jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/12/7 W138 2209026-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 07.12.2018

Entscheidungsdatum

07.12.2018

Norm

BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §342 Abs2
BVergG 2018 §344 Abs1
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W138 2209026-2/23E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden, den fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite MMag. Dr. Christoph WIESINGER und den fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite Mag. Franz PACHNER über den Antrag der A XXXX , vertreten durch Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH und Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, auf Nichtigerklärung der "Nichtzulassung von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren" im Vergabeverfahren "Informations- und Telekommunikations-Service-IKT für die Austria Control GmbH" der Auftraggeberin Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, Wagramer Straße 19, 1220 Wien, vertreten durch MMag. Dr. Claus CASATI, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien, vom 07.11.2018 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 24.11.2018, zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag der A XXXX , das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung der Auftraggeberin, Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung auf Nichtzulassung von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren vom 29.10.2018 für nichtig erklären, wird abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Vorbringen der Parteien:

Am 07.11.2018 stellte die A XXXX (im weiteren Antragstellerin) vertreten durch Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH und Co KG, die Anträge

a) auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren vom 29.10.2018 (Schreiben vom 29.10.2018);

b) auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung;

c) auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorgelegten Bestandteile des Vergabeaktes, sowie den Nachprüfungsakt;

d) der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die Pauschalgebühr für den Antrag auf Nichtigerklärung in Höhe von € 19.440,-- zu Handen der rechtsfreundlichen Vertreter zu ersetzen;

e) auf Rückerstattung allenfalls zu viel entrichteter Pauschalgebühren."

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst in wesentlichen Folgendes aus:

Die Auftraggeberin habe ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nach dem Bestbieterprinzip eingeleitet. Die Antragstellerin habe einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gestellt, sei zur Angebotslegung eingeladen worden und habe ein ausschreibungskonformes Erstangebot gelegt. Die Antragstellerin sei am 05.10.2018 zur Legung eines Zweitangebotes eingeladen worden. Die Zweitangebotsfrist sei mit 24.10.2018 10:00 Uhr festgelegt worden. Die Auftraggeberin habe festgelegt, dass die Zweitangebote elektronisch über das ANKÖ-Portal abzugeben seien. Weiters sei festgelegt gewesen, dass die Angebote gemäß Signatur- und Vertrauensdienstegesetz rechtsverbindlich zu unterfertigen seien. Die physische Abgabe von Angeboten sowie die Übermittlung von Angeboten per E-Mail bzw. Telefax sei ausdrücklich ausgeschlossen gewesen. Die Antragstellerin habe die Angebotsdokumente am 23.10.2018 am ANKÖ Portal hochgeladen.

In der Zeit ab 24.10.2018, 09:14 Uhr habe die Antragstellerin mehrfach versucht, das Zweitangebot am Portal elektrisch zu signieren. Dies sei jedoch am von der Auftraggeberin festgelegten Portal technisch nicht möglich gewesen. Es würden jedenfalls keine der Antragstellerin zurechenbare Gründe vorliegen, warum die Abgabe des Zweitangebots im gegenständlichen Verfahren technisch nicht möglich gewesen sei.

Am 29.10.2018 sei der Antragstellerin von der Auftraggeberin mitgeteilt worden, dass die Abgabe des zweiten überarbeiteten Zwischenangebots nicht innerhalb der festgesetzten Frist erfolgt und daher auszuscheiden bzw. ein weiteres Zwischenangebot nicht zuzulassen sei.

Die Antragstellerin habe ein evidentes und rechtliches Interesse, weiterhin an der Ausschreibung teilzunehmen. Die Aufwendungen der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren wären frustriert und der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Bestandteil des Schadens seien auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren. Durch die Vorgangsweise der Auftraggeberin werde die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin zusammengefasst aus:

Die Antragstellerin habe gegenständlich sämtliche Vorgaben der Ausschreibung zur Abgabe des Zweitangebots eingehalten. Es seien insbesondere sämtliche Angebotsdokumente vollständig, ausschreibungskonform und fristgerecht vor Ablauf der Angebotsfrist am von der Auftraggeberin geforderten Portal hochgeladen worden. Es sei eine gültige elektronische Signatur verwendet worden, um das Zweitangebot am Portal rechtsverbindlich zu signieren.

Technische Ursachen, die in der Sphäre der Antragstellerin gelegen wären, würden gegenständlich nicht vorliegen. Es sei weder am von der Antragstellerin verwendeten Rechner, noch am verwendeten Kartenleser, noch am verwendeten Browser, noch an der Internetverbindung gelegen.

Die Antragstellerin habe die Angebotsdokumente bereits am Vortag des Ablaufs der Angebotsfrist hochgeladen. Am 24.10.2018 in der Früh sei lediglich noch eine geringfügige Letztkorrektur an wenigen Dokumenten erfolgt. Um 09:12 Uhr seien sämtliche Dateien final am Portal gewesen. Ab diesem Zeitpunkt sei eine elektronische Signierung - wenn keine Funktionsstörung des Portals vorläge - binnen weniger Minuten möglich. Die Antragstellerin habe daher jedenfalls auch rechtzeitig mit dem Abgabevorgang begonnen. Auch insoweit liege kein der Antragstellerin zurechenbarer Umstand vor. Dies auch insofern nicht, als eine elektronisch signierte Abgabe von Unterlagen über das ANKÖ-Portal von der Antragstellerin auch am Vortag bewerkstelligt worden sei und die Antragstellerin sich auch insoweit zeitgerecht Klarheit verschafft habe, ob Funktionsstörungen vorliegen würden. Weiters habe die Antragstellerin vor Ablauf der Angebotsfrist auch noch sowohl bei der Auftraggeberin als auch beim ANKÖ angerufen und darauf hingewiesen, dass die Abgabe nicht möglich sei. Die Ursache dafür, dass der Antragstellerin eine Abgabe des Zweitangebots auf dem vorgesehenen Weg nicht möglich gewesen sei, liege in der Sphäre der Auftraggeberin und nicht der Antragstellerin. Die Antragstellerin sei durch von der Auftraggeberin zu vertretende Umstände daran gehindert, das Angebot in der (einzig) dafür vorgesehenen Form abzugeben.

Funktionsstörungen des Portals seien dem Auftraggeber zuzurechnen. Technische Probleme aus der Sphäre des Auftraggebers dürften nicht zu Lasten des Bieters gehen.

Die angefochtene Entscheidung sei daher rechtswidrig und verstoße insbesondere auch gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung.

Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise hätte die Auftraggeberin den von ihr in den Ausschreibungsbestimmungen vorgesehenen Kommunikationsweg so bereitzustellen gehabt, dass es der Antragstellerin möglich gewesen wäre, das Angebot auf diesem Weg abzugeben. Die Authentizität des Angebotsinhaltes könne im Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist nachvollzogen werden. Die Erstellung des Angebotsentwurfs sei auch vom Portal protokolliert worden. Allenfalls wäre in einem derartigen Fall auch die Angebotsfrist zu erstrecken (bzw. neu zu eröffnen) oder das Vergabeverfahren zu widerrufen gewesen. Den betroffenen Bieter aus nicht von ihm zu vertretenden Umständen auszuscheiden bzw. nicht zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren zuzulassen, sei rechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 12.11.2018 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch MMag. Dr. Claus CASATI, Rechtsanwalt, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und brachte zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen vor, dass die Funktionstüchtigkeit des von der Auftraggeberin bereitgestellten Vergabeportales zwar der Sphäre der Auftraggeberin zuzurechnen wäre, dieses zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe offensichtlich reibungslos vorhanden und funktionsfähig gewesen sei, zumal die weiteren Bieter im Vergabeverfahren ein elektronisch signiertes Angebot abgeben hätten können. Der Sphäre der Bieterin zuzurechnen sei jedenfalls, die Erstellung eines Accounts im Vergabeportal, die Erstellung und vollständige Ausfüllung der Angebotsunterlagen, die rechtzeitige Vorbereitung der Angebotsabgabe, das Hochladen sämtlicher vollständig ausgefüllter Angebotsunterlagen und ein qualifiziertes, elektronisches Signieren der Angebotsunterlagen im Vergabeportal und damit die Angebotsabgabe.

Der gegenständlich zu beurteilende Fall ist mit einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes vergleichbar, in welcher ausgesprochen wurde, dass das Handeln eines Botendienstes dem Bieter zuzurechnen sei. Der Bieter trage das diesbezügliche Risiko, ebenso wie das Risiko, dass das Angebot bei der Auftraggeberin einlangt und somit bei dieser verfügbar sei. Erst mit Abgabe des Angebotes bei der Auftraggeberin gehe das Risiko auf die Auftraggeberin über. Für die elektronische Übermittlung von Angeboten habe dasselbe zu gelten. Die bis zur tatsächlichen Angebotsabgabe eingesetzten Mittel würden den Bieter obliegen und somit in deren Verantwortung. Die elektronisch zu übermittelnden Angebote würden erst mit der qualifizierten elektronischen Signatur als bei der Auftraggeberin abgegeben gelten. Somit würden sämtliche Schritte bis inklusive der qualifizierten elektronischen Signatur dem Bieter obliegen. Lediglich die Zurverfügungstellung des Portals über das die Angebote abzugeben seien, liege im Verantwortungsbereich der Auftraggeberin. Das Vergabeportal des ANKÖ habe einwandfrei funktioniert und sei empfangsfähig gewesen. Das Unterbleiben der elektronischen Signatur und somit der Angebotsabgabe sei jedenfalls der Sphäre der Antragstellerin zuzurechnen.

Die Antragstellerin habe viel zu spät mit der Angebotsabgabe begonnen und sich dementsprechend erst zu einem Zeitpunkt an die Support-Stelle des ANKÖ gewandt, als diese der Antragstellerin bei dem technischen Problem der Clients der Antragstellerin bzw. der Bürgerkarteumgebung auf diesen Clients nicht mehr behilflich sein haben können.

Sowohl in der Einladung zur Angebotsabgabe (erstes Angebot) als auch bei der Einladung zum Zwischenangebot sei jeweils unter Punkt 4.5. VR der Ausschreibungsunterlagen Prüfung erste Angebote/Zwischenangebote und Verhandlung/Hearing unter anderem folgendes festgelegt:

"[...] für die ersten Angebote und allfällige Zwischenangebote gilt der Grundsatz, dass allfällige Fehler/Unklarheiten im Zuge der Verhandlungen und der noch folgenden Angebote verbesserbar sind, sofern

-

die Angebote fristgerecht unter Verwendung der vorgegebenen Formulare rechtsverbindlich unterfertigt abgegeben wurden und

-

im Wesentlichen alle geforderten Angebotsinhalte aufweisen (zumindest dem Grund nach alle geforderten Konzepte/sonstigen Beilagen aufweisen).

Die Angebote sind vollelektronisch über das ANKÖ-Portal unter Verwendung der Ausschreibungsunterlagen sowie aller sonst nach dieser Ausschreibung erforderlichen Beilagen (wie Eignungsnachweise etc.) einzureichen. Die Einreichung darf nicht physisch/per E-Mail/per Telefax erfolgen!

[...] die Angebote sind zwingend (!) gemäß Signatur- und Vertrauensdienstgesetz (BGBl. I. Nr. 50/2016) rechtsverbindlich zu unterfertigen und zu verschlüsseln.

Das Risiko der ordnungsgemäßen elektronischen Hinterlegung der Angebote im ANKÖ Portal trägt der Bieter. Das Risiko der irrtümlichen Öffnung der Angebote trägt der Bieter, wenn das Angebot/die Projektunterlagen nicht ordnungsgemäß hochgeladen wurde/n. Physisch bzw. per Fax/E-Mail übermittelte Angebote werden ausgeschieden.

In diesem Sinn ist nur die vollelektronische Übermittlung über das ANKÖ-Portal zulässig".

In den Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin wird unter Punkt

2.7. der vergaberechtlichen Bestimmung wie folgt festgelegt:

"Das Angebotsformular (AngF) ist zwingend zu verwenden und vollständig auszufüllen. Zwingend anzubieten sind die bewertungsrelevanten Schlüsselpersonen (AngF Punkt 2 bzw. AngF Beilage 3) und die geforderten Preise (AngF Punkt 4). Streichungen im Angebotsformular sind unzulässig. Das Fehlen des Angebotsformulars, seiner Teile bzw. die Unvollständigkeit der Angaben des Angebotsformulars zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gilt als nicht verbesserungsfähiger Mangel, der das Ausscheiden des Angebots des Bieters zur Folge hat.

Die Bieter- und Eigenerklärung gemäß AngF Punkt 5. ist zu datieren und rechtsverbindlich/rechtsgültig zu fertigen. Sofern keine firmenmäßige Fertigung vorliegt, haben die Bieter/Mitglieder der Bietergemeinschaft spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung den schriftlichen Nachweis der Bevollmächtigung jener Person zu erbringen, die die Bietererklärung - außerhalb ihrer (aus dem Firmenbuch ersichtlichen) Vertretungsmacht - gefertigt haben. Das Fehlen solcher Nachweise/einer solchen Vollmacht zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gilt als nicht verbesserungsfähiger Mangel, der das Ausscheiden des Angebots des Bieters zur Folge hat. Die Angebote müssen unbedingt sein. Sie dürfen keinen Gremialvorbehalt haben."

Der Umstand, dass die Antragstellerin das zweite Zwischenangebot mit den bewertungsrelevanten Konzepten nicht innerhalb der gesetzten Frist abgegeben hat, weil sie ihr Angebot nicht signieren konnte, jedoch der vom Vergabeportal des ANKÖ beigestellte Server funktionstüchtig war, d.h. die Angebotsabgabemöglichkeit seitens der Auftraggeberin ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt worden sei, führe rechtlich zu einem zwingenden Ausscheiden bzw. einer zwingenden Nichtzulassung eines weiteren Zwischenangebotes der Antragstellerin. Die vorher zitierten bestandfesten und unmissverständlichen Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen als auch die gesetzlichen Bestimmungen (§ 129 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006) würden somit ausnahmslos das Ausscheiden bzw. die Nichtzulassung eines weiteren Zwischenangebotes der Antragstellerin fordern.

Daraus folge unmissverständlich, dass ein nicht fristgerecht eingereichtes und nicht korrekt gezeichnetes Zwischenangebot auszuscheiden bzw. der Bieter nicht weiter zu berücksichtigen sei.

Dies gelte umso mehr, als die nicht signierten Angebotsfragmente der Antragstellerin, welche der Auftraggeberin nachträglich am 05.11.2018 via E-Mail übermittelt worden seien, nicht ansatzweise alle erforderlichen Unterlagen aufweisen würden. So würden die via E-Mail übermittelten Angebotsfragmente kein Angebotsformular sowie kein Preisblatt, die Eigen-/Bietererklärung enthalten.

Selbst wenn die Antragstellerin die elektronische Signatur zustande gebracht hätte, so wäre ihr elektronisch signiertes Angebot mangels Vollständigkeit auszuscheiden gewesen.

In einer weiteren Stellungnahme vom 20.11.2018 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin mit ihrer Stellungnahme vom 12.11.2018 eine Stellungnahme des ANKÖ vorgelegt habe, mit der der ANKÖ auch die Webserver-Logs offengelegt habe. Dazu sei festzuhalten, dass sich die Antragstellerin bereits kurz nach Ablauf der Angebotsfrist und noch vor Ergehen der angefochtenen Entscheidung um diese Server-Logs bemüht habe und auch die Auftraggeberin ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass es solche in Bezug auf die mehrfachen Signatur-Versuche der Antragstellerin geben müsse. Diesbezüglich sei der Antragstellerin seitens eines Erfüllungsgehilfen der Auftraggeberin am 30.10.2018 mitgeteilt worden, dass die Protokollierung der Abgabe in diesem Fall mit der Erstellung des Abgabeentwurfes enden würde, da es zu keiner Signatur gekommen sei. Die Antragstellerin habe bereits im Zuge der Angebotsabgabe Schritte gesetzt, um Ursachen im eigenen Bereich ausschließen zu können bzw. seien auch danach diesbezügliche Nachforschungen durch die Antragstellerin angestellt worden, die keine Ursache aus der Sphäre der Antragstellerin ergeben hätten.

Insbesondere sei auch die lokale Bürgerkartenumgebung bei der Antragstellerin funktionsfähig gewesen. Soweit die Auftraggeberin unter Zugrundelegung des Inhalts der Stellungnahme des ANKÖ darauf verweise, dass aus den Logs zu ersehen wäre, dass die lokale Bürgerkartenumgebung der Antragstellerin nicht geantwortet hätte, sei darauf zu verweisen, dass daraus keinesfalls zwangsläufig darauf geschlossen werden könne, dass die Funktionsstörung in der Sphäre der Antragstellerin gelegen wäre. Die angefochtene Entscheidung sei auch deshalb rechtswidrig, weil gegenständlich der Auftraggeberin zurechenbar durch den ANKÖ unzutreffende bzw. unvollständige Auskünfte über die Protokollierung des Abgabevorganges erteilt worden seien. Zweck der Pflicht zur Mitteilung der Gründe einer Ausscheidensentscheidung bzw. Nicht-Zulassung sei, dass der Bieter die Entscheidung des Auftraggebers überprüfen und entscheiden könne, ob er einen Nachprüfungsantrag einbringen werde. Nach Maßgabe dieser Grundsätze könne die gegenständliche Vorgehensweise durch die Auftraggeberin nicht vergaberechtskonform sein.

Die Auftraggeberin räume selbst ein, dass die Funktionstüchtigkeit des von ihr festgelegten Vergabeportales ihrer Sphäre zuzurechnen sei. Wenn im Vergabeportal eine Signierfunktion bereitgestellt werde und diese aus dem Bieter nicht zurechenbaren Umständen nicht ausgeführt werden könne, betreffe dies die Risikosphäre der Auftraggeberin.

In einer Stellungnahme vom 23.11.2018 führte die Auftraggeberin in Wesentlichen aus, dass entgegen der Ansicht der Antragstellerin die Vorlage der Log-Files (Protokollierung der Kommunikation mit dem Server) nicht für eine Entscheidung über das Ausscheiden von Angeboten oder die Nicht-Zulassung von Bietern für das weitere Verfahren erforderlich sei. Die Antragstellerin habe über sämtliche Informationen, die sie zur Einbringung des Nachprüfungsantrages benötigt habe, verfügt. Die Antragstellerin habe der Auftraggeberin mit Mail vom 05.11.2018 die auf die Plattform hochgeladenen Angebotsfragmente per E-Mail übermittelt.

Die Auftraggeberin habe somit am 05.11.2018 erstmals Kenntnis vom Inhalt des hochgeladenen Angebotsentwurfs der Antragstellerin nehmen können. Dies weil auf dem Vergabeportal des ANKÖ mangels elektronischer Signatur kein Angebot der Antragstellerin aufgelegen sei. Die Auftraggeberin habe die übermittelten Unterlagen sodann gesichtet und habe feststellen müssen, dass dieser Angebotsentwurf kein Angebotsformular beinhaltet habe. Daraufhin sei der Antragstellerin am 07.11.2018 mitgeteilt worden, dass ein unvollständiges Angebot vorliegen würde, das entsprechend der Ausschreibungsbedingungen zum Ausscheiden des Angebotes führen würde.

Auch der ANKÖ habe der Antragstellerin aufgezeigt, dass das technische Problem der Signatur in der Sphäre der Antragstellerin liegen würde. Neben den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen zur Angebotsabgabe habe die Auftraggeberin im Verhandlungsprotokoll vom 02.10.2018 der Antragstellerin ausdrücklich mitgeteilt: "AngF wird neu aufgelegt und ist zwingend zu verwenden". Die Antragstellerin habe nichts desto trotz ein unvollständiges Angebot, welches sie in weiterer Folge nicht signieren habe können, auf das Vergabeportal des ANKÖ hochgeladen. Es würden

somit das Angebotsformular sowie das ausgefüllte Preisblatt und die firmenmäßige Zeichnung fehlen.

Nachdem die Auftraggeberin bestandfest in Punkt 2.7 der vergaberechtlichen Bestimmungen für den vorgenannten Fall einen nicht verbesserungsfähigen Mangel, der zum Ausscheiden des Angebotes führen müsse, festgelegt habe, bedeute dies für den bestrittenen Fall des der Auftraggeberin zuzurechnenden Fehlschlagens der Signatur, dass kein Schaden bei der Antragstellerin vorliegen würde, weil deren Angebot ohnedies auszuscheiden gewesen wäre.

Am 27.11.2018 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, in welcher, soweit entscheidungswesentlich, wie folgt ausgesagt wurde. (Hinweis: Rechtschreibung und Grammatik durch BVwG ausgebessert).

"[...]

VR: Gibt es weiteres Vorbringen?

AStV: Der ANKÖ hat die Signierfunktion in der Plattform integriert und verlangt diesbezüglich eine bestimmte Software zu verwenden, den sogenannten ASIGN-Klient. Wobei der Download dieser Software auch auf der Plattform verlinkt ist. Diese Software wiederum verlangt, dass man einen aktuellen Virenschutz verwendet, weist sich aber gegenüber handelsüblichen Virenscannern selbst als nicht vertrauenswürdig aus, dies jedenfalls nicht gegenüber einen McAfee Virenschutz.

AGV: Wir stellen außer Streit, dass am Vortag, 23.10.2018, ein Angebot der ASt abgegeben wurde, um 12:10 Uhr, diesbezüglich verweise ich auf Beilage 10, Seite 34. Das Portal hat offensichtlich funktioniert und wurde aufgrund der lokalen Virenschutzsoftware McAfee, die der Sphäre der ASt zuzurechnen ist, die Signaturversuche abgebrochen. Dass das Portal zu diesem Zeitpunkt funktioniert hat, ergibt sich ebenfalls aus der Beilage 10, S. 35, darin ist auch ersichtlich, dass die Signatur der jeweiligen Angebote von anderen Unternehmen von anderen Vergabeverfahren mittels Bürgerkarte, d.h. nicht Handysignatur, reibungslos funktionierte. Es wird auch darauf verwiesen, dass sich die ASt zu spät an den ANKÖ bzw. AG gewandt hat, nämlich ungefähr 5 Minuten vor Ende der Abgabefrist.

VR: Das zwingend zu verwendende Angebotsformblatt ist den dem Gericht übermittelten Unterlagen nicht angeschlossen. Dies bezieht sich auf jene Unterlagen welche per E-Mail dem AG am 06.11.2018 von der ASt übermittelt wurden. War dieses Angebotsformblatt im Zwischenangebot, welches auf der Plattform des ANKÖ hochgeladen wurde angeschlossen?

AStV: Ich gehe davon aus, dass diese Beilage dem Zwischenangebot angeschlossen war. Einen wirklichen Nachweis darüber haben wir nicht. Sollte dieses Formblatt gefehlt haben, wäre nach der erfolgten Signatur eine Überprüfungsmöglichkeit zur Verfügung gestanden. Spätestens dann wäre ein allfälliges Fehlen aufgefallen.

AGV: Dem AG war ein Zugriff auf die hochgeladenen Dateien nicht möglich, da diese Möglichkeit nur für den Fall besteht, dass ein Angebot ordnungsgemäß signiert wurde.

VR: Am 06.11.2018 wurden dem AG Unterlagen bzgl. des Zwischenangebotes übermittelt, warum fehlte zu jenem Zeitpunkt das Angebotsformblatt?

AStV: Wir haben versucht die notwendigen Unterlagen zusammen zu suchen und dem AG nachträglich zu übermitteln. In diesem Zusammenhang dürfte in Folge eines Irrtums das Angebotsformblatt nicht mit übermittelt worden sein. Uns war klar, dass mit der Nachreichung vom 06.11.2018 keine förmliche Angebotsabgabe verbunden war. Grund für die Übermittlung der Unterlagen war, dass wir dem AG unser Bemühen nachweisen wollten. Eine "Checkliste", wo überprüft wurde, welche konkreten Unterlagen übermittelt wurden, hat es nicht gegeben, da es sich eben um keine förmliche Angebotsabgabe gehandelt hat.

VR: Nennen Sie mir bitte Ihren Namen.

Z: Mein Name ist E XXXX P XXXX , geb. XXXX , vom Beruf bin ich XXXX . Wohnadresse: XXXX .

VR: Sie haben gehört wie die ASt den vergeblichen Versuch der ordnungsgemäßen Signatur ihres Zwischenangebotes geschildert hat. Wie stellt sich der Sachverhalt aus Ihrer Sicht dar?

Z: Der Sachverhalt ist so, wie in der Stellungnahme des AG geschildert. Das Portal des ANKÖ und die Signaturumgebung (Server) hat ordnungsgemäß funktioniert. Das beweist auch Beilage 10 des Schriftsatzes der AG, wo ersichtlich ist, dass andere Unternehmen bzw. Personen in diesem Zeitraum erfolgreich elektronisch signiert haben,

sowohl mit Bürgerkarte als auch Handysignatur.

VR: Ist Ihnen ein Problem der ordnungsgemäßen Funktionsweise des ANKÖ-Portals mit Virenscannern wie z.B. McAfee bekannt?

Z: Nein. Die Software, um die es geht, ist von der Firma ATrust und die stellen die österreichische Bürgerkartenumgebung bereit. Dies für ganz Österreich. Und dies fällt nicht in die Sphäre des ANKÖ. Auf Vorbringen der ASt, dass wir eine Software der Bürgerkartenumgebung zwingend vorschreiben, dies ist nicht richtig, wir unterstützen derzeit drei bekannte Bürgerkartenumgebungsprogramme. IT Solution-Trustdesk, ATrust, Bürgerkartenumgebung und Mocca Opensource. Der jeweilige Bieter kann aus diesen drei unterstützen Softwareprogrammen auswählen. Wir empfehlen lediglich ATrust, Bürgerkartenumgebung, da sie kostenlos ist. Die vor genannten Softwareprogramme sind keine des ANKÖ, sondern von Drittanbietern.

VR: Ist es dem ANKÖ möglich das Zwischenangebot sichtbar zu machen?

Z: Wenn wir das Schlüsselpasswort der ASt hätten, könnten wir es sichtbar machen.

VR: Hat die ASt damit ein Problem das Verschlüsselungspasswort herzugeben?

AStV: Wir haben kein Problem das Passwort zu nennen.

Die Parteien kommen überein, gemeinsam beim ANKÖ das hochgeladene Zwischenangebot zu öffnen. Der AG wird aufgetragen dieses Zwischenangebot formal zu prüfen und das Ergebnis dieser Prüfung bis 30.11.2018, 12:00 Uhr einlangend mittels Schriftsatz bekannt zu geben.

Z: Auch vor erfolgter Signierung sieht der Bieter die jeweils von ihm hochgeladenen Dokumente und kann sie prüfen. Nach der Signierung überprüft das System ein paar technische Sache, z.B. ob die Signatur gültig ist. Im gegenständlichen Fall ist es so, dass es dem Bieter überlassen ist, Dokumente hochzuladen und zu betiteln. Im gegenständlichen Fall überprüft das System nur ob überhaupt Dokumente hochgeladen wurden und ob ein Preis eingetragen wurde. Die Vollständigkeit der Unterlagen wird vom System nicht überprüft.

AStV: Warum steht nicht im Merkblatt bzw. auf der Homepage des ANKÖ, dass auch andere Softwareprogramme außer ATrust verwendet werden können?

Z: Unter dem Link https://www.buergerkarte.at, welcher sich auf der Homepage des ANKÖ befindet, sind sämtliche Softwareprogramme ersichtlich. ATrust wird von uns empfohlen, da wir damit bisher beste Erfahrungen gemacht haben.

AStV: Zu Ihrer Stellungnahme, Beilage 10: Sie verweisen darauf, dass die lokale Bürgerkartenumgebung der ASt nicht geantwortet hat. Wissen Sie, was der Grund dafür sein kann?

Z: Ich weiß es nicht wirklich, ich kann aus meiner Erfahrung nur

Rückschlüsse ziehen und diese sind: Entweder läuft die Bürgerkartenumgebung nicht. Es kann sein, dass ein Antivirenpragramm am lokalen Rechner des jeweiligen Bieters die Verbindung der Bürgerkarte nicht zulässt. Eine Antivirensoftware könnte bewirken, dass die Software der Bürgerkarte nicht läuft. Eine Firewall könnte wiederum bewirken, dass der Zugang zur Bürgerkartenumgebung nicht zugelassen wird. Manchmal können auch beide Gründe für eine nicht mögliche Signierung ausschlaggebend sein. Es hätte auch eine zweite Bürgerkartenumgebung eines weiteren Softwareproduzenten auf dem PC des Bieters vorhanden sein können und auch laufen, weil aber nur eine Bürgerkartenumgebungssoftware auf den Port zugreifen kann, würden beide Softwareprogramme nicht funktionieren. Die Bürgerkartenumgebungssoftware erwartet eine Antwort auf einem verschlüsselten Kanal, dafür werden die Zertifikate der Bürgerkartenumgebung im lokalen Browser als vertrauenswürdig im lokalen PC eingerichtet, sodass, wenn eine Anfrage kommt diese auch durchgehen kann. Wenn die Zertifikate als nicht vertrauenswürdig während der Installation der Bürgerkartenumgebungssoftware akzeptiert worden sind, findet auch keine sichere Verbindung statt und somit kann der User auch nicht signieren.

AStV: Wissen Sie, ob ATrust dafür gesorgt hat, dass die Software alsvVertrauenswürdig eingestuft wird?

Z: Ich weiß es nicht. Ich denke, dass ist nicht die Aufgabe von ATrust. Das würde bedeuten, dass ATrust aktiv an Hersteller von Antivirensoftware herantreten müsste und die eigene Software als sicher deklarieren müsste. Das ist auch nicht üblich. Die Ratings von Antivirensoftwareproduzenten werden von diesen selbstgemacht.

AStV: Können Sie erklären, warum es am Vortag funktioniert hat?

Z: Ich habe mir diese Frage auch selbst gestellt. Ich wusste nicht, was intern beim Bieter passiert ist. War es der gleiche PC, bzw. ist eine der vorhin ausgeführten Probleme aufgetreten. Auch könnte die Antivirensoftware aktualisiert worden sein. Die Antivirensoftware wird regelmäßig aktualisiert und könnte auch dadurch das Problem ausgelöst worden sein. Wenn dem ANKÖ ein Problem gemeldet wird haben wir ein eigenes Prozedere. Das Problem wird einem IT-Techniker weitergemeldet, welcher am PC des Bieters einsteigen kann und ihm bei der Problemlösung unterstützen kann. Dies ist jedoch eine freiwillige Serviceleistung des ANKÖ. Im gegebenen Fall haben wir nicht genug Zeit gehabt, um das allfällige Problem zu klären, da sich die ASt ungefähr 5 Minuten vor Ablauf der Angebotsfrist beim ANKÖ gemeldet hat. Der ANKÖ empfiehlt auch die Verwendung der Handysignatur, weil diese zu weniger Problemen führt und regelmäßig auch besser funktioniert.

AGV: Ich verweise auf die Stellungnahme des ANKÖ, Beilage 4 des ANKÖ (Beilage 10 des AG), Seite 34. Ist hier zu erkennen, dass A XXXX ein Angebot abgegeben hat und wenn ja, wann und wie wurde das Angebot signiert?

Z: Das ist eine Liste von erfolgreichen Signaturen, es ist zu erkennen, dass A XXXX am 23.10.2018, 12:10:45 Uhr erfolgreich signiert hat, mit Bürgerkarte und dem Zertifikat von ATrust.

AGV: Gab es am Tag der Angebotsabgabe, 24.10.2018, Signaturen über die Bürgerkartenumgebung von ATrust?

Z: Es gab 7 Signaturen über die Bürgerkartenumgebung von ATrust am 24.10.2018.

AGV: Wissen Sie, ob es an diesem Tag Probleme und Anrufe in der Supportstelle gab bzgl. der Bürgerkartensignatur?

Z: Persönlich weiß ich es nicht. Nach Rücksprache mit dem Supportpersonal sind mir keine weiteren Fälle genannt worden.

AGV: Die ASt hat vorgebracht, dass es eine ASIGN-Softwareupdate gegeben hat, wissen Sie das?

Z: Ich weiß es nicht.

AGV: Sie haben vorhin einige Fehlermöglichkeiten aufgezählt. Ihrer Erfahrung nach, wo liegen die häufigsten Fehler beim Scheitern der Signatur mit Bürgerkarte?

Z: Der häufigste Fehler ist, dass zu kurz vor Ablauf der Abgabefrist versucht wird, zu signieren. Oftmals ist es auch so, dass die erforderliche Software nicht ordnungsgemäß installiert wurde, dass es bei großen Firmen zu Firewallsperrungen kommt bzw. Antivirensoftware aktualisiert wird, dies kommt vor allem in größeren Firmen vor, da dies zentralisiert installiert wird.

AGV: Wie viel Zeit benötigt der ANKÖ um einen Signaturprozess mit 100%igem Erfolg für den Bieter zu begleiten?

Z: Als ich noch IT-Leiter war, diese Funktion habe ich für 10 Jahre bis Mai dieses Jahres ausgeführt, sind Probleme in der Regel innerhalb von 10 Minuten gelöst worden, nachdem wir uns auf den PC eines Bieters einloggen konnten. Es kommt oft zu Komplikationen, weil wir nicht genug Berechtigungen auf dem PC des Bieters haben und dann müssen wir auf IT-Personal vom Bieter warten.

AGV: Angenommen der Fehler wäre in der Bürgerkartenumgebung der ASt gelegen. Wie viel Zeit hätten Sie benötigt um das Problem zu beheben?

Z: Es ist schwierig zu sagen. Es hängt auch von der Person, die das macht und dessen Verständnis ab, in bestimmten Fällen würde ich vielleicht 3 Minuten oder 10 Minuten brauchen. Das hängt jeweils vom jeweiligen Fall ab.

AGV: Kann es sein, dass die Verbindung abgebrochen wurde nachdem McAfee die Bürgerkartensoftware als nicht vertrauenswürdig eingestuft hat?

Z: Ich kann das jetzt nicht beantworten. Es kann sein, wie ich schon ausgeführt habe, dass Antivirensoftwares die Verbindung unterbricht und ASIGN-Klient bzw. die Bürgerkartenumgebung kann nichts dafür, weil die Antivirensoftware in diesem Fall die Kontrolle übernimmt. Es hängt daher an der Antivirensoftware.

AGV: Was kann die Ursache dafür sein, dass es am Vortag 23.10.2018 funktioniert und am Tag darauf nicht?

Z: Neue Erkennungsmusterupdates, neue Version vom Virenschutz, der Administrator von A XXXX hat für das ganze Unternehmen vielleicht eine Firewallregel umgeändert. Es gibt Firewalls die auch auf diese Zero day Attacken reagieren, unbekannt Gefahren. Es fällt nicht in die Sphäre oder Verantwortung vom ANKÖ diese Vorgänge am lokalen

PC und Netzwerk des Bieters zu unterstützen bzw. irgendeinen Einfluss darauf zu nehmen.

AStV: Warum ist zunächst ausgesagt worden, dass die Protokollierung am 23.10.2018 enden würden und jetzt im Verfahren doch weitere Unterlagen des ANKÖ vorgelegt wurden?

Z: Der Kollege der das angeben hat, hat nur Zugriff auf die Protokollierungen im System der Datenbank, das ist die Plattform der Datenbank. Diese weiteren Protokolle, sind Protokolle vom Webserver selbst, auf die der Mitarbeiter keinen Zugriff hat und auch nicht geschult ist diese auszuwerten. Die weiteren Unterlagen habe ich persönlich recherchiert. Im Antwort-E-Mail verweist der Mitarbeiter auf die Systemdatenbank.

VR: Gibt es noch Fragen?

AStV: Keine Fragen.

Z: Ich habe gestern noch recherchiert, dass seit 2011 über 18.000 elektronisch signierte Angebote abgegeben wurden, in über 6.000 Verfahren, ohne einen Zwischenfall, welcher zur Klärung beim BVwG landete.

LR1: Können Sie abschätzen, wie oft bei Ihnen ein Problem wie im gegenständlichen Fall aufgetreten ist?

Z: Vielleicht 2 im Jahr. Aber es ist auf jeden Fall unter 5, dass das Angebot nicht abgegeben werden konnte, seit 2011.

VR: Ist dem ANKÖ schon einmal das Problem herangetragen worden, dass McAfee ein Signieren unterbinden würde?

Z: Nein. In Feststellung der Problematik, schauen wir auf diese Dinge: gibt es eine Antivirensoftware, läuft die Bürgerkartenumgebung

VR: Warum haben Sie die Antivirensoftware nicht deaktiviert?

ASt: Auf das Problem mit der Antivirensoftware sind wir erst nach Übermittlung der Unterlagen durch den ANKÖ gestoßen.

[...]"

Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2018 wurde zwischen den Parteien nach Anleitung durch das Gericht akkordiert, gemeinsam beim ANKÖ zu recherchieren, welche Unterlagen von der Antragstellerin für das Zwischenangebot hochgeladen wurden.

Mit Schriftsatz vom 28.11.2018 teilte die Auftraggeberin das Ergebnis der Einsicht in das auf das Vergabeportal des ANKÖ hochgeladene Zwischenangebot der Antragstellerin insoweit mit, als am 28.11.2018 unter Mitwirkung des ANKÖ, gemeinsam mit der Antragstellerin am Sitz des ANKÖ Einsicht in das auf das Vergabeportal des ANKÖ hochgeladene Zwischenangebot der Antragstellerin genommen worden sei.

Die Einsicht habe ergeben, dass das fragliche Angebotsformular nicht auf die Plattform hochgeladen worden sei. Dies sei auch von der Antragstellerin bestätigt worden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung führt unter der Bezeichnung "Informations- und Telekommunikations-Service-IKT für die Austro Control GmbH" ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Es handelt sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in § 12 Abs. 1 BVergG genannten Schwellenwert um mehr als das 20fache.

Dazu veröffentlichte die Auftraggeberin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union eine Vorinformation sowie eine Bekanntmachung und eine ebensolche Bekanntmachung im Auftragnehmerkataster Österreich. Die Teilnahmefrist endete am 23.10.2017. Die Antragstellerin hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als elektronisches Verfahren geführt. Die elektronische Übermittlung der Angebote richtet sich nach den §§ 113 ff BVergG 2006.

Nach Abschluss der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens wurden die auszuwählenden Bewerber in die zweite Stufe eingeladen und zur Abgabe eines ersten Zwischenangebotes am 13.06.2018 eingeladen. Fristgerecht langte ein Angebot der Antragstellerin ein.

Die zweiten Zwischenangebote waren am 24.10.2018, 10.00 Uhr einlangend über das Vergabeportal des ANKÖ abzugeben. Mit Ablauf der Frist zur Abgabe der zweiten Zwischenangebote erfolgte seitens der Auftraggeberin die Öffnung der elektronisch abgegebenen Angebote. Das geforderte zweite Zwischenangebot der Antragstellerin ist im Vergabeportal nicht aufgelegen.

Mit Schreiben vom 29.10.2018, gerichtet an die Antragstellerin, wurde dieser mitgeteilt, dass die Abgabe des zweiten überarbeiteten Zwischenangebotes innerhalb der gesetzten Frist nicht erfolgt ist und insbesondere wie folgt ausgeführt: "[...] Dies ist entsprechend den vorliegenden Protokollen kein technisches Problem der ANKÖ-Plattform (weil z.B. der vom ANKÖ beigestellte Server abgestürzt ist), sondern weil ein technisches Problem Ihres Unternehmens mit der Abgabe der elektronischen Signatur vorgelegen ist. Sohin war die Angebotsabgabe unsererseits jedenfalls unproblematisch und möglich gewesen.

Das vorliegende Erst-Angebot ist daher bei der gebotenen vergaberechtlichen Betrachtung und im Hinblick auf die in den Ausschreibungsunterlagen getroffenen Festlegungen auszuscheiden bzw. ist ein weiteres Zwischenangebot nicht zuzulassen.

Wir haben hierzu sowohl bei der Einladung zur Angebotsabgabe (erstes Angebot) als auch bei der Einladung zum Zwischenangebot jeweils unter Punkt 4.5. VR der Ausschreibungsunterlagen "Prüfung erste Angebote-Zwischenangebote und Verhandlungen/Hearing" unter anderem folgendes bestimmt:

[...]

Der Angebotstermin wurde mit 24.10.2018, 10:00 Uhr festgesetzt. Dieser wurde im Übrigen auch mit den Bietern in den Verhandlungsgesprächen erörtert. Daraus folgt unmissverständlich, dass ein nicht fristgerecht eingereichtes und gegebenenfalls auch nicht korrekt gezeichnetes Zwischenangebot auszuscheiden bzw. der Bieter nicht weiter zu berücksichtigen ist.

Wir möchten Sie informieren, dass wir Sie im gegenständlichen Verfahren leider nicht weiter berücksichtigen können und uns gezwungen sehen, Sie an der weiteren Teilnahme nicht zuzulassen. Sie werden demzufolge auch nicht mehr aufgefordert ein Zweit-Angebot und ein LBO abzugeben.

[...]"

Gegen diese Entscheidung der Auftraggeberin über das Ausscheiden/Nicht-Zulassen hat die Antragstellerin fristgerecht am 07.11.2018 einen Nachprüfungsantrag beim BVwG eingebracht.

Die vergaberechtlichen Bestimmungen für die Einladung zur Angebotsabgabe - zweite Stufe lauten auszugsweise wie folgt:

"2.7 Form der Angebote

Die Angebote sind vollelektronisch über das ANKÖ-Portal unter Verwendung der Ausschreibungsunterlagen sowie aller sonst nach dieser Ausschreibung erforderlichen Beilagen (wie Eignungsnachweise etc.) einzureichen. Die Einreichung darf NICHT -/ per E-Mail /per Telefax erfolgen!

[...]

Die Angebote sind zwingend (!) gemäß Signatur-und Vertrauensdienstegesetz (BGBl. I Nr. 50/2016) rechtsverbindlich zu unterfertigen und zu verschlüsseln. Es sind jeweils die vorgegebenen Formulare zu verwenden. Die Angebote sind vollständig ausgefüllt elektronisch über das ANKÖ-Portal

[...] abzugeben. Das Angebot ist gemäß den Vorgaben des links [...] elektronisch zu signieren und abzugeben. [...] Die Angebote haben bis spätestens zu den jeweils geforderten Terminen im ANKÖ-Portal vorhanden zu sein.

[...]

Das Risiko der ordnungsgemäßen elektronischen Hinterlegung der Angebote im ANKÖ-Portal trägt der Bieter. Das Risiko der irrtümlichen Öffnung der Angebote trägt der Bieter, wenn das Angebot/die Projektunterlagen nicht ordnungsgemäß hochgeladen wurde(n). Physische bzw. per Fax/E-Mail übermittelte Angebote werden ausgeschieden. In diesem Sinn ist nur die vollelektronische Übermittlung über das ANKÖ-Portal zulässig. Die Angebote sind in deutscher Sprache einzureichen.

Das Angebotsformular (AngF) ist zwingend zu verwenden und vollständig auszufüllen. Zwingend anzubieten sind die bewertungsrelevanten Schlüsselpersonen (AngF Punkt 2 bzw. AngF Beilage 3), und die geforderten Preise (AngF Pkt. 4). Streichungen im Angebotsformular sind unzulässig. Das Fehlen des Angebotsformulars, seiner Teile bzw. die Unvollständigkeit der Angaben des Angebotsformulars zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gilt als nicht verbesserungsfähiger Mangel, der das Ausscheiden des Angebots des Bieters zur Folge hat.

Die Bieter- und Eigenerklärung gemäß AngF Punkt 5 ist zu datieren und rechtsverbindlich/rechtsgültig zu fertigen. Sofern keine firmenmäßige Fertigung vorliegt, haben die Bieter/Mitglieder der Bietergemeinschaft spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung den schriftlichen Nachweis der Bevollmächtigung jener Personen zu erbringen, die die Bietererklärung - außerhalb ihrer (aus den Firmenbuch ersichtlichen) Vertretungsmacht - gefertigt haben. Das Fehlen solcher Nachweise/einer solchen Vollmacht zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gilt als nicht verbesserungsfähiger Mangel, der das Ausscheiden des Angebots des Bieters zur Folge hat. Die Angebote müssen unbedingt sein. Sie dürfen keinen Gremialvorbehalt haben.

[...]"

4.5. Prüfung erste Angebote/Zwischenangebote und Verhandlungen/Hearing

Nach Abschluss der Angebotsöffnung und Protokollierung der ersten Angebote und allfälliger Zwischenangebote folgt deren Überprüfung durch ACG nach den Vorschriften des BVergG und die daran anschließenden Verhandlungen. Für die ersten Angebote und allfällige Zwischenangebote gilt der Grundsatz, dass allfällige Fehler/Unklarheiten im Zuge der Verhandlungen und der noch folgenden Angebote verbesserbar sind, sofern

-

die Angebote fristgerecht unter Verwendung der vorgegebenen Formulare rechtsverbindlich abgegeben wurden, und

-

im Wesentlichen alle geforderten Angebotsinhalte aufweisen (zumindest im Grunde nach alle geforderten Konzepte/sonstigen Beilagen aufweisen).

[...]"

Das Verhandlungsprotokoll vom 02.10.2018 zwischen der Auftraggeberin und der Antragstellerin lautet, soweit entscheidungswesentlich, wie folgt:

[...]

2. Weiteres Vorgehen für die Legung eines zweiten Angebots

-

Ausschreibungsunterlage wird adaptiert mit Änderungsverfolgung via ANKÖ zur Verfügung gestellt.

-

AngF wird neu aufgelegt und ist zwingend zu verwenden

[...]"

am 24.10.2018 um 08:21 Uhr wurde das erste Mal seitens der Antragstellerin in das System Vergabeportal des ANKÖ eingestiegen.

Der erste Klick der Antragstellerin auf den "Signier"-Button erfolgte um 09:33:31 Uhr. Daraufhin wurde die Antragstellerin auf den Signaturserver des ANKÖ weitergeleitet um den Signaturprozess zu starten. Laut Signaturserver-Webserver Log wurde eine Signatur mit lokaler Bürgerkartenumgebung ausgewählt. Aus den Logs ist ersichtlich, dass die lokale Bürgerkartenumgebung nicht geantwortet hat. Die Antragstellerin hat wiederholt versucht den Signaturprozess zu starten.

Der Antragstellerin ist es bis zum Ablauf der Angebotsfrist für das zweite Angebot am 24.10.2018 um 10:00 Uhr nicht gelungen das Zwischenangebot gemäß Signatur-Vertrauensdienstegesetz (BGBL. I Nr. 50/2016) im Sinne des Punktes 2.7. der vergaberechtlichen Bestimmungen der Ausschreibung rechtsverbindlich zu unterfertigen und zu

verschlüsseln. Aus den Logs ist erkennbar, dass der letzte Klick "Signier"-Button um 09:59:48 Uhr erfolgt ist und um 10:00 Uhr die Antragstellerin aufgrund des Ablaufens der Angebotsfrist wegen nicht fristgerechter Angebotslegung vom System benachrichtigt worden ist und der Abgabevorgang abgebrochen wurde.

Die Plattform des ANKÖ war zu diesem Zeitpunkt voll funktions- und empfangsfähig. Im gleichen Zeitraum sind in anderen Vergabeverfahren von mehreren Bietern erfolgreiche Signaturvorgänge auch mit Kartensignatur mit lokaler Bürgerkartenumgebung durchgeführt worden.

Die vom ANKÖ unterstützen Bürgerkartenumgebungsprogramme stammen nicht vom ANKÖ selbst, sondern von Drittanbietern. Die Verwendung einer bestimmten Software wird vom ANKÖ nicht vorgeschrieben. Es wird jedoch die Verwendung der Software von ATrust empfohlen.

Von der Antragstellerin wurde das zwingend zu verwendende Angebotsformular gemäß Punkt 2.7 der vergaberechtlichen Bestimmungen nicht auf die Plattform des ANKÖ hochgeladen.

Mit E-Mail vom 05.11.2018 hat die Antragstellerin der Auftraggeberin die am 23.10.2018 und am 24.10.2018 auf die ANKÖ-Plattform hochgeladenen Angebotsdokumente nochmals übermittelt.

Wie im Schreiben der Auftraggeberin vom 06.11.2018, gerichtet an die Antragstellerin, korrekt festgehalten, waren die am 05.11.2018 übermittelten, am 23.10.2018 und 24.10.2018 von der Antragstellerin auf die ANKÖ-Plattform hochgeladenen Unterlagen, unvollständig.

Es fehlt das zwingend erforderlich ausgefüllte Angebotsformular. (Vergabeakt)

Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt (Stellungnahme der Auftraggeberin).

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren von € 19.400, 40 (Verfahrensakt).

Am 13.11.2018 erließ das BVwG zu GZ: W138 2209026-1/4E die beantragte einstweilige Verfügung.

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweiligen in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und Unterlagen des Vergabeverfahren sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für die Echtheit. In der von der Auftraggeberin vorgelegten Beilage. /10 schildert der ANKÖ nachvollziehbar und glaubwürdig, wie sich die Versuche der Antragstellerin ihr Zwischenangebot am 24.10.2018 zu signieren, darstellen.

Überdies ist der vorgenannten Beilage auch nachvollziehbar zu entnehmen, dass währen des relevanten Zeitraumes in Vergabeverfahren von mehreren Bietern erfolgreiche Signaturvorgänge auch mit Kartensignatur mit lokaler Bürgerkartenumgebung durchgeführt wurden. Dies ist ein Beleg dafür, dass die Plattform des ANKÖ im relevanten Zeitpunkt voll funktions- und empfangsfähig gewesen ist.

Dieser Umstand wurde von der Antragstellerin auch nicht nachweislich bestritten.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2018 konnte der einvernommene Zeuge und Geschäftsführer des ANKÖ die vorhergenannten Umstände in seiner mündlichen Einvernahme glaubhaft und nachvollziehbar schildern.

Es besteht für das erkennende Gericht kein Zweifel daran, dass das Portal des ANKÖ im relevanten Zeitpunkt funktionsfähig und empfangsbereitbar war.

Die Gründe dafür, warum der Antragstellerin das Signieren eines zweiten Zwischenangebotes am 24.10.2018 nicht möglich war, konnten von dieser nicht objektiv nachvollziehbar so dargelegt werden, dass die Gründe nicht in der der Antragstellerin zuzurechnenden Sphäre gelegen sind. Die Antragstellerin konnte auch keinen Nachweis dafür erbringen, dass die Plattform des ANKÖ nicht funktionsfähig und empfangsbereit gewesen wäre. Die Antragstellerin vermutet lediglich, dass der Grund für die unterbliebene Signierung des Zwischenangebots sein könnte, dass die Software der Firma ATrust, welche die österreichische Bürgerkartenumgebung bereit stellt von dem von der Antragstellerin verwendeten Virenscanner McAfee als nicht vertrauenswürdig ausgewiesen wurde und daher das Signieren nicht möglich gewesen sei.

Glaubwürdig konnte der Zeuge auch darlegen, dass dem ANKÖ ein Problem der ordnungsgemäßen Funktionsweise des ANKÖ-Portals mit von einem Bieter verwendeten Virenscanner der Marke McAfee nicht bekannt ist.

Glaubwürdig wurde vom Zeugen auch dargelegt, dass vom ANKÖ derzeit drei Softwarevarianten der Bürgerkartenumgebung unterstützt werden. Der jeweilige Bieter kann aus den drei unterstützen Softwareprogrammen frei wählen. Von Seiten des ANKÖ wird lediglich empfohlen die ATrust Bürgerkartenumgebung zu verwenden, da diese kostenlos ist. Sämtliche vom ANKÖ unterstützen Bürgerkartenumgebungsprogramme stammen nicht vom ANKÖ selbst, sondern von Drittanbietern.

Vom Zeugen wurde auch nachvollziehbar dargelegt und von der Antragstellerin gar nicht bestritten, dass vor erfolgter Signierung der Bieter die jeweils von ihm hochgeladenen Dokumente sieht und prüfen kann. Die Vollständigkeit der Unterlagen wird vom System nicht geprüft.

Nachvollziehbar und glaubwürdig konnte der Zeuge in der mündlichen Verhandlung darlegen, dass es mehrere Gründe dafür geben kann, das die lokale Bürgerkartenumgebung eines Bieters nicht antwortet und daher ein Signieren nicht möglich ist. Als nachvollziehbare Gründe wurde angeführt, dass zum Beispiel eine Antivirensoftware bewirken könnte, dass die Software der Bürgerkarte nicht ordnungsgemäß läuft. Eine Firewall wiederrum könnte dazu führen, dass der Zugang zur Bürgerkartenumgebung nicht zugelassen wird. Auch wäre es möglich, dass eine zweite Bürgerkartenumgebung eines weiteren Softwareproduzenten auf dem PC eines Bieters vorhanden ist und aktiv ist. Da aber nur eine Bürgerkartenumgebungssoftware auf den Port zugreifen kann, würden in diesem Fall beide Softwareprogramme nicht funktionieren.

Für den erkennenden Senat ist daher von der Auftraggeberin glaubwürdig und nachvollziehbar dargelegt worden, dass es eine Vielzahl von Gründen geben kann, die der Sphäre der Bieter zuzurechnen ist, welche eine elektronische Signatur eines Angebotes verunmöglichen können.

Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

Maßgebliche Rechtslage

Am 21. August 2018 trat das BVergG 2018 nach seinem § 376 Abs. 1 in Kraft und das BVergG 2006 zu diesem Zeitpunkt außer Kraft.

Nach § 376 Abs. 4 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 eingeleitet waren, nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen.

Da das gegenständliche Vergabeverfahren vor dem 21.08.2018 eingeleitet wurde, ist es nach der zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage, dem BVergG 2006, zu Ende zu führen

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at