

TE Bvwg Erkenntnis 2017/5/16 W123 2151680-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.05.2017

Entscheidungsdatum

16.05.2017

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §25

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

- [illegible]

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

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

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

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 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

W123 2151680-2/22E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundige Laienrichter Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX, XXXX 1-8, XXXX, vertreten durch Huber | Berchthold Rechtsanwälte OG, Riemergasse 9/9, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "ELKOS Austria" der Auftraggeber 1. Bund, vertreten durch den Bundesinnenminister für Inneres, Minoritenplatz 9, 1014 Wien und durch das Land Niederösterreich, Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Langenlebarner Straße 106, 3430 Tulln an der Donau, beide vertreten

durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 30.03.2017, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundige Laienrichterin Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der römisch 40, römisch 40 1-8, römisch 40, vertreten durch Huber | Berchthold Rechtsanwälte OG, Riemergasse 9/9, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "ELKOS Austria" der Auftraggeber 1. Bund, vertreten durch den Bundesinnenminister für Inneres, Minoritenplatz 9, 1014 Wien und durch das Land Niederösterreich, Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Langenlebarner Straße 106, 3430 Tulln an der Donau, beide vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 30.03.2017, zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die angefochtene Ausscheidungsentscheidung vom 20.3.2017 für nichtig erklären" wird gemäß §§ 19 Abs. 1, 129 Abs. 1 Z 7 iVm 312 Abs. 2 Z 2 und 320 Abs. 1 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die angefochtene Ausscheidungsentscheidung vom 20.3.2017 für nichtig erklären" wird gemäß Paragraphen 19, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit 312 Absatz 2, Ziffer 2 und 320 Absatz eins, BVergG 2006 abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 30.03.2017, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte – soweit für das gegenständliche Verfahren entscheidungserheblich – insbesondere folgende

Ausscheidungsgründe vor, die aus Ihrer Sicht nicht vorliegen würden:

Hardwareanforderungen Haupt- und Nebenarbeitsplätze sowie

Mithörplätze:

Bei Verwendung von CBB-Lizenzen würden ständige Software-Updates erfolgen und daher die Gefahr von Instabilität eines Systems bestehen. Im Gegensatz dazu würden aber bei LTSB-Lizenzen die Updates erst nach ausreichenden Tests eingespielt, wodurch eine wesentlich höhere Systemverfügbarkeit garantiert sei. Im Grobentwurf zum Umsetzungskonzept habe die Antragstellerin bei den Hardwareanforderungen an diese Arbeitsplätze die Verwendung von LTSB-Lizenzen anstatt beigestellten CBB-Lizenzen empfohlen und mitangeboten. Die Antragstellerin habe LTSB-Lizenzen in gleichartigen Referenzprojekten erfolgreich im Einsatz. Grundsätzlich sei festzuhalten, dass LTSB-Lizenzen teurer als CBB-Lizenzen seien und die Antragstellerin damit den Nachteil eines höheren Preises bewusst für den Qualitätsvorteil ihres Letztangebotes in Kauf genommen habe. Die Antragstellerin habe damit die Anforderungen der Auftraggeber übererfüllt, da diese lediglich ihre vorhandenen CBB-Lizenzen verwenden hätten wollen. Es sei daher nicht zu rechtfertigen, dass die Auftraggeber eine Übererfüllung ihrer Erwartungen als Ausscheidungsgrund darstellen würden. Selbst wenn die Auftraggeber bloß das Mindestmaß ihrer Anforderungen beauftragen wollten, so habe die Antragstellerin sich ausdrücklich zur Erbringung der Mussanforderungen bereit erklärt (Seite 0027 bis 0051 des Letztangebotes).

Option SL 1, SL 2 und SL 3:

Für die gegenständlichen Leistungen seien bestandfest ein Mischpreis (unabhängig von Lohn und Sonstiges) anzugeben gewesen. Nach dem Ende der Angebotsfrist hätten die Auftraggeber Kalkulationsformblätter übermittelt und die Antragstellerin aufgefordert, nach diesen Formblättern eine Kalkulation des bereits gelegten Letztangebotes (samt dessen Urkalkulation) vorzunehmen. Die Antragstellerin habe für die Optionen 1st bis 3rd level support die Kosten für "Gerät und Materialvorhaltung" sowie für "Sonstiges (zB Reisekosten/Spesen)" mit Null angegeben, da diese Preiseanteile weder mit der geforderten Leistung noch mit der Urkalkulation in Einklang zu bringen seien, da

schließlich ein Mischpreis gefordert gewesen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, dass ein nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen ausgepreistes und kalkuliertes Letztangebot an nachträglich geforderten Kalkulationsformblättern gemessen werde. Schwerwiegender sei der Umstand, dass die Auftraggeber mit den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen einen Mischpreis gefordert hätten und dieser im Nachlauf (systemwidrig) in verschiedene Preisanteile (Lohn/Sonstiges) gegliedert werden habe müssen. Die Antragstellerin habe im Zuge der Aufklärung hinreichend plausibel erklärt, dass diese Leistungen für sie nahezu ausschließlich Lohnkosten verursachen würden. Bloß am Rande sei anzumerken, dass die von den Auftraggebern getroffene Unterscheidung zwischen Lohnkosten und "Sonstiges (zB Reisekosten/Spesen)" unsachlich sei.

Option Wartung zentrale Hardware und Wartung sonstige Hardware:

Gemäß Punkt 4.1 (Rz 14) des Wartungsvertrages, Teil D der Ausschreibungsunterlagen, sei unter dem Begriff "Wartung der Hardware-Komponenten" ein optionales Angebot zu legen. Die Antragstellerin sei gemessen am objektiven Erklärungswert davon ausgegangen, dass mit dem Begriff "Wartung der Hardware-Komponenten" der Materialaufwand zu verstehen sei und die Programmierarbeit korrekterweise über die zuvor beschriebene optionale Leistung "Wartung der Software-Komponenten" erfolge. Im nachgereichten Kalkulationsformblatt sei daher die Leistung "Wartung der Hardware-Komponenten" als materiallastiger Preis ohne Lohnkosten ausgewiesen worden, da der weitaus überwiegende Preisanteil die Lieferung von Hardware-Komponenten betreffe. Die Wartung der auf der Hardware befindlichen Software sei gemäß den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen der Leistung "Wartung der Software-Komponenten" zuzurechnen.

2. Mit Schriftsatz vom 12.04.2017 erstatteten die Auftraggeber eine Stellungnahme zum gesamten Antragsvorbringen. Soweit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren entscheidungserheblich brachten die Auftraggeber zu folgenden Ausscheidungsgründen im Wesentlichen vor:

Ausscheidungsgrund "Hardwareanforderungen Haupt- und Nebenarbeitsplätze sowie Mithörplätze":

In der Fragenbeantwortung vom 23.01.2017 (zu Fragen 22 bis 24) sei bestandfest festgelegt worden, dass im BM.I sowie im Land Niederösterreich ausschließlich Current Branch for Business (CBB)-Lizenzen für Arbeitsplätze zum Einsatz kommen sollen. Long-Term Servicing Branch (LTSB)-Lizenzen könnten nicht zur Verfügung gestellt werden. Im Gegensatz zu den Ausführungen der Antragstellerin würde LTSB-Lizenzen die Ausschreibungsunterlagen nicht "übererfüllen".

Ausscheidungsgründe "Service Level SL 1, SL 2, SL 3":

Die Auftraggeber hätten die Antragstellerin ausgeschieden, weil ihr Letztangebot den Kalkulationsvorgaben widersprochen und überdies spekulativ gewesen sei. Darüber hinaus habe sie in den Preispositionen Option SL 1, in der Option SL 2 und in der Position SL 3 gegen die bestandfesten Ausschreibungs- bzw. Kalkulationsvorgaben verstoßen, indem sie jeweils ausschließlich Lohnaufwand, jedoch weder "Geräte und Materialvorhaltung" noch "Sonstiges (z.B. Reisekosten/Spesen)" ausgewiesen habe. Die Antragstellerin habe in ihrer Aufklärung selbst festgehalten, dass Kosten für Geräte und Materialvorhaltung sowie Reisekosten und Spesen anfallen würden, diese aber nicht in den dafür vorgesehenen Preispositionen des Preisblattes ausgewiesen.

Ausscheidungsgründe "Option Wartung zentrale Hardware und Wartung sonstige Hardware":

Die Antragstellerin habe in der Option "Wartung zentrale Hardware" und in der Option "Wartung sonstige Hardware" lediglich "Geräte und Materialvorhaltung" kalkuliert. Sie habe jedoch keinen Lohnaufwand und keine Aufwendungen in der Position "Sonstiges (z.B. Reisekosten/Spesen)" angeführt. Entsprechend der Aufklärung der Antragstellerin vom 24.04.2017 habe sie Kosten nicht in den ausdrücklich vorgesehenen kalkuliert, sondern in anderen Preispositionen umgeschichtet. Die Antragstellerin halte damit selbst ausdrücklich fest, dass die Lohnaufwände anfallen, sie diese aber nicht in den dafür vorgesehenen (optionalen) Preispositionen des Preisblattes für die Wartung der Hardware, sondern in die (teils fix beauftragten) Positionen der einzelnen Service Level des Wartungsvertrages ausgewiesen habe.

3. Am 27.07.2017 erstattete die Antragstellerin eine Replik zur Stellungnahme der Auftraggeber.

Zur Neukalkulation nach Angebotsende verwies die Antragstellerin auf Teil A Aufforderung zur Angebotsabgabe, Randziffer 60. Die Auftraggeber hätten im Zuge der Aufforderung zur Angebotslegung keine Kalkulationsformblätter beigelegt. Die Antragstellerin habe dem nach die zitierte Bestimmung richtigerweise nur so interpretieren können,

dass im Falle der Fälle sie ihre Kalkulationsunterlagen offen legen müsse. Die Auftraggeber könnten sich nicht vorbehalten, unbekannte Kalkulationsformblätter einzufordern. Die Auftraggeber hätten nach Ablauf der Angebotsfrist eigene Kalkulationsformblätter erstellt ausgesendet, wieder überarbeitet und nochmals ausgesendet. Die verpflichtende Verwendung von nachträglich erzeugten und angeforderten Formblättern widerspreche den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen. Die Nachreichung von Kalkulationsformblättern sei als (indirektes) Zugeständnis zu werten, dass die Ausschreibung ursprünglich nicht mit der nötigen Sorgfalt erstellt worden sei.

Zum Nichtvorliegen der behaupteten Ausscheidungsgründe wurde seitens der Antragstellerin – soweit für das Verfahren wesentlich – insbesondere nachfolgendes vorgebracht:

Hardwareanforderungen Haupt- und Nebenarbeitsplätze sowie Mithörplätze:

Einleitend wurde ausgeführt, dass die Argumentation der Auftraggeber aus technischer Sicht falsch sei. Wenn die Auftraggeber in der Stellungnahme vom 12.04.2017 nunmehr argumentieren würden, sie wünschten sich mit CBB-Lizenzen eine gewollte Minderleistung, so stehe dies im krassen Widerspruch dazu, dass mit dieser Beschaffung Menschenleben gerettet, körperliche Sicherheit und Gesundheit von Menschen etc. bewahrt werden solle. Die Verwendung von CBB-Lizenzen habe nur als definierter Mindeststandard betrachtet werden können; eine Festlegung, dass dieser Mindeststandard nicht übererfüllt werden dürfe, fehle.

Service Level SL 1, SL 2, SL 3:

Ein nachträgliches Neukalkulieren des Angebotspreises nach Ablauf der Angebotsfrist sei unmöglich und widerspreche den vergaberechtlichen Grundsätzen. Die Antragstellerin habe nicht entgegen den Kalkulationsgrundlagen angeboten, vielmehr hätten die Auftraggeber erst nachträglich die Kalkulationsberechnung festgelegt und von der Antragstellerin eine neue Kalkulation eingefordert.

Option Wartung zentrale Hardware und Wartung sonstige Hardware:

Ein nachträgliches Neukalkulieren des Angebotspreises nach Ablauf der Angebotsfrist sei unmöglich und widerspreche den vergaberechtlichen Grundsätzen. Die Antragstellerin habe nicht entgegen den Kalkulationsgrundlagen angeboten, vielmehr hätten die Auftraggeber erst nachträglich die Kalkulationsberechnung festgelegt und von der Antragstellerin eine neue Kalkulation eingefordert.

4. Am 04.05.2017 fand von dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Niederschrift lautet auszugsweise:

Ad Hardwareanforderungen Haupt- und Nebenarbeitsplätze sowie Mithörplätze:

Der VR verweist auf Teil E Leistungsbeschreibung, Mussanforderungen MA 317, 317a und 318.

Frage an AG: Was meinen Sie mit der Bezeichnung "beigestellt"?

AG: Mit Beistellung ist gemeint, die Arbeitsplatzrechner einschließlich Betriebssoftware bereits AGseitig vorhanden sind und zur Verfügung gestellt werden und daher nicht Teil des Lieferumfangs sind. Der ASt hat dennoch ein mit den Anforderungen der AG nicht kompatibles System zur Verfügung gestellt, weil in der Liste Standardsoftware (Formblatt Lizenzen von Standardsoftwarekomponenten) eine Betriebssoftware mit einer nicht kompatiblen Lizenzierungsmodell angeboten wurde. Mit anderen Worten:

Die AG hat etwas angeboten, was sie nicht brauchen.

AG verweist auf das Angebot der ASt, Lizenzen für Standardsoftwarekomponenten.

Frage an ASt: Was haben Sie jetzt tatsächlich angeboten?

ASt: Wir haben angeboten ein Gesamtsystem. In diesem Gesamtangebot haben wir zusätzlich Lizenzkosten berücksichtigt, für Windows 10 Betriebssystem, in der für Sicherheitskritische Anwendungen von Microsoft empfohlenen Lizenzvariante LTSC. Technisch ist es kompatibel.

[]

Ad Option SL 1, SL 2 und SL 3 bzw. Option Wartung zentrale Hardware und Wartung sonstige Hardware:

AG bringt vor, dass es sich nicht nur um reine Dienstleistungen handelt.

VR: Wie waren die Vorgaben in der Ausschreibung?

AG verweist auf das Kalkulationsformblatt, das die AG am 03.02.2017 an die Bieter übermittelt haben. Frist für die Vorlage war der 14.02.2017. Das Kalkulationsformblatt war nicht neues, da die AG schon bereits das Erstangebot mit Hilfe dieses Kalkulationsblattes geprüft haben und dieses Kalkulationsformblatt auch Thema umfangreicher Verhandlungen, konkret mit der ASt am 24.11.2016 waren.

VR an ASt: Wo haben Sie die "minimalen Aufwände" kalkuliert?

ASt: Tatsächlich war es so, dass dieses Kalkulationsformblatt erst nach Abgabe des LAFO gefordert war und damit auch nach der Kalkulation durch die ASt. Die ASt zeigt den Senat, das ursprünglich für das LAFO vorgesehene Preisblatt.

AG bringt vor, dass dieses Kalkulationsformblatt nicht deshalb Teil des LAFO war, weil die AG mangels Kenntnis der Angebotspreise nicht gewusst haben, ob eine vertiefte Angebotsprüfung erforderlich sein wird.

ASt: Das passiert jeden AG. Dann fordert er die Urkalkulation, nämlich jene Kalkulation die für das LAFO erstellt wird.

ASt: Die notwendigen Dienstleistungen für die SL haben wir in diesen Positionen kalkuliert.

Die Positionen "Geräte und Materialvorhaltung" bzw. "Sonstiges (z.B. Reisekosten / Spesen)" wurden im ursprünglichen Preisblatt (und zwar unter den Positionen "Hardwarewartung") seitens der ASt eingerechnet. Durch diese zusätzlichen Formblätter, musste eine Neukalkulation durchgeführt werden, weil im LAFO nur ein Pauschalpreis für diese Positionen gefordert war.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Auftraggeber haben die gegenständlichen Leistungen im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach § 25 Abs. 5 BVergG zum Abschluss von zwei nebeneinander bestehenden Rahmenvereinbarungen mit einem (einzigen) Unternehmer ausgeschrieben. Die österreichweite Bekanntmachung erfolgte am 23.11.2015; EU-weit wurde das Vergabeverfahren am 27.11.2015 bekannt gemacht. Am 23.12.2016 luden die Auftraggeber die Antragstellerin zur Abgabe des Letztangebotes ein. Die (nicht öffentliche) Angebotsöffnung der Letztangebote fand am 30.01.2017, 12:20 Uhr, statt. 1. Die Auftraggeber haben die gegenständlichen Leistungen im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach Paragraph 25, Absatz 5, BVergG zum Abschluss von zwei nebeneinander bestehenden Rahmenvereinbarungen mit einem (einzigen) Unternehmer ausgeschrieben. Die österreichweite Bekanntmachung erfolgte am 23.11.2015; EU-weit wurde das Vergabeverfahren am 27.11.2015 bekannt gemacht. Am 23.12.2016 luden die Auftraggeber die Antragstellerin zur Abgabe des Letztangebotes ein. Die (nicht öffentliche) Angebotsöffnung der Letztangebote fand am 30.01.2017, 12:20 Uhr, statt.

2. Randziffer 58 des Teil A – Aufforderung zur Angebotsabgabe (Version 5.0) lautet:

Abänderungs- und Alternativangebote sind unzulässig.

3. Randziffer 60 des Teil A – Aufforderung zur Angebotsabgabe (Version 5.0) lautet:

Im Fall von verbesserungsfähigen Mängeln wird der AG den Bieter zur Verbesserung auffordern und – sofern in der Aufforderung zur Verbesserung nicht anders festgelegt ist – den Bieter ausscheiden, wenn dieser der Aufforderung nicht nachkommt. Zur Überprüfung der Preisangemessenheit behält sich der AG das Recht vor, in die Kalkulation des Bieters einschließlich seiner Subunternehmer Einsicht zu nehmen und entsprechende Kalkulationsunterlagen vom Bieter anzufordern. Der Bieter ist verpflichtet, dem AG auf Aufforderung alle für die Beurteilung seines Angebotes einschließlich Subunternehmerleistungen notwendigen zusätzlichen Auskünfte unverzüglich zu erteilen.

4. Im Verhandlungsprotokoll der Auftraggeber mit der Antragstellerin vom 24.11.2016 ist unter anderem festgehalten:

Preis – Kalkulationsformblätter

Die AG legen fest, dass die Kosten in die jeweils vorgesehenen Positionen der Preisblätter bzw. Kalkulationszeilen allfälliger Kalkulationsformblätter des LAFO kalkuliert und ausgewiesen werden müssen.

5. Am 11.01.2017 stellte die Antragstellerin zu den Positionen Leistungsverzeichnis MA 317, folgende Bieterfrage:

In der angegebenen Muss-Anforderung MA317 wird angemerkt, dass die Arbeitsplatzrechner mit spezieller Grafikkarte und mehreren Monitoren inkl. Betriebssystem Microsoft Windows 10 CBB, Office und Virenschutz beigestellt werden.

Wie in den Verhandlungsrunden bereits angemerkt, ist für sicherheitskritische Systeme eine Windows 10 Enterprise Version LTSB (Long-Term Servicing Branch) notwendig. Können wir davon ausgehen, dass die Rechner mit dieser Betriebssystemversion beigestellt werden?

Zwei gleichlautende Anfragen stellte die Antragstellerin auch für die Positionen MA 317a und MA 318.

6. Am 23.02.2017 antworteten die Auftraggeber auf diese Fragen wie folgt:

Im BM.I kommen im BAKS System ausschließlich Current Branch for Business (CBB) Lizenzen zum Einsatz und daher können keine Long-Term Servicing Branch (LTSB) Lizenzen zu Verfügung gestellt werden.

7. Im Letztangebot der Antragstellerin vom 30.01.2017 findet sich unter "Bewertungsblatt ELKOS" zu den Mussanforderungen (MA) 317, 317a und 318 jeweils folgender Vermerk: "O.K."

8. Am 07.02.2017 übermittelten die Auftraggeber der Antragstellerin die berichtigten Kalkulationsformblätter zum LAFO in der Version V2.0 und ersuchte diese gleichzeitig, ausschließlich diese Version der Kalkulationsformblätter für die Aufklärung zum Letztangebot zu verwenden. Im Kalkulationsformblatt Option "SL 1" waren folgende Positionen aufgelistet:

- * Lohnaufwand

- * Geräte und Materialvorhaltung

- * Sonstiges

Im Kalkulationsformblatt Option "Wartung zentrale Hardware" waren folgende Positionen aufgelistet:

- * Lohnaufwand

- * Geräte und Materialvorhaltung

- * Sonstiges (z.B. Reisekosten / Spesen)

9. Die Antragstellerin hat im Kalkulationsformblatt Option "SL 1" die Positionen "Geräte und Materialvorhaltung" sowie "Sonstiges (z.B. Reisekosten / Spesen)" nicht ausgefüllt. Im Kalkulationsformblatt Option "Wartung zentrale Hardware" hat die Antragstellerin die Positionen "Lohnaufwand" sowie "Sonstiges" nicht ausgefüllt.

10. Am 21.02.2017 forderten die Auftraggeber die Antragstellerin zur Aufklärung ihres Letztangebotes auf.

Zur Kalkulation, Punkt 3, 4 und 5 (Option SL 1, SL 2 und SL 3) wiesen die Auftraggeber die Antragstellerin daraufhin, dass nach den Angaben der Antragstellerin auf den entsprechenden Kalkulationsformblättern weder Reisekosten / Spesen noch Geräte- und Materialkosten bzw. "Sonstiges (z.B. Reisekosten / Spesen)" vorgesehen sind.

Zur Kalkulation, Punkt 7. Option Wartung sonstige Hardware, Punkt

7.1 Kein Lohnaufwand oder "Sonstiges" wiesen die Auftraggeber die Antragstellerin daraufhin, dass nach den Angaben der Antragstellerin auf dem entsprechenden Kalkulationsformblatt weder Lohnaufwendungen noch "Sonstiges (z.B. Reisekosten / Spesen)" vorgesehen sind.

11. Am 23.02.2017 nahm die Antragstellerin zum Schreiben der Auftraggeber vom 21.02.2017 Stellung.

Zur Option SL 1, SL 2 und SL 3 wurde folgende Antwort erteilt:

Aufgrund unserer über Österreich verteilten Servicestützpunkte und Niederlassungen würden nur minimale Aufwände für Reisekosten und Spesen entstehen, weshalb wir hier keine Beträge angegeben haben.

Wir bestätigen, dass mit den angegebenen Stundensatz alle Nebenkosten abgedeckt sind.

Die notwendige Vorhaltung von Geräten und Materialien wurde in der Wartung für Hardware (sonstige und zentrale) berücksichtigt.

Zur Option Wartung Sonstige Hardware, Kein Lohnaufwand oder "Sonstiges", wurde von der Antragstellerin folgende Antwort erteilt:

Die notwendigen Lohnaufwände wurden in den Position für SL 1, SL 2 und SL 3 berücksichtigt.

12. Mit Schreiben vom 20.03.2017 haben die Auftraggeber das Letztangebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG sowie gemäß § 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden. 12. Mit Schreiben vom 20.03.2017 haben die

Auftraggeber das Letztangebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 BVergG sowie gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG ausgeschieden.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen der Auftraggeber keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit der Anträge

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten.

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist der Bund. Dieser ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 6 BVergG um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Bund. Dieser ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 6, BVergG um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. a B-VG gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG gegeben.

Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs. 1 Z 1 BVergG iVm § 2 Abs. 2 BVwG-PauschGebV). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in

entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 2, Absatz 2, BVwG-PauschGebV). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandsfest ist (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibung nicht mehr aufgreifen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Die strittigen Festlegungen überschreiten die Grenzen möglicher Festlegungen des Auftraggebers nicht (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Damit sind insbesondere alle Festlegungen der Auftraggeber während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist (vgl. § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG), einschließlich der Festlegung im Verhandlungsprotokoll der Auftraggeber mit der Antragstellerin vom 24.11.2016, der Aufforderung der Auftraggeber vom 07.02.2017 an die Antragstellerin, ausschließlich die übermittelten Kalkulationsformblätter zu verwenden sowie der Fragebeantwortung der Auftraggeber vom 23.02.2017 verbindlich. Sie sind einer inhaltlichen Überprüfung nicht mehr zugänglich. Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandsfest ist (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibung nicht mehr aufgreifen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Die strittigen Festlegungen überschreiten die Grenzen möglicher Festlegungen des Auftraggebers nicht (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Damit sind insbesondere alle Festlegungen der Auftraggeber während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist vergleiche Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG), einschließlich der Festlegung im Verhandlungsprotokoll der Auftraggeber mit der Antragstellerin vom 24.11.2016, der Aufforderung der Auftraggeber vom 07.02.2017 an die Antragstellerin, ausschließlich die übermittelten Kalkulationsformblätter zu verwenden sowie der Fragebeantwortung der Auftraggeber vom 23.02.2017 verbindlich. Sie sind einer inhaltlichen Überprüfung nicht mehr zugänglich.

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 02.05 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG vom 01.08.2014, W187 2008946-1/23E; BVwG vom 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 02.05 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG vom 01.08.2014, W187 2008946-1/23E; BVwG vom 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E).

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Die Auftraggeber haben die Ausscheidensentscheidung bezüglich des Angebotes der Antragstellerin auf Verstöße der Antragstellerin gegen § 129 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG sowie gemäß § 129 Abs. 2 BVergG gestützt. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt zum Ergebnis, dass die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgte. Dies aufgrund nachstehender Erwägungen: Die Auftraggeber haben die Ausscheidensentscheidung bezüglich des Angebotes der Antragstellerin auf Verstöße der Antragstellerin gegen Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 BVergG sowie gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG gestützt. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt zum Ergebnis, dass die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgte. Dies aufgrund nachstehender Erwägungen:

1. Hardwareanforderung, Haupt- und Nebenarbeitsplätze sowie Mithörplätze:

Bereits aus den eigenen Ausführungen im verfahrenseinleitenden Schriftsatz der Antragstellerin ergibt sich, dass die Antragstellerin bei den Hardwareanforderungen die Verwendung von LTSB-Lizenzen anstatt beigestellten CBB-Lizenzen empfohlen und mitangeboten hat.

Aus den Vorgaben in den Mussanforderungen MA 317, MA 317a und MA 318 geht jedoch hervor, dass sich die Auftraggeber auf das System "Windows 10 CBB" festgelegt haben. Diese Festlegung wurde in der Fragebeantwortung der Auftraggeber vom 23.01.2017 insofern "endgültig" bestätigt, als die Auftraggeber darin ausdrücklich festhalten, dass im BM.I im BAKS System ausschließlich Current Branch for Business (CBB) Lizenzen zum Einsatz kommen und daher keine Long-Term Servicing Branch (LTSB) Lizenzen zu Verfügung gestellt werden können. Spätestens nach dieser Klarstellung musste ein redlicher Erklärungsempfänger davon ausgehen, dass sich die Auftraggeber für ein System, nämlich "Windows 10 CBB" festgelegt haben. Hingegen sollte das seitens der Antragstellerin favorisierte und angebotene "LTSB-System" nicht zur Anwendung gelangen. Die Fragebeantwortung vom 23.02.2017 ist als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren. Die Antragstellerin hätte die Möglichkeit gehabt, diese Festlegung innerhalb der Anfechtungsfrist des § 321 BVergG zu bekämpfen. Da die Antragstellerin dies unterließ, hat die Festlegung vom 23.01.2017 Bestandskraft erlangt (siehe dazu bereits ausführlich oben). Aus den Vorgaben in den Mussanforderungen MA 317, MA 317a und MA 318 geht jedoch hervor, dass sich die Auftraggeber auf das System "Windows 10 CBB" festgelegt haben. Diese Festlegung wurde in der Fragebeantwortung der Auftraggeber vom 23.01.2017 insofern "endgültig" bestätigt, als die Auftraggeber darin ausdrücklich festhalten, dass im BM.I im BAKS System ausschließlich Current Branch for Business (CBB) Lizenzen zum Einsatz kommen und daher keine Long-Term Servicing Branch (LTSB) Lizenzen zu Verfügung gestellt werden können. Spätestens nach dieser Klarstellung musste ein redlicher Erklärungsempfänger davon ausgehen, dass sich die Auftraggeber für ein System, nämlich "Windows 10 CBB" festgelegt haben. Hingegen sollte das seitens der Antragstellerin favorisierte und angebotene "LTSB-System" nicht zur Anwendung gelangen. Die Fragebeantwortung vom 23.02.2017 ist als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren. Die Antragstellerin hätte die Möglichkeit gehabt, diese Festlegung innerhalb der Anfechtungsfrist des Paragraph 321, BVergG zu bekämpfen. Da die Antragstellerin dies unterließ, hat die Festlegung vom 23.01.2017 Bestandskraft erlangt (siehe dazu bereits ausführlich oben).

Die Frage, ob die Antragstellerin die Anforderungen der Auftraggeber mit dem Anbieten der LTSB-Lizenzen "übererfüllt" habe, kann gegenständlich dahinstehen, da die Antragstellerin ein System angeboten hat, dass die Auftraggeber bestandskräftig ausgeschlossen haben. Soweit die Antragstellerin daraufhin weist, dass sie sich ausdrücklich zur Erbringungen der Mussanforderungen MA 317, MA 317a und MA 318 bereit erklärt hat, verkennt sie,

dass allein ein entsprechender (selbst ausgefüllter) Vermerk mit "Ok" in den entsprechenden Feldern nicht automatisch dazu führt, dass die Antragstellerin damit ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben hat. Würde man im Übrigen davon ausgehen, dass die Antragstellerin sich "ohnedies" zur Erbringung der Mussanforderungen bekannt hat, entstünde jedenfalls ein in sich widersprüchliches Angebot: Auf der einen Seite bekennt sich die Antragstellerin zu den Mussanforderungen MA 317, MA 317a und MA 318, somit zu den seitens der Auftraggeber vorgesehenen CBB-Lizenzen. Auf der anderen Seite bietet sie aber ein anderes System, nämlich LTSB-Lizenzen an. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes hat die Antragstellerin in Wahrheit eine Alternative ("aliud") angeboten: statt CBB-Lizenzen, LTSB-Lizenzen. Alternativangebote waren jedoch in der Ausschreibung ausdrücklich ausgeschlossen (siehe Feststellungen).

2. Option SL 1, SL 2 und SL 3:

Einleitend ist festzuhalten, dass die Antragstellerin – entgegen ihrem Vorbringen – mit der Übermittlung der Kalkulationsformblätter nach Abgabe des Letztangebotes durch die Auftraggeber rechnen musste. Diese ergibt sich schon auf Grund der bestandskräftigen Bestimmung in Teil A – Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. aus dem Verhandlungsprotokoll der Auftraggeber mit der Antragstellerin vom 24.11.2016 (siehe Feststellungen).

Die Antragstellerin hat jedoch in den entsprechenden Positionen ("Geräte- und Materialvorhaltung"), sowie "Sonstiges (z.B. Reisekosten/Spesen)" keinen Positionspreis eingesetzt, obwohl sie in ihrem Aufklärungsschreiben vom 23.02.2017 selbst davon ausgeht, dass Aufwände für Reisekosten und Spesen entstehen (vgl. den Wortlaut "Aufgrund unserer über Österreich verteilten Servicestützpunkte und Niederlassungen würden nur minimale Aufwände für Reisekosten und Spesen entstehen"). Entgegen den Vorgaben des Formblattes hat die Antragstellerin auch die Position "Geräte und Materialvorhaltung" nicht ausgefüllt und stattdessen diese Preise woanders berücksichtigt (siehe dazu auch die Aussagen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung). Die Auftraggeber haben diesbezüglich daher zutreffend auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes hingewiesen, wonach ein Bieter die Ausscheidensgründe der § 129 Abs. 1 Z 3 und Z 7 BVergG verwirklicht, wenn er entgegen den Kalkulationsvorschriften Kosten umlagert (BVwG 25.11.2016, W187 2135663-2/24E). Die Antragstellerin hat jedoch in den entsprechenden Positionen ("Geräte- und Materialvorhaltung"), sowie "Sonstiges (z.B. Reisekosten/Spesen)" keinen Positionspreis eingesetzt, obwohl sie in ihrem Aufklärungsschreiben vom 23.02.2017 selbst davon ausgeht, dass Aufwände für Reisekosten und Spesen entstehen (vergleiche den Wortlaut "Aufgrund unserer über Österreich verteilten Servicestützpunkte und Niederlassungen würden nur minimale Aufwände für Reisekosten und Spesen entstehen"). Entgegen den Vorgaben des Formblattes hat die Antragstellerin auch die Position "Geräte und Materialvorhaltung" nicht ausgefüllt und stattdessen diese Preise woanders berücksichtigt (siehe dazu auch die Aussagen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung). Die Auftraggeber haben diesbezüglich daher zutreffend auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes hingewiesen, wonach ein Bieter die Ausscheidensgründe der Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG verwirklicht, wenn er entgegen den Kalkulationsvorschriften Kosten umlagert (BVwG 25.11.2016, W187 2135663-2/24E).

3. Option Wartung zentrale Hardware und Wartung sonstige Hardware:

Diesbezüglich hat die Antragstellerin in der Aufklärung vom 23.02.2017 angegeben, dass die notwendigen Lohnaufwände in den Positionen für SL 1, SL 2 und SL 3 berücksichtigt wurden. In dem übermittelten Formblatt war jedoch die Position "Lohnaufwand" vorgegeben und auszupreisen. Auch diesbezüglich hat die Antragstellerin somit gegen die Vorgaben der Auftraggeber verstoßen (siehe dazu im Übrigen die Ausführungen oben, 2.)

Da somit bereits aus den oben unter 1. - 3. dargelegten Gründen das Angebot der Antragstellerin zu Recht auszuschneiden war, musste auf das übrige Vorbringen der Parteien nicht mehr eingegangen werden.

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zu B) Unzulässigkeit der 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 ab (siehe insbesondere die zitierte Judikatur zur Bestandskraft; siehe dazu überdies auch VwGH 21.01.2015, 2012/04/0154), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Wie unter II.3.2. aufgezeigt wurde, ist auch die Rechtsfrage, ob gegenständlich die Gesellschafter als Subunternehmer tätig werden oder nicht, nicht dergestalt, dass eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage anzunehmen war. 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 ab (siehe insbesondere die zitierte Judikatur zur Bestandskraft; siehe dazu überdies auch VwGH 21.01.2015, 2012/04/0154), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Wie unter römisch zwei.3.2. aufgezeigt wurde, ist auch die Rechtsfrage, ob gegenständlich die Gesellschafter als Subunternehmer tätig werden oder nicht, nicht dergestalt, dass eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage anzunehmen war.

Schlagworte

Alternativangebot, Angebot ausschreibungswidrig, Aufklärung
mangelhaft, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund,
Ausscheidensgründe, Berechnung, bestandfeste Ausschreibung,
Dienstleistungsauftrag, Kalkulation, Kostenüberwälzung, mündliche
Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nichtigerklärung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher
Auftraggeber, Personalaufwand, Rahmenvereinbarung, Reisekosten,
spekulativer Preis, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren,
vorherige Bekanntmachung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W123.2151680.2.00

Zuletzt aktualisiert am

12.06.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at