einer Störung es zu längeren Ausfällen des Systems kommen würde. Es geht darum, längere Störungen zu vermeiden, da ansonsten die Kommunikation zwischen zum Beispiel dem Fahrdienstleiter und dem Triebfahrzeugführer länger unterbrochen würde, was eine betriebskritische Situation darstellen würde. Die beiden in Folie 2 gezeigten Controller garantieren, dass zu jeder Zeit vollinhaltlich und in Echtzeit zwei aktive Systeme vorhanden sind. Im Störfall ergibt sich bei beiden in Folie 2 dargestellten Systemen kein zeitlicher Unterschied, weil beide Controller gänzlich und zu jedem Zeitpunkt aktiv sind. Die rechte Grafik auf Folie 2 zeigt das angebotene System von römisch 40 (der ASt). Die linke Grafik auf Folie 2 zeigt das angebotene System von römisch 40 (präs. ZE).

XXXX : XXXX behauptet, dass alle Kommandovorgänge von Controller 1 und Controller 2 selbständig und parallel bearbeitet werden, während römisch 40 : römisch 40 behauptet, dass alle Kommandovorgänge von Controller 1 und Controller 2 selbständig und parallel bearbeitet werden, während

XXXX die Bearbeitung durch einen Master-Controller durchführt, während der andere Controller diesen selbständigen Vorgang nur aktiv überwacht, aber nicht selbständig durchführt. Der Master-Controller ist derjenige, der den Zuteilungsvorgang steuert, während der zweite, der Slave-Controller, den Master diesbezüglich nur überwacht und kontrolliert und spiegelt. Wir haben das untersucht und sind zur Auffassung gekommen, dass das Master-Slave-Verhältnis bei beiden Systemen, also auch bei XXXX , vorliegt. römisch 40 die Bearbeitung durch einen Master-Controller durchführt, während der andere Controller diesen selbständigen Vorgang nur aktiv überwacht, aber nicht selbständig durchführt. Der Master-Controller ist derjenige, der den Zuteilungsvorgang steuert, während der zweite, der Slave-Controller, den Master diesbezüglich nur überwacht und kontrolliert und spiegelt. Wir haben das untersucht und sind zur Auffassung gekommen, dass das Master-Slave-Verhältnis bei beiden Systemen, also auch bei römisch 40 , vorliegt.

XXXX : Die Folie 3 zeigt eine weitere Detaillierung der Folie 2, die jedoch gegenständlich nicht unbedingt entscheidungsrelevant ist. römisch 40 : Die Folie 3 zeigt eine weitere Detaillierung der Folie 2, die jedoch gegenständlich nicht unbedingt entscheidungsrelevant ist.

R: Was verstehen Sie unter einer echten Active/Active Architektur und warum wurde dieser Begriff gewählt?

XXXX : Wir wollten eine Active/Active Architektur beschaffen, wie sie in Folie 2 dargestellt wird. Der Begriff "echt" wurde gewählt, um zu unterstreichen, dass eine Active/Active Architektur beschafft werden soll und keinesfalls eine Active/Passive-Architektur. Mit dem Begriff "echt" sollte also verhindert werden, dass eine Active/Passive-Architektur angeboten wird. Der Begriff "echt" im Zusammenhang mit Active/Active Architekturen wird in der Fachsprache nicht verwendet. Im Zuge des Vergabeverfahrens wurde auch von keinem Bieter der Begriff "echt" im Zusammenhang mit der Active/Active Architektur hinterfragt bzw. dazu Fragen gestellt. römisch 40 : Wir wollten eine Active/Active Architektur beschaffen, wie sie in Folie 2 dargestellt wird. Der Begriff "echt" wurde gewählt, um zu unterstreichen, dass eine Active/Active Architektur beschafft werden soll und keinesfalls eine Active/Passive-Architektur. Mit dem Begriff "echt" sollte also verhindert werden, dass eine Active/Passive-Architektur angeboten wird. Der Begriff "echt" im Zusammenhang mit Active/Active Architekturen wird in der Fachsprache nicht verwendet. Im Zuge des Vergabeverfahrens wurde auch von keinem Bieter der Begriff "echt" im Zusammenhang mit der Active/Active Architektur hinterfragt bzw. dazu Fragen gestellt.

R: Stimmt diese letzte Feststellung, dass zum Begriff echte Active/Active Architektur im Vergabeverfahren von dem jeweiligen Bieter keine Frage, wie dieser Begriff zu verstehen ist, gestellt wurde?

R: Sowohl ASt, als auch Präs. ZE bestätigen, dass diese Feststellung stimmt.

R: Wird der Begriff "echt" im Zusammenhang mit Active/Active Architekturen in der Fachsprache verwendet?

Die Parteien verneinen, dass "echt" in der Fachsprache in diesem Zusammenhang verwendet wird.

XXXX : Das Angebot der präs. ZE hat das diesbezügliche Muss-Kriterium zweifelsfrei und uneingeschränkt erfüllt, weil zwei gänzlich und jederzeit arbeitende Controller redundant aktiv und vorhanden sind und weil das Ziel der AG keine zeitlichen Nachteile bei Störungen, Ausfälle zu haben, vollständig erfüllt ist. römisch 40 : Das Angebot der präs. ZE hat das diesbezügliche Muss-Kriterium zweifelsfrei und uneingeschränkt erfüllt, weil zwei gänzlich und jederzeit arbeitende Controller redundant aktiv und vorhanden sind und weil das Ziel der AG keine zeitlichen Nachteile bei Störungen, Ausfälle zu haben, vollständig erfüllt ist.

XXXX : Aus Sicht der ASt gibt es grundsätzlich 2 unterschiedliche Storage-Architekturen. Es gibt einerseits die echte, bzw. symmetrische Active/Active-Storage-Controller Architektur, wie sie in Folie 2, rechte Grafik, dargestellt ist. Die zweite Architektur ist die Active/Passive Architektur. Hier gibt es nur einen aktiven Controller. Das ist die linke Seite auf der Folie 2. Wenn dieser aktive Controller ausfällt, kommt es zu einem sogenannten Failover, das heißt, dass es zu einem Ausfall von bis zu 60 Sekunden kommen kann, und der andere Controller aktiv ist und das System übernehmen kann. Der Fachausdruck für diese 60 Sekunden Time-Out lautet: römisch 40 : Aus Sicht der ASt gibt es grundsätzlich 2 unterschiedliche Storage-Architekturen. Es gibt einerseits die echte, bzw. symmetrische Active/Active-Storage-Controller Architektur, wie sie in Folie 2, rechte Grafik, dargestellt ist. Die zweite Architektur ist die Active/Passive Architektur. Hier gibt es nur einen aktiven Controller. Das ist die linke Seite auf der Folie 2. Wenn dieser aktive Controller ausfällt, kommt es zu einem sogenannten Failover, das heißt, dass es zu einem Ausfall von bis zu 60 Sekunden kommen kann, und der andere Controller aktiv ist und das System übernehmen kann. Der Fachausdruck für diese 60 Sekunden Time-Out lautet:

SCSI-Time-Out. Dieser Failover wird vom Server der präs. ZE gemacht und nicht vom Storage selbst. Bei dem System der Antragstellerin sind keinerlei Treiber oder zusätzliche Software erforderlich. Das System der präs. ZE beruht auf einer ALUA-Storage-Controll-Architektur. Das ist eine asymmetrische Architektur, wobei es jeweils einen Master-Controller gibt und einen Slave-Controller. Dies wird in der von uns vorgelegten Beilage M, S 312, von der präs. ZE selbst so dargestellt. Der wesentliche Unterschied zwischen den Angeboten der ASt und der präs. ZE besteht darin, dass es bei dem System der ASt zwei Master-Controller gibt, während es beim Angebot der präs. ZE einen Master und einen Slave-Controller gibt und der Slave-Controller nur dann zum Einsatz kommt, wenn der Master-Controller ausfällt und der Server dem Slave sagt, er soll einspringen. Beim System der ASt brauchen wir für den Failover keinen Server, weil beide Master-Controller immer aktiv sind und die Daten daher symmetrisch im Sinne von echt, abgeglichen werden. Aus diesem Grund ist der im Kriterienkatalog 3a zu Storage 5 ausgewiesene Satz "Verfügt das Storage System über redundante Controller mit einer echten Active/Active Architektur", von einem redlichen sachkundigen Erklärungsempfänger zwingend nur so zu verstehen, dass eine symmetrische Active/Active Architektur (siehe Folie 2, rechtes Bild), angeboten werden muss.

XXXX : Ausgeschrieben war eine echte Active/Active Architektur, wobei es diesen Begriff in der Fachsprache nicht gibt. Zur Frage, ob die Architektur symmetrisch oder asymmetrisch zu sein hat, trifft die bestandsfeste Ausschreibungsunterlage keine Festlegung. Die von der präs. ZE angebotene Architektur unterstützt sowohl symmetrische, als auch asymmetrische Architekturen. Der Einwand der ASt, dass es beim Angebot der präs. ZE einen Owning-Controller (Schriftsatz 26. Juli, S 5), geben soll und einen Working-Controller, ist unzutreffend, weil die Working-Controller, welche die Datenverarbeitung übernehmen, mehrfach in einem System vorhanden sein können. Das bedeutet, dass die von der präs. ZE angebotene Architektur ein symmetrisches System aufweist. Die von der präs. ZE angebotene Architektur arbeitet daher in Echtzeit, weshalb die behaupteten Verzögerungen von bis zu 60 Sekunden nicht auftreten können. Unsere Architektur entspricht daher der rechten Grafik auf Folie 2 (System mit symmetrischen Controllern). Unser System kann jedoch auch so konfiguriert werden, dass es dem System der Folie 2 linke Seite (System mit asymmetrischen Controllern) entspricht. Entscheidend ist die Konfiguration des Systems. Im Falle der ÖBB gibt es nur 2 Controller, weshalb das System immer vollsymmetrisch läuft, wie in der rechten Grafik der Folie 2 zu sehen ist. Daher kommen auch die Fehlerlaufzeiten nicht zum Tragen. römisch 40 : Ausgeschrieben war eine

echte Active/Active Architektur, wobei es diesen Begriff in der Fachsprache nicht gibt. Zur Frage, ob die Architektur symmetrisch oder asymmetrisch zu sein hat, trifft die bestandsfeste Ausschreibungsunterlage keine Festlegung. Die von der präs. ZE angebotene Architektur unterstützt sowohl symmetrische, als auch asymmetrische Architekturen. Der Einwand der ASt, dass es beim Angebot der präs. ZE einen Owning-Controller (Schriftsatz 26. Juli, S 5), geben soll und einen Working-Controller, ist unzutreffend, weil die Working-Controller, welche die Datenverarbeitung übernehmen, mehrfach in einem System vorhanden sein können. Das bedeutet, dass die von der präs. ZE angebotene Architektur ein symmetrisches System aufweist. Die von der präs. ZE angebotene Architektur arbeitet daher in Echtzeit, weshalb die behaupteten Verzögerungen von bis zu 60 Sekunden nicht auftreten können. Unsere Architektur entspricht daher der rechten Grafik auf Folie 2 (System mit symmetrischen Controllern). Unser System kann jedoch auch so konfiguriert werden, dass es dem System der Folie 2 linke Seite (System mit asymmetrischen Controllern) entspricht. Entscheidend ist die Konfiguration des Systems. Im Falle der ÖBB gibt es nur 2 Controller, weshalb das System immer vollsymmetrisch läuft, wie in der rechten Grafik der Folie 2 zu sehen ist. Daher kommen auch die Fehlerlaufzeiten nicht zum Tragen.

XXXX fragt die präs. ZE: Warum wird dann ein ALUA-Treiber benötigt, das ist ein asymmetrischer logical Unit-Access am Server, obwohl das System angeblich symmetrisch ist?römisches 40 fragt die präs. ZE: Warum wird dann ein ALUA-Treiber benötigt, das ist ein asymmetrischer logical Unit-Access am Server, obwohl das System angeblich symmetrisch ist?

XXXX : Es wurde gefordert, dass ausschließlich Betriebssystem-eigene Treiber benutzt werden dürfen. ALUA stellt den kleinsten gemeinsamen Nenner dar, welcher von Microsoft-Windows und LINUX unterstützt wird. Des Weiteren unterstützt ALUA auch einen Round-Robin-Modus, bei dem beide Controller abwechselnd angesprochen werden. Das ist ein Active-Active-System. Es kann bei unserem System zu einem Time-Out, je nach Konfiguration von 30 Millisekunden bis 60 Sekunden kommen. Im konkreten Fall wäre eine Konfiguration empfehlenswert, bei welcher das Time-Out maximal 200 Millisekunden beträgt. Es kann aber auch bei dem System der Antragstellerin zu einem Timeout kommen.römisches 40 : Es wurde gefordert, dass ausschließlich Betriebssystem-eigene Treiber benutzt werden dürfen. ALUA stellt den kleinsten gemeinsamen Nenner dar, welcher von Microsoft-Windows und LINUX unterstützt wird. Des Weiteren unterstützt ALUA auch einen Round-Robin-Modus, bei dem beide Controller abwechselnd angesprochen werden. Das ist ein Active-Active-System. Es kann bei unserem System zu einem Time-Out, je nach Konfiguration von 30 Millisekunden bis 60 Sekunden kommen. Im konkreten Fall wäre eine Konfiguration empfehlenswert, bei welcher das Time-Out maximal 200 Millisekunden beträgt. Es kann aber auch bei dem System der Antragstellerin zu einem Timeout kommen.

XXXX : Bei dem System der ASt kommt es zu keinem Timeout. Das System ist voll im Echtzeitbetrieb und es liegt somit eine echte Active/Active Architektur vor.römisches 40 : Bei dem System der ASt kommt es zu keinem Timeout. Das System ist voll im Echtzeitbetrieb und es liegt somit eine echte Active/Active Architektur vor.

XXXX : Für uns sind diese Timeout-Zeiten grundsätzlich irrelevant, weil es bei diesen Timeout-Zeiten von wenigen Millisekunden zu keinen betriebskritischen Situationen kommen kann.römisches 40 : Für uns sind diese Timeout-Zeiten grundsätzlich irrelevant, weil es bei diesen Timeout-Zeiten von wenigen Millisekunden zu keinen betriebskritischen Situationen kommen kann.

XXXX : Welches System hat die präs. ZE angeboten?römisches 40 : Welches System hat die präs. ZE angeboten?

XXXX : Wie wir heute gehört haben, sind beide Systeme angeboten worden. Es war nicht Teil der Angebotsprüfung, diesbezüglich zu unterscheiden.römisches 40 : Wie wir heute gehört haben, sind beide Systeme angeboten worden. Es war nicht Teil der Angebotsprüfung, diesbezüglich zu unterscheiden.

R unterbricht um 12:46 Uhr die Verhandlung.

Fortsetzung: 12:56 Uhr.

XXXX : Die redlichen Verkehrskreise können unter echter Active/Active Architektur nur eine symmetrische Architektur ohne Timeouts verstehen. Die AG ist im Rahmen ihrer Angebotsprüfung davon ausgegangen, dass die präs. ZE ein asymmetrisches System angeboten hat. Dies ergibt sich schon aus ihren Schriftsätzen. Daher ist in eventu jedenfalls die Einschaltung eines technischen Sachverständigen der Informationstechnik erforderlich, um zu klären, was die präs. ZE angeboten hat und ob das angebotene System über echte Active/Active Architektur verfügt oder nicht."römisches 40 :

Die redlichen Verkehrskreise können unter echter Active/Active Architektur nur eine symmetrische Architektur ohne Timeouts verstehen. Die AG ist im Rahmen ihrer Angebotsprüfung davon ausgegangen, dass die präs. ZE ein asymmetrisches System angeboten hat. Dies ergibt sich schon aus ihren Schriftsätzen. Daher ist in eventu jedenfalls die Einschaltung eines technischen Sachverständigen der Informationstechnik erforderlich, um zu klären, was die präs. ZE angeboten hat und ob das angebotene System über echte Active/Active Architektur verfügt oder nicht."

Zu dem Kriterium "Storage.11" wurde in der mündlichen Verhandlung Folgendes ausgeführt:

" XXXX : Bei dem Kriterium "Storage.11" geht es uns darum, dass nur eine Betriebssystem-eigener Failover-Treiber für den Fall eines Failovers (= Störfall), und nicht eine spezielle Software des Storage System-Herstellers zusätzlich eingesetzt wird. Das Angebot der präs. ZE erfüllt dieses Kriterium. Dies wurde bei der präs. ZE von uns angefragt und mit Fragenbeantwortung vom 04.05.2017 (Beilage 1 unseres Schreibens vom 10.07.2017 = Beilage 3 des Schreibens der präs. ZE) von der präs. ZE bestätigt. Das System der präs. ZE unterstützt den ALUA-Treiber. Der ALUA-Treiber ist ein Betriebssystem-eigener Failover-Treiber im Sinne unseres Kriteriums Storage.11." römisch 40 : Bei dem Kriterium "Storage.11" geht es uns darum, dass nur eine Betriebssystem-eigener Failover-Treiber für den Fall eines Failovers (= Störfall), und nicht eine spezielle Software des Storage System-Herstellers zusätzlich eingesetzt wird. Das Angebot der präs. ZE erfüllt dieses Kriterium. Dies wurde bei der präs. ZE von uns angefragt und mit Fragenbeantwortung vom 04.05.2017 (Beilage 1 unseres Schreibens vom 10.07.2017 = Beilage 3 des Schreibens der präs. ZE) von der präs. ZE bestätigt. Das System der präs. ZE unterstützt den ALUA-Treiber. Der ALUA-Treiber ist ein Betriebssystem-eigener Failover-Treiber im Sinne unseres Kriteriums Storage.11.

XXXX : Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe hat die präs. ZE noch nicht über den ALUA-Treiber-Support und auch über die Zertifizierung der Firma VMware verfügt, welche den Support vornimmt.römisch 40 : Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe hat die präs. ZE noch nicht über den ALUA-Treiber-Support und auch über die Zertifizierung der Firma VMware verfügt, welche den Support vornimmt.

XXXX : Die präs. ZE verfügt seit ungefähr drei Jahren über die Zertifizierung seitens VM-ware zur Nutzung des ALUA-Treibers. Wir haben dies der AG gegenüber nachgewiesen durch Vorlage einer Internet-Adresse von VMware. Dieser Nachweis erfolgte allerdings nicht im Zusammenhang mit dem Kriterium Storage.11, sondern Storage.36.römisch 40 : Die präs. ZE verfügt seit ungefähr drei Jahren über die Zertifizierung seitens VM-ware zur Nutzung des ALUA-Treibers. Wir haben dies der AG gegenüber nachgewiesen durch Vorlage einer Internet-Adresse von VMware. Dieser Nachweis erfolgte allerdings nicht im Zusammenhang mit dem Kriterium Storage.11, sondern Storage.36.

Wir haben der AG folgenden Link mit Schreiben vom 22.05.2017 geschickt: Dies ist auch Beilage 2 zum heute von der AG vorgelegten Schreiben vom 30. Juli 2017:

Bild kann nicht dargestellt werden

Vernommen wird Herr XXXX als Zeuge und wahrheitsbelehrt.Vernommen wird Herr römisch 40 als Zeuge und wahrheitsbelehrt:

XXXX : Mein Name ist XXXX . Ich bin am XXXX geboren und wohnhaft in XXXX . Ich bin angestellt bei der Firma XXXX als Solutions Sales Manager. Ich bin dafür zuständig, die gegenständliche Ausschreibung inhaltlich zu betreuen.römisch 40 : Mein Name ist römisch 40 . Ich bin am römisch 40 geboren und wohnhaft in römisch 40 . Ich bin angestellt bei der Firma römisch 40 als Solutions Sales Manager. Ich bin dafür zuständig, die gegenständliche Ausschreibung inhaltlich zu betreuen.

R: Seit wann verfügt die Firma XXXX über den ALUA-Treiber-Support und auch über die Zertifizierung der Firma VMware?R: Seit wann verfügt die Firma römisch 40 über den ALUA-Treiber-Support und auch über die Zertifizierung der Firma VMware?

XXXX : Wir haben das Storage-System OceanStore5500v3, angeboten. Seit ca. 2015 bieten wir dieses Storage-System am Markt an und seit diesem Zeitpunkt unterstützt es den ALUA-Treiber. Der Zertifizierungszeitpunkt der Firma VMware ist mir nicht bekannt.römisch 40 : Wir haben das Storage-System OceanStore5500v3, angeboten. Seit ca. 2015 bieten wir dieses Storage-System am Markt an und seit diesem Zeitpunkt unterstützt es den ALUA-Treiber. Der Zertifizierungszeitpunkt der Firma VMware ist mir nicht bekannt.

Der ALUA-Treiber ist ein Teil des Betriebssystem Microsoft-Windows. Es wurde seitens der ÖBB keine Zertifizierung verlangt, sondern nur ein Nachweis, dass ALUA unterstützt wird. Neben unserer internen Dokumentation haben wir

auch die Zertifizierung seitens VMware dazu geholt. Der ALUA-Treiber hat nichts mit VMware zu tun.

XXXX : Wann wurde die Software der präs. ZE namens Ultrapath von VMware zertifiziert?
römisch 40 : Wann wurde die Software der präs. ZE namens Ultrapath von VMware zertifiziert?

XXXX : Ich kann dazu auch kein genaues Datum angeben, aber normalerweise findet eine solche Zertifizierung im Rahmen der Gesamtzertifizierung des Systems statt. Wann dies stattfand, weiß ich nicht.
römisch 40 : Ich kann dazu auch kein genaues Datum angeben, aber normalerweise findet eine solche Zertifizierung im Rahmen der Gesamtzertifizierung des Systems statt. Wann dies stattfand, weiß ich nicht.

Zeugenbefragung wird um 13:57 Uhr beendet.

VR: Gibt es noch Vorbringen zum Storage.11 Problem?

XXXX : Nach Ansicht der ASt muss hierzu, um die Funktionalität gewährleisten zu können, die zusätzliche Software Ultrapath der präs. ZE eingesetzt werden und somit entspricht das System nicht der Mindestanforderung der Ausschreibung Storage.11.
römisch 40 : Nach Ansicht der ASt muss hierzu, um die Funktionalität gewährleisten zu können, die zusätzliche Software Ultrapath der präs. ZE eingesetzt werden und somit entspricht das System nicht der Mindestanforderung der Ausschreibung Storage.11.

XXXX : Das Vorbringen von XXXX ist falsch. Eine zusätzliche Software wird für die geforderte Funktionalität nicht gebraucht. Das Kriterium Storage.11 hat nichts mit VMware zu tun.
römisch 40 : Das Vorbringen von römisch 40 ist falsch. Eine zusätzliche Software wird für die geforderte Funktionalität nicht gebraucht. Das Kriterium Storage.11 hat nichts mit VMware zu tun.

XXXX : Dies entspricht auch der Beilage 1 unseres Schreibens vom 12. Juli 2017. In der Beilage 1 unter Punkt J wurde diese Aufklärung schon vollständig getätigt.
römisch 40 : Dies entspricht auch der Beilage 1 unseres Schreibens vom 12. Juli 2017. In der Beilage 1 unter Punkt J wurde diese Aufklärung schon vollständig getätigt.

XXXX : Die Antragstellerin weist darauf hin, dass die AG heute selbst in Folie 1 ein VMware-Cluster ausgewiesen hat und keinen Windows- oder Linux-Cluster.
römisch 40 : Die Antragstellerin weist darauf hin, dass die AG heute selbst in Folie 1 ein VMware-Cluster ausgewiesen hat und keinen Windows- oder Linux-Cluster.

XXXX : Das in Folie 1 dargestellte Beispiel ist ein Anwendungsfall des Systems. Es gibt aber andere Anwendungsfälle, in denen Windows und Linux betrieben wird. Außerdem handelt es sich bei Folie 1 nur um eine Folie im Rahmen der heutigen Verhandlung zur Veranschaulichung und nicht um einen Teil der Ausschreibung.
römisch 40 : Das in Folie 1 dargestellte Beispiel ist ein Anwendungsfall des Systems. Es gibt aber andere Anwendungsfälle, in denen Windows und Linux betrieben wird. Außerdem handelt es sich bei Folie 1 nur um eine Folie im Rahmen der heutigen Verhandlung zur Veranschaulichung und nicht um einen Teil der Ausschreibung."

Zu dem Kriterium "Management 4" wurde in der mündlichen Verhandlung Folgendes ausgeführt:

" XXXX : Wir haben noch einen weiteren Grund vorzubringen, warum das Angebot der präs. ZE auszuschließen wäre: In der Anfragebeantwortung von XXXX vom 04.05.2017 (Beilage 3 zu OZ 9, Beilage 1 zum Schriftsatz OZ10) zu Punkt 2.f. wird das Musskriterium MGMT.4. erwähnt. Das ist das Kriterium Management 4. Dieses Kriterium lautet: "Ist die Management-Software in der Lage die aktiven Rack-Komponenten zu überwachen (intelligente PDUs)?" In der Anfragebeantwortung schreibt die präs. ZE, dass noch Entwicklungs- und Integrationsaufgaben umzusetzen sind, um diesen Punkt zu erfüllen. Dieses Muss-Kriterium MGMT.4. ist daher zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht erfüllt worden und die präs. ZE wäre daher aus diesem Grunde auszuschließen gewesen."
römisch 40 : Wir haben noch einen weiteren Grund vorzubringen, warum das Angebot der präs. ZE auszuschließen wäre: In der Anfragebeantwortung von römisch 40 vom 04.05.2017 (Beilage 3 zu OZ 9, Beilage 1 zum Schriftsatz OZ10) zu Punkt 2.f. wird das Musskriterium MGMT.4. erwähnt. Das ist das Kriterium Management 4. Dieses Kriterium lautet: "Ist die Management-Software in der Lage die aktiven Rack-Komponenten zu überwachen (intelligente PDUs)?" In der Anfragebeantwortung schreibt die präs. ZE, dass noch Entwicklungs- und Integrationsaufgaben umzusetzen sind, um diesen Punkt zu erfüllen. Dieses Muss-Kriterium MGMT.4. ist daher zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht erfüllt worden und die präs. ZE wäre daher aus diesem Grunde auszuschließen gewesen."

XXXX : Um alle Kriterien der Ausschreibung zu erfüllen, mussten wir auch auf einen Hersteller für intelligente Stromleisten zurückgreifen. Punkt MGMT.4. des Kriterienkatalogs verlangt, dass diese Stromleisten überwacht werden

können seitens des angebotenen Management-Systems. Unser Management-System unterstützt das Überwachungsprotokoll, welche seitens dieser Stromleisten zur Verfügung gestellt wird. SNMP heißt das Überwachungsprotokoll. Die Kompatibilität der angebotenen Stromleisten mit dem angebotenen Überwachungssystem war zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots schon gegeben und wurde im Nachhinein von unserer Entwicklungsabteilung zusätzlich bestätigt und demonstriert. römisch 40 : Um alle Kriterien der Ausschreibung zu erfüllen, mussten wir auch auf einen Hersteller für intelligente Stromleisten zurückgreifen. Punkt MGMT.4. des Kriterienkatalogs verlangt, dass diese Stromleisten überwacht werden können seitens des angebotenen Management-Systems. Unser Management-System unterstützt das Überwachungsprotokoll, welche seitens dieser Stromleisten zur Verfügung gestellt wird. SNMP heißt das Überwachungsprotokoll. Die Kompatibilität der angebotenen Stromleisten mit dem angebotenen Überwachungssystem war zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots schon gegeben und wurde im Nachhinein von unserer Entwicklungsabteilung zusätzlich bestätigt und demonstriert.

XXXX : Das Vorbringen von XXXX wird bestätigt. römisch 40 : Das Vorbringen von römisch 40 wird bestätigt.

XXXX : Festgehalten wird seitens der Ast, dass die Integration der intelligenten PDUS am 04.05.2017 und somit zu einem Zeitpunkt nach der Angebotsabgabe in das Produkt der präs. ZE noch nicht stattgefunden hat. römisch 40 : Festgehalten wird seitens der Ast, dass die Integration der intelligenten PDUS am 04.05.2017 und somit zu einem Zeitpunkt nach der Angebotsabgabe in das Produkt der präs. ZE noch nicht stattgefunden hat.

XXXX : Dies wird bestritten. römisch 40 : Dies wird bestritten.

Zu der Frage der unterlassenen vertieften Angebotsprüfung wurde in der mündlichen Verhandlung Folgendes ausgeführt:

"R: Hat eine vertiefte Angebotsprüfung bezüglich des Angebots der präs. ZE stattgefunden?

XXXX : Nein. Eine vertiefte Angebotsprüfung hat nicht stattgefunden. Wir haben pro Runde eine Angebotsprüfung gemacht. Wir haben 3 Angebotsrunden gehabt, erste, zweite und Schlussrunde. Wir haben pro Preisblatt (= zwölf Stück) jede Position auf Schlüssigkeit geprüft bei jedem Anbieter. römisch 40 : Nein. Eine vertiefte Angebotsprüfung hat nicht stattgefunden. Wir haben pro Runde eine Angebotsprüfung gemacht. Wir haben 3 Angebotsrunden gehabt, erste, zweite und Schlussrunde. Wir haben pro Preisblatt (= zwölf Stück) jede Position auf Schlüssigkeit geprüft bei jedem Anbieter.

R: Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. 5,6 Millionen Euro, der Angebotspreis der präs. ZE beträgt ca. 4 Millionen Euro, liegt also deutlich unter dem geschätzten Auftragswert. Hat diese Differenz Sie zu einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 268 BVerG veranlasst? R: Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. 5,6 Millionen Euro, der Angebotspreis der präs. ZE beträgt ca. 4 Millionen Euro, liegt also deutlich unter dem geschätzten Auftragswert. Hat diese Differenz Sie zu einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 268, BVerG veranlasst?

XXXX : Nein. Die unklaren oder die auffälligen Preispositionen wurden in der mündlichen Verhandlung mit der präs. ZE und allen anderen Bietern angesprochen und geklärt. Grundsätzlich entspricht das Angebot den Vorgaben und ist schlüssig und konsistent und spiegelt ein Unternehmen wider, das relativ neu am Markt ist und auch in der Studie von Gartner zu ServerStorage-Systemen wird gezeigt, dass XXXX Marktanteile gewinnt. XXXX stellt selbst in China her und hat daher ein niedrigeres Preisniveau, als die etablierten Hersteller. Die chinesischen Hersteller wollen auf den Markt kommen und dadurch sind die Aufschläge niedriger als bei etablierten Herstellern. Chinesische Hersteller haben niedrigere Lohnkosten als amerikanische Hersteller und haben daher mindestens einen 20-25%igen Preisvorteil gegenüber US-amerikanischen Herstellern. Dies haben wir schon bei mehreren Ausschreibungen erlebt. XXXX stellt die angebotenen Produkte selbst her und muss sie nicht zukaufen. römisch 40 : Nein. Die unklaren oder die auffälligen Preispositionen wurden in der mündlichen Verhandlung mit der präs. ZE und allen anderen Bietern angesprochen und geklärt. Grundsätzlich entspricht das Angebot den Vorgaben und ist schlüssig und konsistent und spiegelt ein Unternehmen wider, das relativ neu am Markt ist und auch in der Studie von Gartner zu ServerStorage-Systemen wird gezeigt, dass römisch 40 Marktanteile gewinnt. römisch 40 stellt selbst in China her und hat daher ein niedrigeres Preisniveau, als die etablierten Hersteller. Die chinesischen Hersteller wollen auf den Markt kommen und dadurch sind die Aufschläge niedriger als bei etablierten Herstellern. Chinesische Hersteller haben niedrigere Lohnkosten als amerikanische Hersteller und haben daher mindestens einen 20-25%igen Preisvorteil gegenüber US-amerikanischen Herstellern. Dies haben wir schon bei mehreren Ausschreibungen erlebt. römisch 40 stellt die angebotenen Produkte selbst her und muss sie nicht zukaufen.

XXXX : Der Markt wird nicht durch den Angebotspreis der präs. ZE wiedergespiegelt, sondern durch Punkt 16.2-4. des Schriftsatzes der AG vom 05. Juli 2017.römisch 40 : Der Markt wird nicht durch den Angebotspreis der präs. ZE wiedergespiegelt, sondern durch Punkt 16.2-4. des Schriftsatzes der AG vom 05. Juli 2017.

XXXX wird eine Kopie der OZ 8 ausgehändigt.römisch 40 wird eine Kopie der OZ 8 ausgehändigt.

XXXX legt 2 Dokumente vor.römisch 40 legt 2 Dokumente vor.

XXXX : Aus den vorgelegten Dokumenten, dass eine vertiefte Angebotsprüfung nicht erforderlich ist, weil der Preis der präs. ZE ein marktüblicher ist. Ein derartiger Preisunterschied ist im IT-Markt üblich und hat sich im Rahmen anderer Vergabeverfahren bei 20-25 anderen Angeboten gezeigt (Monitore, PC-Systeme, Smartphones, Netzwerk).römisch 40 : Aus den vorgelegten Dokumenten, dass eine vertiefte Angebotsprüfung nicht erforderlich ist, weil der Preis der präs. ZE ein marktüblicher ist. Ein derartiger Preisunterschied ist im IT-Markt üblich und hat sich im Rahmen anderer Vergabeverfahren bei 20-25 anderen Angeboten gezeigt (Monitore, PC-Systeme, Smartphones, Netzwerk).

XXXX : Es ist allgemein bekannt, dass chinesische Anbieter unterpreisige Angebote legen, um strategisch Märkte zu erobern. Dies ist zum Nachteil des Marktes und des legitimen Wettbewerbs. Die AG hätte daher eine gesetzlich vorgegebene vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen und das vorliegende Angebot der präs. ZE wegen Unterpreisigkeit ausschließen müssen.römisch 40 : Es ist allgemein bekannt, dass chinesische Anbieter unterpreisige Angebote legen, um strategisch Märkte zu erobern. Dies ist zum Nachteil des Marktes und des legitimen Wettbewerbs. Die AG hätte daher eine gesetzlich vorgegebene vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen und das vorliegende Angebot der präs. ZE wegen Unterpreisigkeit ausschließen müssen.

XXXX : Diese absurde Behauptung wird zurückgewiesen. Unsere Preise sind schlüssig und wir geben Preisvorteile nur an die Kunden weiter.römisch 40 : Diese absurde Behauptung wird zurückgewiesen. Unsere Preise sind schlüssig und wir geben Preisvorteile nur an die Kunden weiter.

R: Worin bestehen die Preisvorteile?

XXXX : Durch die Eigenproduktion.'römisch 40 : Durch die Eigenproduktion."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin, die ÖBB Infrastruktur Aktiengesellschaft, schrieb die gegenständliche Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer für eine siebenjährige Laufzeit aus (CPV-Code: 48820000-2). Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 5.682.000,-- ohne USt.

Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Letztangebot. Das Angebot wurde nicht ausgeschieden.

Mit als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung" bezeichnetem Schreiben (E-Mail) vom 20.06.2017 wurde der Antragstellerin unter Bekanntgabe der Punkte für die Kriterien "Preis" und "Qualität" mitgeteilt, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag der XXXX erteilen zu wollen.Mit als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung" bezeichnetem Schreiben (E-Mail) vom 20.06.2017 wurde der Antragstellerin unter Bekanntgabe der Punkte für die Kriterien "Preis" und "Qualität" mitgeteilt, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag der römisch 40 erteilen zu wollen.

Es wurde weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen bzw ein Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

(Schreiben der Auftraggeberin vom 05.07.2017)

Eine vertiefte Angebotsprüfung iSd § 268 BVergG wurde nicht durchgeführtEine vertiefte Angebotsprüfung iSd Paragraph 268, BVergG wurde nicht durchgeführt.

(Aussage des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung)

Die Ausschreibungsunterlage "Anlage 3a – Kriterienkatalog" lautet unter der Überschrift "K.O. Kriterien (= Musanforderungen bzw. MUSS Forderung)" auszugsweise wie folgt:

"Storage.5" "Verfügt das Storage System über redundante Controller mit einer echten Active/Active Architektur?"

"Storage.11" "Erlaubt das Storage System den Einsatz der Betriebssystem-eigenen Failover Treiber? - der Einsatz von spezieller Software des Storage System Herstellers ist nicht zulässig"

"Mgmt.4" "Ist die Management-Software in der Lage die aktiven Rack-Komponenten zu überwachen (intelligente PDUs)?"

(Ausschreibungsunterlage Anlage 3a – Kriterienkatalog)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

Allfällige Rechtswidrigkeiten einer bestandsfesten Entscheidung dürfen von der Vergabekontrollbehörde im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht aufgegriffen werden (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029).

3. a) Zu dem Kriterium "Storage.5":

Die Antragstellerin brachte dazu zusammengefasst vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin das Musskriterium der Ausschreibung "Storage.5" "Verfügt das Storage System über redundante Controller mit einer echten Active/Active Architektur?" nicht erfüllen würde und daher auszuschneiden sei.

Sowohl die Auftraggeberin als auch die präsumtiven Zuschlagsempfängerin geben an, es würde sich beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um einen "echten Active/Active" Controller handeln.

Nachdem die Ausschreibungsunterlage auf einen redundanten "Controller mit einer echten Active/Active Architektur" abstellt ist zu hinterfragen, was darunter zu verstehen ist. Alle Parteien haben in der mündlichen Verhandlung (Verhandlungsschrift Seite 5 unten) einstimmig angegeben, dass der Begriff "echt" im Zusammenhang mit Active/Active Architekturen in der Fachsprache nicht verwendet wird. Die Auftraggeberin hat sich somit in der Ausschreibungsunterlage einer undeutlichen Ausdrucksweise bedient. Die Bieter haben die Ausschreibung nicht angefochten; sie ist somit bestandsfest. Die Bieter haben zu dem Begriff "Controller mit einer echten Active/Active Architektur" an die Auftraggeberin keine Fragen gestellt (Verhandlungsschrift Seite 5 unten).

§ 915 ABGB lautet: Paragraph 915, ABGB lautet:

"Bey einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bey zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§. 869).""Bey einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bey zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (Paragraph 869)."

Da sich die Auftraggeberin in der Ausschreibungsunterlage betreffend das Kriterium "Storage.5" im Sinne des § 915 ABGB einer undeutlichen Ausdrucksweise bedient hat, da dieser Begriff in der Fachsprache in diesem Zusammenhang nicht verwendet wird und somit seine Bedeutung unklar ist, ist das Kriterium zu ihrem Nachteil auszulegen. Dieser Nachteil für die Auftraggeberin besteht im konkreten Fall darin, dass durch das Wort "echt" keine weitere Abgrenzung vorgenommen werden kann, sondern lediglich ein Controller mit einer Active/Active Architektur beschafft wird, ohne näher bestimmt zu sein. Ein Angebot entspricht somit der (bestandsfest gewordenen) Ausschreibungsunterlage, wenn das Storage System über redundante Controller mit einer Active/Active Architektur verfügt. Eine Unterscheidung zwischen symmetrischen und asymmetrischen Architekturen, wie sie von der Antragstellerin vorgebracht wird, findet sich nicht in der Ausschreibungsunterlage und ist daher nicht vorzunehmen. Da sich die Auftraggeberin in der Ausschreibungsunterlage betreffend das Kriterium "Storage.5" im Sinne des Paragraph 915, ABGB einer undeutlichen Ausdrucksweise bedient hat, da dieser Begriff in der Fachsprache in diesem Zusammenhang nicht verwendet wird und

somit seine Bedeutung unklar ist, ist das Kriterium zu ihrem Nachteil auszulegen. Dieser Nachteil für die Auftraggeberin besteht im konkreten Fall darin, dass durch das Wort "echt" keine weitere Abgrenzung vorgenommen werden kann, sondern lediglich ein Controller mit einer Active/Active Architektur beschafft wird, ohne näher bestimmt zu sein. Ein Angebot entspricht somit der (bestandsfest gewordenen) Ausschreibungsunterlage, wenn das Storage System über redundante Controller mit einer Active/Active Architektur verfügt. Eine Unterscheidung zwischen symmetrischen und asymmetrischen Architekturen, wie sie von der Antragstellerin vorgebracht wird, findet sich nicht in der Ausschreibungsunterlage und ist daher nicht vorzunehmen.

Der Experte der Auftraggeberin hat in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig und schlüssig dargelegt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Ausschreibungsunterlage entspricht, dass es sich um redundante Controller mit einer Active/Active Architektur handelt und dass längere Störungen, die eine betriebskritische Situation darstellen würden, vermieden werden.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entspricht daher diesbezüglich der Ausschreibungsunterlage und ist daher diesbezüglich ausschreibungskonform.

3. b) Zu dem Kriterium "Storage.11":

Die Antragstellerin brachte dazu zusammengefasst vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin das Musskriterium der Ausschreibung "Storage.11" "Erlaubt das Storage System den Einsatz der Betriebssystem-eigenen Failover Treiber? - der Einsatz von spezieller Software des Storage System Herstellers ist nicht zulässig" nicht erfüllen würde und daher auszuscheiden sei.

Die Auftraggeberin und die präsumtiven Zuschlagsempfängerin haben dazu übereinstimmend angegeben, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschreibungskonform sei.

Der Experte der Auftraggeberin hat in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig und schlüssig dargelegt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Ausschreibungsunterlage entspricht, weil nur ein Betriebssystem-eigener Failover-Treiber für den Fall eines Failovers (= Störfall) und nicht eine spezielle Software des Storage System-Herstellers zusätzlich eingesetzt wird. Das System der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterstützt den ALUA-Treiber. Der ALUA-Treiber ist ein Betriebssystem-eigener Failover-Treiber im Sinne des Kriteriums Storage.11. Der ALUA-Treiber wird, wie der Zeuge XXXX in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig angegeben hat, seit ca. 2015 von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten. Der Experte der Auftraggeberin hat in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig und schlüssig dargelegt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Ausschreibungsunterlage entspricht, weil nur ein Betriebssystem-eigener Failover-Treiber für den Fall eines Failovers (= Störfall) und nicht eine spezielle Software des Storage System-Herstellers zusätzlich eingesetzt wird. Das System der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterstützt den ALUA-Treiber. Der ALUA-Treiber ist ein Betriebssystem-eigener Failover-Treiber im Sinne des Kriteriums Storage.11. Der ALUA-Treiber wird, wie der Zeuge römisch 40 in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig angegeben hat, seit ca. 2015 von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entspricht daher diesbezüglich der Auslobungsunterlage und ist daher diesbezüglich ausschreibungskonform.

3. c) Zu dem Kriterium "Mgmt.4":

Die Antragstellerin brachte dazu zusammengefasst vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin das Musskriterium der Ausschreibung "Mgmt.4" "Ist die Management-Software in der Lage die aktiven Rack-Komponenten zu überwachen (intelligente PDUs)?" nicht erfüllen würde und daher auszuscheiden sei.

Die Auftraggeberin und die präsumtiven Zuschlagsempfängerin haben dazu übereinstimmend angegeben, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschreibungskonform sei.

Der Experte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig und schlüssig dargelegt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Ausschreibungsunterlage entspricht, weil hier auf einen Hersteller für intelligente Stromleisten zurückgegriffen wurde und die Kompatibilität der angebotenen Stromleisten mit dem angebotenen Überwachungssystem zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots schon gegeben war und im Nachhinein von der Entwicklungsabteilung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zusätzlich bestätigt und demonstriert wurde.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entspricht daher diesbezüglich der Auslobungsunterlage und ist daher diesbezüglich ausschreibungskonform.

3. d) Zu der Frage der unterlassenen vertieften Angebotsprüfung:

Die Antragstellerin brachte dazu zusammengefasst vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen würde und daher die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen hätte müssen.

Die Auftraggeberin gab dazu in der mündlichen Verhandlung an, dass sie keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe, weil der Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein marktüblicher sei.

§ 268 Abs 1 bis 3 BVergG 2006 lauten: Paragraph 268, Absatz eins bis 3 BVergG 2006 lauten:

"(1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Der Sektorenauftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 3 vertieft prüfen, wenn (2) Der Sektorenauftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 3, vertieft prüfen, wenn

1.-Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder

2.-begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(3) Der Sektorenauftraggeber muss vom Bieter eine verbindliche schriftliche – bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische – Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Sektorenauftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigstellungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden."

Der VwGH führt in seinem Erkenntnis vom 22. Juni 2011, 2011/04/0011, unter anderem wie folgt aus:

"Die Voraussetzung des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises ist in § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 (Anmerkung des BVwG: dies entspricht § 268 Abs 2 Z 1 BVergG 2006) angeführt. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) (vgl. Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006- Kommentar (2009) Rz. 28 zu § 125)."Die Voraussetzung des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises ist in Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 (Anmerkung des BVwG: dies entspricht Paragraph 268, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006) angeführt. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) vergleiche Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006- Kommentar (2009) Rz. 28 zu Paragraph 125,).

[]

Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung wäre es Aufgabe des Auftraggebers gewesen, die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen (vgl. hierzu das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, sowie vom heutigen Tage, Zl. 2007/04/0076). Im Rahmen der

vertieften Angebotsprüfung wäre es Aufgabe des Auftraggebers gewesen, die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen vergleiche hierzu das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, sowie vom heutigen Tage, Zl.2007/04/0076).

Die belangte Behörde war im Beschwerdefall befugt, die vorliegende Zuschlagsentscheidung wegen des Unterlassens der gebotenen vertieften Angebotsprüfung durch den Auftraggeber für nichtig zu erklären (vgl. anders das obzitierte hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, mwN, wo durch den Auftraggeber bereits eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden war und der Verwaltungsgerichtshof erkannte, dass es in diesem Fall Aufgabe der Vergabekontrollbehörde gewesen wäre, selbst eine entsprechende Plausibilitätsprüfung vorzunehmen und diese nicht im Wege einer "Kassation" dem Auftraggeber zu übertragen)."Die belangte Behörde war im Beschwerdefall befugt, die vorliegende Zuschlagsentscheidung wegen des Unterlassens der gebotenen vertieften Angebotsprüfung durch den Auftraggeber für nichtig zu erklären vergleiche anders das obzitierte hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, mwN, wo durch den Auftraggeber bereits eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden war und der Verwaltungsgerichtshof erkannte, dass es in diesem Fall Aufgabe der Vergabekontrollbehörde gewesen wäre, selbst eine entsprechende Plausibilitätsprüfung vorzunehmen und diese nicht im Wege einer "Kassation" dem Auftraggeber zu übertragen)."

Im gegenständlichen Fall beträgt der geschätzte Auftragswert ohne USt Euro 5.682.000. Der Gesamtpreis ohne USt im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt Euro 3.955.809,92. Sowohl die Gesamtpreise der Antragstellerin als auch der weiteren zwei Bieter liegen über dem geschätzten Auftragswert. Da somit bereits der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ca. 30 % unter dem geschätzten Auftragswert liegt handelt es sich um eine grobe Abweichung im Sinne des oben genannten VwGH Erkenntnisses, weshalb die Auftraggeberin zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 268 BVergG 2006 verpflichtet gewesen wäre. Die vorliegende "Zuschlagsentscheidung" war daher wegen des Unterlassens der gebotenen vertieften Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin für nichtig zu erklären (VwGH 22. Juni 2011, 2011/04/0011).Im gegenständlichen Fall beträgt der geschätzte Auftragswert ohne USt Euro 5.682.000. Der Gesamtpreis ohne USt im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt Euro 3.955.809,92. Sowohl die Gesamtpreise der Antragstellerin als auch der weiteren zwei Bieter liegen über dem geschätzten Auftragswert. Da somit bereits der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ca. 30 % unter dem geschätzten Auftragswert liegt handelt es sich um eine grobe Abweichung im Sinne des oben genannten VwGH Erkenntnisses, weshalb die Auftraggeberin zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 268, BVergG 2006 verpflichtet gewesen wäre. Die vorliegende "Zuschlagsentscheidung" war daher wegen des Unterlassens der gebotenen vertieften Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin für nichtig zu erklären (VwGH 22. Juni 2011, 2011/04/0011).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

4) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu die im Erkenntnis genannten Erkenntnisse des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu die im Erkenntnis genannten Erkenntnisse des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensgründe, bestandfeste Ausschreibung, Dienstleistungsauftrag, Kalkulation, Leistungsfähigkeit, Lieferauftrag, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, Plausibilität, Preisvergleich, Rahmenvereinbarung, Referenzprojekt, Schaden, Schätzung des Auftragswertes, spekulativer Preis, Unterlassung, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung, Wettbewerb

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W134.2163019.2.00

Zuletzt aktualisiert am

29.08.2017

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at