jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2021/6/22 W139 2234548-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.06.2021

Entscheidungsdatum

22.06.2021

Norm

BVergG 2006 §139
BVergG 2006 §163
BVergG 2006 §169
BVergG 2006 §174
BVergG 2006 §180 Abs1 Z1
BVergG 2006 §187
BVergG 2006 §2 Z16
BVergG 2006 §2 Z26
BVergG 2006 §2 Z3
BVergG 2006 §2 Z33a
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §246
BVergG 2006 §257
BVergG 2006 §267
BVergG 2006 §268
BVergG 2006 §269 Abs1 Z3
BVergG 2006 §269 Abs1 Z5
BVergG 2006 §269 Abs3
BVergG 2006 §278
BVergG 2006 §328 Abs1
BVergG 2006 §333
BVergG 2006 §334 Abs2
BVergG 2006 §342 Abs1
BVergG 2006 §344
BVergG 2006 §6
B-VG Art133 Abs4
B-VG Art133 Abs9
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

Spruch

W139 2234548-2/67E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Georg KONETZKY als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX vertreten durch Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte LLP & Co KG, Schottenring 25, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen in zwei Losen über MEDOS – Managed e-Document an Output Service; GZ Provia ID 9281/2017" der Auftraggeberin ÖBB-Business Competence Center GmbH, Erdberger Lände 40-48, 1030 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, 1010 Wien, Bartensteingasse 2, 1010 Wien zu Recht erkannt:

A) Der Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht möge die die Antragstellerin betreffende Ausscheidensentscheidung vom 20. August 2020 im Vergabeverfahren „MEDOS – Managed e-Document and Output Service" für nichtig erklären", wird abgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 iVm Abs 9 B-VG zulässig.

Text

Begründung:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 28.08.2020, beim Bundesverwaltungsgericht außerhalb der Amtsstunden eingelangt, stellte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 20.08.2020, verbunden mit einem Antrag auf Ausnahme von der Akteneinsicht, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Gebührenersatz.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Die Auftraggeberin habe beginnend im Jahr 2018 im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb den Abschluss einer Rahmenvereinbarung in 2 Losen im Bereich Managed e-Document and Output Service inklusive Dienstleistungen im Bereich Laser Technologie ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe erfolgreich einen Teilnahmeantrag gestellt und sei in weiterer Folge zur Abgabe eines Angebotes eingeladen worden. Das finale Angebot hinsichtlich Los 1 „MEDOS – Managed e-Document and Output Service" sei am 20.05.2020 abgegeben worden. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 04.06.2020 seien einige Fragen betreffend das Angebot der Antragstellerin gestellt worden, welche diese umfassend mit Schreiben vom 15.06.2020 beantwortet habe. In weiterer Folge habe am 16.07.2020 ein Aufklärungsgespräch zur Erläuterung der Antworten stattgefunden. Mit Schreiben vom 20.08.2020 sei der Antragstellerin das Ausscheiden im Vergabeverfahren mitgeteilt worden.

Bei der angefochtenen Entscheidung handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung (Ausscheidens- und Auswahlentscheidung) gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006. Der Antrag sei rechtzeitig, die Pauschalgebühren seien entrichtet worden.

Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich schon aus der Beteiligung am Vergabeverfahren, insbesondere durch Abgabe ihrer Angebote, durch das zeitnahe Nachbringen der geforderten Informationen sowie durch die Teilnahme an einem persönlichen Termin. Die Antragstellerin habe an der Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung ein großes wirtschaftliches Interesse. Sofern die Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren ausscheiden würde, drohe ihr der Verlust der Möglichkeit des Erhalts des Zuschlags und damit der Verlust eines angemessenen Gewinns sowie eines wichtigen Referenzprojektes, das für die Beteiligung an weiteren Vergabeverfahren von Bedeutung sein könnte. Durch das Ausscheiden ihres Angebotes drohe ein Schaden, der in den frustrierten Verfahrensteilnahmekosten und externen Rechtsberatungskosten sowie im Entgang der Zuschlagserteilung und des angemessenen Gewinnes bestehe.

Die Antragstellerin bezeichnete die Rechte, in denen sie sich verletzt erachte.

Die Ausscheidensentscheidung sei damit begründet worden, dass

? die Tagsätze auf Basis von 7,5 Stunden statt auf Basis von 8 Stunden kalkuliert worden seien;

? dem Aufklärungsersuchen hinsichtlich der „Einzelpreise für Übersiedlungskosten“ nur unzureichend nachgekommen worden sei;

? ein Austausch von Ersatzteilen durch die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen sei, die Antragstellerin aber durch ihre Lieferung von Ersatzteilen (insbesondere „CRUTeile“) ohne Austausch einen solchen notwendig mache;

? die Preispositionen „Base pro Monat“ sowie „Click pro Seite“ nicht ausschreibungskonform ausgefüllt worden seien, da das „Verbrauchs- und Verschleißmaterial“ nicht in die Preispositionen „Click pro Seite“ einkalkuliert worden sei und die Kosten für Wartung/Reparatur der Hardware ausschreibungswidrig sowohl in den Preispositionen „Base pro Monat“ als auch „Click pro Seite“ eingepreist worden seien;

? eine Verschiebung von Kostenfaktoren zwischen den unterschiedlichen Geräteklassen vorliege und eine solche gemäß Punkt 8.4 der Aufforderung zur Angebotsabgabe unzulässig sei sowie, dass gewissen Positionen gemäß Aufklärungsschreiben vom 15.06.2020 von Seiten der Antragstellerin eine Mischkalkulation zu Grunde liege, gemäß Information der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch die Kosten zwischen den einzelnen „Click pro Seite“-Preisen variieren und dies einen Widerspruch darstelle.

Sämtliche von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe würden nicht zutreffen. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung sei tatsächlich nicht begründet. Die von der Antragsgegnerin getroffenen Annahmen würden zum Teil auf unrichtigen Tatsachen basieren, hätten gegebenenfalls durch Nachfrage bei der Antragstellerin leicht aufgeklärt werden können und würden den begründeten Anschein erwecken, dass Ausscheidensgründe gesucht, das Protokoll des Aufklärungsgesprächs vom 16.07.2020 daraufhin textiert und Ausscheidensgründe unter Zuhilfenahme dieses Protokolls konstruiert worden seien.

Die Antragstellerin habe sich bei der Erstellung ihres Angebotes selbstverständlich an die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen gehalten. Ihr Angebot sei ausschreibungskonform. Die Antragstellerin habe das Preisblatt entsprechend ausgefüllt und keine Änderungen vorgenommen. Der von ihr angebotene Tagsatz gelte damit für 8 Stunden. Im Zuge des Aufklärungsgespräches seien Fragen betreffend die interne Berechnung der Lohnnebenkosten sowie des Gewinnanteils der Antragstellerin besprochen worden. Diesbezüglich sei lediglich ausgesprochen worden, dass für die Kalkulation der Kollektivvertrag Handel zu Grunde gelegt worden sei, welcher eine wöchentliche Gesamtarbeitszeit von 38,5 Stunde vorsehe. Die Aussagen der Antragstellerin im Zuge des Aufklärungsgespräches seien unzureichend protokolliert worden, sodass diverse Aussagen aus dem Zusammenhang gerissen worden seien. Für die vergaberechtliche Beurteilung sei lediglich maßgeblich, dass alle arbeitsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden würden.

Betreffend die Übersiedlungskosten sei es unrichtig, dass die Antragstellerin dem Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin nicht nachgekommen sei. Dabei habe die Antragstellerin erklärt, dass die Leistungen (Übersiedlungskosten) von einer Subunternehmerin erbracht werden würden und daher eine Aufschlüsselung sämtlicher Positionen nicht bekannt gegeben werden könne. Abgesehen davon sei der angebotene Preis für die Übersiedlung für 5% der Geräte auch nicht ungewöhnlich niedrig. Aufgrund einer Vereinbarung über die Gesamtlaufzeit des Vertrages zwischen der Subunternehmerin und der Antragstellerin habe die Subunternehmerin die Leistungen günstiger angeboten. Die Antragstellerin habe im Aufklärungsgespräch darauf hingewiesen, dass sich die Subunternehmerin an das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz halte und nach Kollektivvertrag abrechne. Daher seien die Preise für die Übersiedlungskosten plausibel. Der Umstand, dass eine Leistung in einem Angebot günstiger angeboten werde als in einem früheren Angebot oder Vertrag, sei nicht geeignet, Zweifel an der Plausibilität zu schüren. Die Behauptung, dass die Übersiedlungskosten ungewöhnlich niedrig seien, habe die Auftraggeberin erstmals in der Ausscheidensentscheidung geäußert. Im Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin ausdrücklich bestätigt, dass in den angebotenen Preisen sämtliche zuordenbare Kosten enthalten seien.

Hinsichtlich der monierten Ausschreibungswidrigkeit betreffend den Austausch von Ersatzteilen, seien Begriffe miteinander vermengt worden. Die Antragstellerin unterscheide intern zwischen Ersatzteilen und Verbrauchsmaterial,

zu letzterem würden Verschleißteile wie etwa Toner gehören. Die Ersatzteile würden durch einen Techniker der Auftraggeberin ausgetauschte Teile und Verschleißteile beinhalten. Die Verschleißteile würden durch die Auftraggeberin ausgetauscht werden. Die Techniker-Ersatzteile würden nicht direkt von der Anzahl der Clicks abhängen. Die Antragstellerin sehe den Austausch von Techniker-Ersatzteilen durch Kunden nicht vor und habe auch keine derartige Auskunft erteilt. Hingegen sei in der Branche Unternehmensbrauch, dass Verbrauchs- und Verschleißteile vom Kunden selbst entfernt und ersetzt werden, sodass die Antragstellerin mangels gegenteiliger Festlegungen davon habe ausgehen dürfen, dass dies von der Auftraggeberin ebenso gewünscht sei. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich eindeutig, dass Verbrauchs- und Verschleißmaterial dem Benutzer lediglich zuzustellen sei. Der konkrete Vorhalt basiere daher offenkundig auf einem Missverständnis. Die im Zuge des Aufklärungsgespräches getätigten Aussagen der Antragstellerin würden daher nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen stehen.

Auch im vierten Punkt gehe die Auftraggeberin von unrichtigen Tatsachen aus. Die Antragstellerin habe bereits in der schriftlichen Aufklärung „Vertiefte Angebotsprüfung vom 15. Juni 2020“ bestätigt, dass alle Kosten in den jeweiligen Preisen pro Monat/Seite entsprechend den Ausschreibungsunterlagen enthalten seien. Die Antragstellerin habe unmissverständlich erklärt, dass die Verbrauchs- und Verschleißmaterialien (ausschreibungskonform) in den Preispositionen „Click pro Seite“ eingetragen worden seien.

Die Protokollierung des Aufklärungsgespräches, die unter großem Zeitdruck erfolgt sei, sei unter Punkt 3. Click nicht korrekt erfolgt. Die durchgeführte Einkalkulierung des Verschleißmaterials in den „Click pro Seite“ Preisen sei seitens der Auftraggeberin auch im Aufklärungsgespräch nicht angezweifelt worden. Auch aus dem Preisblatt könne nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Weiters treffe insofern auch der Vorwurf nicht zu, dass das Angebot der Antragstellerin den Festlegungen zur Kalkulation in den Ausschreibungsunterlagen widerspreche. Auch wenn die Kosten für Wartung und Reparatur in der Preisposition „Base pro Monat“ einzutragen gewesen seien, so habe die Antragstellerin dennoch betriebswirtschaftlich zu kalkulieren und ihre Kosten nach ebensolchen Kriterien zu berechnen. Erfahrungsgemäß würden die Kosten für Wartung und Reparatur einerseits unabhängig von der Anzahl der Clicks (Base pro Monat) entstehen, etwa die Kosten für den Techniker, und andererseits abhängig von der Anzahl der Clicks, beispielsweise in Bezug auf Verschleißteile. Es stünde der Antragsgegnerin nicht zu (und wäre überdies unsinnig) vorzugeben, dass betriebswirtschaftlich falsche Kalkulationsmethoden anzuwenden wären – also etwa davon auszugehen sei, dass bestimmte Wartungs- und Reparaturarbeiten lediglich zeitabhängig (pro Monat) und nicht gebrauchsabhängig (Clicks) anfallen würden. Die Festlegung der Antragsgegnerin in Punkt 8.4 der Angebotsaufforderung sei daher auch nicht in diesem Sinne zu verstehen. Weiters sei festzuhalten, dass die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch den Begriff Wartung/Reparatur weit verstanden habe und in ihrer Antwort in diesem Zusammenhang auch die Kosten für das Verschleißmaterial miteinbezogen habe. Die Kosten für die Techniker-Ersatzteile seien von der Antragstellerin wie gefordert in die Base-Charge und die Verschleißteile, die den Großteil der Kosten ausmachen würden, seien hingegen wie in der Ausschreibung vorgesehen in den Preispositionen „Click pro Seite“ einkalkuliert worden. Auch betriebswirtschaftlich sei es sinnvoll, Kosten, die fix entstehen, fix zu verrechnen (Base Monat) und variable Kosten variabel zu verrechnen (Click pro Seite). Die Auftraggeberin habe gezielt eine Ausschreibungswidrigkeit hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin gesucht. Die Kalkulation entspreche jedenfalls den Ausschreibungsbedingungen.

Darüber hinaus liege keine unzulässige spekulative Mischkalkulation vor. Das Angebot weise nicht für alle Geräteklassen den identen „Click pro Seite“ Preis auf. Die Ausscheidensentscheidung sei diesbezüglich nicht nachvollziehbar begründet und bereits insofern für nichtig zu erklären. Die Kostenunterschiede der verschiedenen Geräte würden sich in der jeweils unterschiedlichen Base-Charge wiederfinden. Alle Click-Preise seien zu einem Einheitspreis kalkuliert worden. Lediglich Schwarz/Weiß Clicks würden bei den Farbgeräten geringfügig mehr an Kosten als bei Schwarz/Weiß-Geräten verursachen. Diese Kosten seien aber jeweils ohnehin durch den jeweiligen Click-Preis (auch der Schwarz/Weiß-Geräte) abgedeckt. Der einheitliche Preis für Schwarz/Weiß Clicks sowohl bei Schwarz/Weiß Geräten als auch bei Farbgeräten solle die Abwicklung für die Auftraggeberin und auch die Antragstellerin vereinheitlichen und vereinfachen. Dies führe auch zu einer Kostenersparnis durch eine vereinheitlichte Abrechnung. Entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin in ihrer Ausscheidensentscheidung habe die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch daher auch nicht angegeben, dass die Kosten zwischen den einzelnen „Click pro Seite“-Preisen variieren. Ergänzend werde festgehalten, dass selbst bei abweichenden Click-Kosten der

verschiedenen Geräte-Klassen, das Angebot eines einheitlichen Click-Preises zulässig wäre, zumal die Antragstellerin ihren Gewinnanteil für unterschiedliche Positionen unterschiedlich bemessen könne. Im gegenständlichen Fall habe die Antragstellerin bei allen Click-Preisen aller Geräteklassen einen positiven Gewinnanteil angesetzt.

Abgesehen davon vermenge die Auftraggeberin in der Ausscheidenentscheidung mehrere Begrifflichkeiten. Sie versuche ausschreibungswidrige Aussagen zu konstruieren, indem sie den von der Antragstellerin verwendeten Begriffen andere Bedeutungsinhalte unterstelle. Im Zuge des Aufklärungsgespräches seien die Begriffsinhalte bestimmter Worte ausdrücklich besprochen und die Antragstellerin genau nach ihrer internen Kalkulation befragt worden. Insbesondere habe die Antragstellerin explizit darauf hingewiesen, dass sich ihre Ausführungen auf die internen Begriffe beziehen würden. Das Angebot und die schriftlichen Aufklärungen würden sich streng an den Ausschreibungsunterlagen orientieren. Bei Zumessung des korrekten (und beim Aufklärungsgespräch besprochenen) Bedeutungsinhalts sei die Ausscheidungsentscheidung nicht begründbar.

2. Am 04.09.2020 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

3. Mit Schriftsatz vom 09.09.2020 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Antragsvorbringen Stellung und führte aus, dass sie ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung für zwei Lose betreffend die Erneuerung der Druckerlandschaften inkl. Wartungs- bzw. Serviceleistungen durchführe. Anfechtungsgegenständlich sei das Los 1 – Managed Printservice.

Die Antragstellerin habe am 24.08.2017 einen Teilnahmeantrag zu Los 1 eingebracht und am 03.08.2018 ein Erstangebot in der nicht kommerziellen Angebotsrunde gelegt. Am 21.01.2020 sei das kommerzielle Erstangebot, am 18.03.2020 das kommerzielle Zweitangebot und am 20.05.2020 das Letztangebot der Schlussrunde gelegt worden. Sämtliche Bieter hätten zwei verschiedene Verrechnungsmodelle, einerseits „Base + Click“ (Basispreis und Preis pro Aktion wie Druck, Scan etc) und andererseits „Base + Verbrauch“ (Basispreis und Preis für Verbrauchsmaterial) zu kalkulieren. Aus der Einladung zur Legung des kommerziellen Zweitangebotes vom 04.03.2020 ergebe sich, dass bei jedem Bieter das besser bewertete Verrechnungsmodell für die Bewertung herangezogen worden sei. Gemäß Punkt 8. der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Schlussrunde) sei festgelegt worden, dass nur das Letztangebot für die Zuschlagsentscheidung ausschlaggebend sei. Gemäß Punkt 8.4 weise der Auftraggeber darauf hin, dass Angebote, die den Ausschreibungsunterlagen widersprechen, zwingend auszuscheiden seien. Das bedeute insbesondere, dass die Preise in die dafür vorgesehenen Positionen einzutragen und einzukalkulieren seien. Eine vom Preisblatt abweichende Kalkulation sei nicht zulässig. Änderungen an den Ausschreibungsunterlagen seien ebenfalls nicht zulässig. Mit dem Schlussangebot könnten auch keine weiteren Verhandlungsvorschläge mehr gemacht werden. Weiters werde ausdrücklich von der Abgabe von Beiblättern oder anderen Begleitschreiben abgeraten.

Da die Antragstellerin die niedrigere Bewertungssumme in „Base + Click“ ausgepreist habe, sei dieses Verrechnungsmodell zu bewerten. Die vertiefte Angebotsprüfung habe die Prüfung der Angemessenheit der Gesamtpreise sowie der einzelnen Positions- und Teilpositionspreise, umfasst. Dabei sei die Auftraggeberin zum Ergebnis gekommen, dass einige Positions- und Teilpositionspreise unüblich niedrig seien. Mit Schreiben vom 04.06.2020 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, den angeschlossene Excel-Bogen vollständig zu befüllen und eine detaillierte schriftliche Erläuterung der erfolgten Kalkulation der genannten Positionen vorzulegen.

Durch das übermittelte Antwortschreiben der Antragstellerin vom 15.06.2020 hätten einige Punkte aufgeklärt werden können, zu anderen Punkten habe die Antragstellerin jedoch überhaupt keine oder nur eine unzureichende Aufklärung vorgenommen. Daher habe am 16.07.2020 eine mündliche Aufklärungsrunde stattgefunden, um insbesondere zu klären, weshalb die Kalkulation nicht aufgeschlüsselt worden sei. Im Zuge dieser Aufklärungsrunde sei ein gemeinsames Protokoll erstellt worden. Die Antragstellerin habe die bestehenden Unklarheiten bzw. Unvollständigkeiten nicht beseitigen können, sodass das Angebot der Antragstellerin mit Schreiben vom 20.08.2020 gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 bzw. 5 und Abs 3 BVergG 2006 (§ 302 Abs 1 Z 3 bzw 5 und Abs 2 BVergG 2018) ausgeschieden worden sei.

Eingangs sei festzuhalten, dass allfällige Rechtswidrigkeiten bestandsfester Auftraggeberentscheidungen nicht mehr aufgegriffen werden könnten. Zudem verlange der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass Bieter zum Zeitpunkt der Erstellung und der Abgabe der Angebote sowie der Prüfung und Bewertung der Angebote gleichbehandelt werden müssten. Daher müssten für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten.

Die Auftraggeberin führte weiters an, dass ein weiterer zwingender Ausscheidensgrund vorliege, welcher sich aus dem

Vergabeakt ergebe und irrtümlich nicht in der Ausscheidensentscheidung genannt worden sei. In Punkt 8 der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Schlussrunde) sei bestandsfest festgelegt worden, dass im Falle eines Widerspruches zum kommerziellen Erst- oder Zweitangebot, jene Angaben des Letztangebotes gelten würden. Das Ergebnis der Schlussrunde bilde die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung. Dennoch habe die Antragstellerin in den Preisblättern – Anlage 4 ihres Letztangebotes nicht alle geforderten Bieterlücken ausgefüllt. Insbesondere habe die Antragstellerin im Preisblatt, Reiter „Base + Click", Zeile 7-9, keine Angaben zum Anbieter, Hersteller und Modell des angebotenen Produktes gemacht. Sie habe daher in den Preisblättern im Letztangebot kein bestimmtes Produkt genannt, welches angeboten werde. Lediglich im Erstangebot seien diese Bieterlücken von der Antragstellerin vollständig ausgefüllt worden. Da kein Leitprodukt vorgesehen sei, handle es sich um echte Bieterlücken, die zwingend zu befüllen gewesen wären. Im Gegensatz zur Antragstellerin, hätten die anderen Bieter diese Bieterlücken befüllt. Bei Nichtbefüllen bzw. unzureichendem Ausfüllen von Bieterlücken liege nach ständiger Judikatur ein unbehebbarer Mangel vor, da durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbietern eintreten würde. Daher sei auch keine Verbesserung oder Aufklärung geboten, da der Mangel nicht behoben werden könne. Daher gelte der Inhalt der nachträglichen Aufklärungsgespräche als unbeachtlich. Ein objektiv den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot könne im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter keinesfalls durch nachträgliche Aufklärungsgespräche verbessert werden. Aufgrund des unbehebbaren Mangels des Nichtausfüllens der Bieterlücken sei das Ausscheiden des Angebotes auch ohne vorhergehende Verbesserungsmöglichkeit und unabhängig von etwaigen stattgefundenen Aufklärungsgesprächen verpflichtend aufgrund der Aktenlage vorzunehmen. Das Angebot sei daher zwingend nach § 269 Abs 1 Z 5 BVerG 2006 (§ 302 Abs 1 Z 5 BVerG 2018) auszuscheiden.

Betreffend die ausschreibungswidrige Kalkulation und Erbringung der Dienstleistungen (Punkt 8.1 des Nachprüfungsauftrages) führte die Auftraggeberin aus, dass gemäß Anlage 4, Preisblatt (Zelle I5 des Reiters „Dienstleistungen") der Ausschreibungsunterlagen festgelegt worden sei, dass die ausgeschriebenen Dienstleistungen 8 Stunden zu umfassen hätten. Daraus ergebe sich, dass die Leistung im Falle eines Abrufes auch für volle 8 Stunden erbracht werden müsse. Die von der Antragstellerin ausgepreisten Stunden- und Tagsätze seien als sehr niedrig erachtet worden. Aus dem Preisblatt ergebe sich, dass die Antragstellerin die Tagsätze für die Dienstleistungen „Consulting", „Entwicklung" und „Implementierung" mit 7,5 Stunden kalkuliert habe. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung habe die Antragstellerin im Aufklärungsschreiben vom 15.06.2020 die Detailpreise übermittelt, woraus sich eindeutig ergebe, dass für den Abruf der Dienstleistungen lediglich 7,5 Stunden kalkuliert worden wären. Aus Sicht der Auftraggeberin hätten die Dienstleistungen mit 8 Stunden kalkuliert werden müssen. Daraus ergebe sich eine Differenz zum kalkulierten Teilgesamtpreis, welche die Antragstellerin nicht kalkuliert habe, ihr jedoch entstehen würden, wenn sie die Dienstleistung wie festgelegt 8 Stunden erbringe. Im Zuge des Aufklärungsgespräches bestätigte die Antragstellerin, dass sie entgegen den bestandsfesten Festlegungen für den Tagsatz nicht 8, sondern 7,5 Stunden kalkuliert habe und im Falle eines Abrufes, die Leistung nur im Umfang von 7,5 Stunden erbracht werde. Damit liege ein Widerspruch sowohl zu den bestandsfesten Kalkulationsvorgaben sowie zu den bestandsfesten Festlegungen vor. Sofern die Antragstellerin moniere, ihre Aussagen seien unzureichend protokolliert worden, werde darauf hingewiesen, dass das Protokoll gemeinsam mit der Antragstellerin und ihrer rechtsfreundlichen Vertretung erstellt und von ihr auch unterfertigt worden sei. Das Protokoll sei der Antragstellerin ebenfalls übermittelt worden. Die Behauptung der Unvollständigkeit des Protokolls sei erstmals im Nachprüfungsantrag getätigt worden. Die Kalkulation der Antragstellerin sei auch im Hinblick auf die kollektivvertraglichen Regelungen nicht erklärbar. Unter der Annahme, dass 38,5 Stunden (ohne Ruhepausen) an 5 Werktagen auf Basis des Kollektivvertrages für Angestellte und Lehrlinge in Handelsbetrieben geleistet werden würden, hätte die Antragstellerin zumindest Leistungen im Umfang von 7,7 Stunden (ohne Ruhepausen) pro Tag kalkulieren müssen. Zudem sei die kollektivvertragliche Normalarbeitszeit für die gegenständlichen Festlegungen irrelevant, da die Antragstellerin bei der faktischen Leistungserbringung selbst darauf achten müsste, dass die kollektivvertraglichen Vorgaben eingehalten werden würden. Aus diesen Gründen sei die Antragstellerin von den bestandsfesten Kalkulationsvorgaben abgewichen, sodass ihr Angebot den Ausschreibungsfestlegungen widerspreche und zwingend auszuscheiden gewesen sei.

Hinsichtlich der Nichtaufschlüsselung der Einzelpreise für Übersiedlungskosten für 5% der Geräte" (Punkt 8.2 des Nachprüfungsantrages) führte die Auftraggeberin aus, dass diese Preise gemäß Zeile 81 des Reiters „Base + Click" im angebotenen Preisblatt als Option anzubieten gewesen seien. Die Preise seien aufgrund der niedrigen Preisgestaltung der Geräteklassen „Mittlere bis große Gruppen 5-15 User" und „Stockwerk" als nicht plausibel erschienen.

Insbesondere sei nicht nachvollziehbar gewesen, ob die Preise kostendeckend kalkuliert und die lohn- und sozialrechtlichen Bestimmungen eingehalten worden seien. Daher sei die Antragstellerin auch diesbezüglich in der schriftlichen Aufklärungsrunde aufgefordert worden den angeschlossenen Excel-Bogen vollständig zu befüllen und eine detaillierte schriftliche Erläuterung vorzulegen. Die Antragstellerin habe jedoch die Preise nicht innerhalb der gesetzten Frist aufgeschlüsselt, sondern lediglich bekanntgegeben, dass es sich um einen Sub-Lieferanten handle. Die Antragstellerin erhalte für das Gesamtprojekt einen Spezialpreis, welcher an die Auftraggeberin mit einem Aufschlag weitergegeben werde. Aufgrund der neuen Gesamtkalkulation könne die Antragstellerin die Übersiedlungskosten zu einem noch günstigeren Preis anbieten. Die Antragstellerin habe zusätzlich die Zuverlässigkeitserklärung des Sub-Lieferanten beigelegt, verbunden mit der Zusicherung, dass er sich an das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz halte. Durch die Nichtaufschlüsselung seien die angegebenen Preise aus Sicht der Auftraggeberin nicht nachvollziehbar und im Hinblick auf die Einhaltung der kollektivvertraglichen Vorgaben nicht überprüfbar. Auch in der mündlichen Aufklärungsrunde habe die Antragstellerin die Preise trotz Aufforderung nicht aufgeschlüsselt, weshalb der Ausscheidensgrund gemäß § 269 Abs 3 BVerG 2018 (gemeint: BVergG 2006) vorliege. Für die vertiefte Angebotsprüfung müsse die Auftraggeberin gemäß der Rechtsprechung die Preise selbst prüfen. Ein Verweis des Bieters, dass die Preise plausibel seien, reiche hierfür nicht aus. Weiters sei es irrelevant, dass es sich um Subunternehmerleistungen handle. Eine nachträgliche Erklärung für die Nachvollziehbarkeit der Preise, welche erst im Nachprüfungsverfahren vorgelegt werde, könne nicht berücksichtigt werden. Aufgrund der Nichtaufschlüsselung habe die Auftraggeberin insbesondere nicht nachvollziehen können, welche Lohnkosten in der Preisposition enthalten seien und ob die kollektivvertraglichen Regelungen eingehalten würden, sodass auch diesbezüglich das Angebot zwingen auszuscheiden gewesen sei.

Zum Widerspruch gegen die Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich des Austauschs von Ersatzteilen (Punkt 8.3 des Nachprüfungsantrages) gab die Auftraggeberin an, dass gemäß Punkt 4.9 der Beschreibung des Leistungsgegenstandes hinsichtlich Wartung und Reparatur der Hardware festgelegt worden sei, dass ebenfalls die Versorgung mit Ersatzteilen und gegebenenfalls die Unterstützung durch den herstellereigenen, technischen Dienst zu gewährleisten sei. Punkt 4.9.3 lege fest, dass ein Vor-Ort Termin vereinbart werden würde, sollte eine telefonische Lösung nicht möglich sein. Gemäß Punkt 4.9.4 sei festgelegt worden, dass die defekten Geräte entweder vor Ort mit Ersatzteilen repariert oder ersetzt werden würden. Ersatzteile würden daher nicht automatisch bestellt, sondern aufgrund eines technischen Defektes zur Wiederherstellung der Funktion des betroffenen Gerätes benötigt werden. Das Verschleißmaterial unterscheide sich von Ersatzteilen dadurch, dass es in regelmäßigen Abständen automatisch bestellt und ausgetauscht werde. Punkt 2.1 und Punkt 4.3.1 würden eine automatische Bestellung von Verbrauchs- und Verschleißmaterial vorsehen. Im Zuge des Aufklärungsgespräches sei die Antragstellerin aufgefordert worden, die Kalkulation aufzuschlüsseln und insbesondere die Höhe des Anteils des Verbrauchsmaterials (Toner) und Verschleißmaterials in Prozent anzugeben sowie, ob dieser Anteil über alle Geräteklassen gleich hoch sei. Weiters sollte bestätigt werden, dass nur das Verbrauchsmaterial (Toner) durch Mitarbeiter der Auftraggeberin zu tauschen sei. CRU-Teile und andere Teile sollten durch die Mitarbeiter der Antragstellerin getauscht werden. Aus den Angaben der Antragstellerin gehe hervor, dass sie unter Verbrauchsmaterial ausschließlich Toner und Resttonerbehälter verstehe. Ersatzteile würden jedoch auch Verschleißmaterial enthalten, da die Antragstellerin beispielsweise die Fixierung als Ersatzteil und ebenso als CRU-Teil nenne. Gemäß den Angaben der Antragstellerin würden die CRU-Teile (zB Trommel, Fixierung, teilweise Rollen) zur Maschine geliefert werden und müssten von Mitarbeitern der Auftraggeberin getauscht werden. Dies widerspreche den Ausschreibungsfestlegungen. Die Antragstellerin bestreite zudem nicht, dass die Fixierung als CRU-Teil von der Auftraggeberin selbst getauscht werden müsste. Ein Missverständnis betreffend den Wortinhalt liege jedenfalls nicht vor, da die Aufraggeberin diesen Punkt aufgeklärt habe. Von der Antragstellerin sei ausdrücklich aufgeklärt worden, wie ihr Angebot zu verstehen sei sowie, dass die Fixierung als Ersatzteil definiert, jedoch als CRU-Teil geliefert werde und selbst zu tauschen sei. Sofern die Antragstellerin von widersprechenden Begriffen ausgegangen sei, hätte sie die Auftraggeberin informieren müssen. Diesbezüglich werde jedoch erwähnt, dass an fachkundige Bieter strengere Anforderungen gestellt würden. Das Angebot der Antragstellerin, wonach die Fixierung als Ersatzteil von Mitarbeitern der Auftraggeberin zu tauschen sei, widerspreche den Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen, zumal der Austausch von Ersatzteilen stets vor Ort durch geschulte Techniker des künftigen Auftragnehmers zu erfolgen habe, sodass die Antragstellerin den Ausscheidensgrund des § 269 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 gesetzt habe und zu Recht ausgeschieden worden sei.

Hinsichtlich der Kalkulation der „Base pro Monat“-Preise und der „Click pro Seite“-Preise (Punkt 8.4 des

Nachprüfungsantrages) sei im Verrechnungsmodell festgelegt worden, dass die einzelnen geforderten Geräteklassen mit den farblich hinterlegten Leistungsinhalten anzubieten seien. Weiters seien die Kosten für Wartung und Reparatur Hardware/Software ausschließlich in den „Base pro Monat"-Preis, das Verbrauchs- und Verschleißmaterial ausschließlich in den „Click pro Seite"-Preis einzukalkulieren gewesen. Punkt 8.4 der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Schlussrunde) lege eindeutig fest, dass die Preise in die dafür vorgesehenen Positionen einzutragen seien und eine abweichende Kalkulation nicht zulässig sei. Im Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin angegeben, dass die Wartung/Reparatur der Hardware sowohl in der Base als auch in Click enthalten sei, wobei der Großteil auf Click entfalle. Sofern die Antragstellerin eine unrichtige Protokollierung moniere, sei erneut festzuhalten, dass das Protokoll gemeinsam mit ihr und im Beisein ihrer rechtsfreundlichen Vertretung erstellt und sowohl von der Antragstellerin als auch von ihrer Vertretung unterfertigt worden sei. Es habe insbesondere kein Zeitdruck bestanden, zumal das Gespräch für zwei Stunden angesetzt worden sei und lediglich 75 Minuten gedauert habe. Hätte die Antragstellerin mehr Zeit benötigt, wäre ihr diese zur Verfügung gestanden. Sämtliche Fragen seien bereits in der schriftlichen Aufklärungsrunde ein Thema gewesen, sodass keine der Fragen überraschend oder neu gewesen sei. Völlig unverständlich sei daher die Annahme der Antragstellerin, die Auftraggeberin würde sich nach der internen Bezeichnung und Zuordnung der Antragstellerin für einzelne Preispositionen richten. Wie andere Bieter und auch die Auftraggeberin müsse sich die Antragstellerin ebenfalls an die Kalkulationsvorgaben halten. Die Antragstellerin habe die Kosten für Wartung und Reparatur der Hardware in den „Click pro Seite"-Preisen einkalkuliert, obwohl diese in „Base pro Monat" hätten ausgepreist werden müssen. Hingegen seien die Kosten für Verschleißmaterial in „Base pro Monat" als Ersatzteil kalkuliert worden. Daher liege eine ausschreibungswidrige, vom Preisblatt abweichende Kalkulation vor, sodass das Angebot zwingend auszuscheiden gewesen sei.

Betreffend die Vornahme einer unzulässigen Mischkalkulation (Punkt 8.5 des Nachprüfungsantrages) führte die Auftraggeberin aus, dass gemäß den Feststellungen in den Ausschreibungsunterlagen für jede Geräte-Klasse ein „Click pro Seite"-Preis anzubieten sei. Insbesondere seien die Kosten für das Verschleißmaterial in die „Click pro Seite"-Preise einzukalkulieren gewesen. Die Behauptung, dass die Ausscheidensentscheidung diesbezüglich nicht transparent sei, sei nicht nachvollziehbar, zumal sich die Auftraggeberin ausschließlich auf die Festlegungen im Preisblatt sowie auf die Angaben der Antragstellerin bezogen habe. Gemäß Punkt 8.4. der Aufforderung zur Angebotsabgabe sei eine Verschiebung von Kostenfaktoren zwischen den unterschiedlichen Geräteklassen ausdrücklich ausgeschlossen. Die Kosten der jeweiligen Geräteklassen sollten dort eingerechnet werden, wo sie tatsächlich anfallen. Durch die weitgehend einheitlichen Preise sei die Antragstellerin im Zuge der schriftlichen Aufklärung zur Stellungnahme aufgefordert worden. Diesbezüglich führte sie aus, dass es sich um eine Mischkalkulation handle, wie sie marktüblich angewendet werde. Im Aufklärungsgespräch sei die Antragstellerin erneut um Aufklärung und Aufschlüsselung der „Click pro Seite"-Preise ersucht worden. Als Antwort habe sie ausgeführt, dass die Kalkulation der Verschleißteile abhängig vom Volumen sei und im Wesentlichen auf der Click-Anzahl basiere. Abhängig von der jeweiligen Geräteklasse und dem Volumen, variiere die Anzahl der Clicks, nach welchen ein Verschleißteil auszutauschen sei. Da in den vorgegebenen Geräteklassen eine unterschiedliche Anzahl sowohl an Soll-Geräten erforderlich sei, als auch an durchschnittlichen Seiten pro Monat pro Gerät festgelegt worden sei, führe die auf den gesamten Leistungszeitraum hochgerechnete Seitenanzahl zu einer unterschiedlichen Anzahl von notwendigem Verschleißmaterial pro Gerät in der jeweiligen Geräteklasse. Das anfallende Verschleißmaterial dürfe daher gemäß den bestandsfesten Festlegungen auch nur in der jeweiligen betroffenen Geräteklasse berücksichtigt werden. Die Antragstellerin gestehe selbst ein, dass Schwarz/Weiß-Clicks bei den Farbgeräten geringfügig mehr Kosten als bei den Schwarz/Weiß-Geräten verursachen würden. Diesen Aussagen könne eindeutig entnommen werden, dass Kosten unterschiedlicher Geräteklassen auf Basis einer Mischkalkulation angeboten worden seien, obwohl diese Kosten nicht einheitlich wären, sondern variieren würden. Die von der Antragstellerin erstmals im Nachprüfungsantrag genannte Erklärung dürfe gemäß der Rechtsprechung nicht mehr berücksichtigt werden. Gemäß der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes führe die Einrechnung der Preise einzelner Positionen in andere Positionen dazu, dass weder der eingerechnete Positionspreis, noch jener Positionspreis, in den die anderen Positionen eingerechnet worden seien, ersichtlich und damit aus dem Angebot erschließbar seien. Eine solche „Umlagerung" erfülle den Tatbestand einer spekulativen Angebotsstellung. Die Antragstellerin habe eine unzulässige Mischkalkulation der „Click pro Seite"-Preise vorgenommen, obwohl die Kosten je nach Geräteklasse und Seitenanzahl variieren würden, sodass sie von den bestandsfesten Kalkulationsvorgaben abgewichen sei und ihr Angebot zwingend auszuscheiden gewesen sei.

Die Antragstellerin habe ebenfalls zum angebotenen Preis für Papier (siehe Preisblatt, Reiter „Papier")

aufklärungsbedürftige Angaben gemacht. Es wären unter anderem Preise für beispielsweise Kopierpapier, Qualität A, hochweiß: „1/2 Palette = 100 PK (=20 Karton = 50.000 Blatt)“ anzubieten gewesen. Die Antragstellerin habe zwar einen Preis angeboten, diesen jedoch mit der Anmerkung versehen, dass der Preis nur beim Kauf einer ganzen Palette (60.000 Blatt) & Lieferung an einen zentralen ebenerdigen Wareneingang gültig sei. Im Zuge der Aufklärung habe die Antragstellerin diesbezüglich ausgeführt, dass die Anmerkung lediglich der Information diene und keine Gültigkeit habe bzw., dass die Bemerkung als gegenstandslos zu betrachten sei. Die Antragstellerin habe folglich im Preisblatt Bedingungen aufgenommen, welche den bestandsfesten Festlegungen, insbesondere der Verpackungsgröße widersprechen würden. Dieser Punkt sei nicht als Ausscheidungsgrund herangezogen worden, sodass von einem gezielten „Hinausprüfen“ nicht die Rede sein könne. Hierin liege sohin ein Widerspruch zu den Ausschreibungsfestlegungen. Sofern das Bundesverwaltungsgericht davon ausgehe, dass die von der Antragstellerin im Zuge der Aufklärung gemachten Erklärungen als Änderung des Angebotes zu qualifizieren seien, liege ein unbehebbarer Mangel vor und sei das Angebot daher auch aus diesem Grund auszuscheiden.

Das Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung sei, dass eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. eine spekulative Preisgestaltung vorliege, weshalb auch aus diesem Grund das Angebot auszuscheiden gewesen wäre.

Aus sämtlichen genannten Gründen stelle die Antraggeberin den Antrag, die Anträge der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag vom 28.08.2020 zurück, in eventu abzuweisen.

4. Mit Schriftsatz vom 09.09.2020 übermittelte die Antragstellerin ein ergänzendes Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung sowie eine Antragsergänzung.

5. Mit Beschluss vom 09.09.2020 wurde der Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren „Medos – Managed e-Document and Output Service“ zu untersagen“ abgewiesen.

6. Am 16.09.2020 wurde von der Antragstellerin telefonisch Akteneinsicht beantragt, welche am 18.09.2020 gewährt wurde.

7. Mit Schriftsatz vom 18.09.2020 beantragte die Antragstellerin erneut Akteneinsicht und führte diesbezüglich aus, dass sie im Zuge ihrer am 18.09.2020 vorgenommenen Akteneinsicht das Angebotsprüfungsprotokoll vom 20.08.2020 in geschwärzter Fassung ausgehändigt bekommen habe. Dabei seien die Preise der Mitbewerber, die Preise der Antragstellerin sowie wesentliche Begründungselemente geschwärzt gewesen, sodass es nicht möglich gewesen sei, von ihrem Recht auf Parteiengehör Gebrauch zu machen. Im Angebotsprüfungsprotokoll vom 20.08.2020 werde auf eine nicht im Akt beiliegende Stellungnahme von der Rechtsvertretung der Auftraggeberin vom 17.08.2020 verwiesen. Die Antragstellerin beantragte die Übermittlung einer bis auf die Preise der Mitbewerber ungeschwärzten Fassung des ihr eigenes Angebot betreffenden Teiles des Angebotsprüfungsprotokolls sowie die elektronische Übermittlung der Stellungnahme der Rechtsvertretung der Auftraggeberin vom 17.08.2020 im Wege der Akteneinsicht.

8. Mit Schriftsatz vom 23.09.2020 nahm die Auftraggeberin zu den beantragten Ausnahmen von der Akteneinsicht und vorgenommen Schwärzungen Stellung und führte aus, dass die Auftraggeberin als Sektorenauftraggeberin gemäß § 200 BVergG 2018 zur Geheimhaltung aller bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens ausgetauschten Informationen, die vertraulichen Charakter hätten, verpflichtet sei, andernfalls dies eine Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtung der Auftraggeberin darstelle. Die Auftraggeberin habe daher auch die Schwärzungen im Schriftsatz vom 04.09.2020 sowie vom 09.09.2020 vorgenommen.

Die im gegenständlichen Verfahren geschwärzten Passagen bzw. die Dokumente, die von der Akteneinsicht ausgenommen worden seien, würden Preise und Angebotsinhalte sowie schützenswerte technische und auch handelsbezogene Betriebsgeheimnisse der anderen Bieter enthalten. Bei jenen Schwärzungen, die die Preise der Antragstellerin betreffen würden, handle es sich um prozentuelle Angaben bzw. um Vergleiche zu den Preisen anderer Bieter. Um den vom BVergG 2018 auferlegten Verpflichtungen zur Geheimhaltung zu entsprechen und den lauteren Wettbewerb sicherzustellen, sei die Anzahl der Bewerber geschwärzt worden. Aus Sicht der Auftraggeberin sei die Gewährung der Einsicht in die ausgenommenen Dokumente und Schwärzungen für den Rechtschutz der Antragstellerin nicht relevant.

Zu den Schwärzungen im Angebotsprüfungsprotokoll werde festgehalten, dass im Angebotsprüfungsprotokoll wesentliche Inhalte der Angebote aller Bieter angeführt seien und somit sowohl ein Geheimhaltungsinteresse der übrigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter, als auch der Antragstellerin bestehe.

Beim geschätzten Auftragswert handle es sich um einen intern ermittelten Wert, der auch Preiskomponenten am Markt berücksichtige, die zum Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswerts bekannt gewesen seien. Insofern seien durch den geschätzten Auftragswert Rückschlüsse auf die Preissituation am zum Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes bestehenden Markt möglich. Beim geschätzten Auftragswert handle es sich nach Ansicht der Auftraggeberin um ein schützenswertes handelsbezogenes Betriebsgeheimnis, dessen Offenlegung eine negative Beeinflussung des Wettbewerbs bewirke. Aus Sicht der Auftraggeberin seien auch jene Angaben des Angebotsprüfungsprotokolls, die Rückschlüsse über die Relation der Preise zum geschätzten Auftragswert zulassen würden, zu schwärzen.

Die Auftraggeberin habe die Rückschlüsse auf die Anzahl der Bewerber bzw. Bieter und deren vorläufige Reihung im gegenständlichen Vergabeverfahren geschwärzt, um zu vermeiden, dass die Antragstellerin konkrete Rückschlüsse auf den Wettbewerb im gegenständlichen Vergabeverfahren ziehen könnte. Aus Sicht der Auftraggeberin sei nicht ersichtlich, worin das überwiegende Interesse der Antragstellerin begründet sei, diese Informationen zu erhalten. Für die Beantwortung der Rechtsfrage, sei die Anzahl der Teilnehmer am Verfahren nicht relevant.

Betreffend die Preise des Letztangebots sei ein öffentlicher Auftraggeber selbst in der Zuschlagsentscheidung nur verpflichtet, den Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bekannt zu geben. Diese liege jedoch noch nicht vor, sodass die Gesamtpreise noch geheim zu halten seien. Eine Relevanz der Offenlegung der Positionen oder prozentueller Abstände sei zudem nicht ersichtlich.

Zur Stellungnahme vom 17.08.2020 führte die Auftraggeberin aus, dass das Angebotsprüfungsprotokoll vom 20.08.2020 in sich abgeschlossen und vollständig sei. Die Stellungnahme der Rechtsvertretung der Auftraggeberin beinhalte in erster Linie rechtliche Erwägungen, die auch im Schriftsatz der Auftraggeberin vom 09.09.2020 enthalten seien. Die Ausscheidensgründe seien im Angebotsprüfungsprotokoll dokumentiert bzw. würden sich schon allein aus dem Vergabeakt ergeben. Aus Sicht der Aufraggeberin sei die Offenlegung auch nicht erforderlich, um eine effektivere Rechtsverfolgung zu gewährleisten.

9. Mit Schriftsatz vom 25.09.2020 beantragte die Antragstellerin erneut Akteneinsicht und führte diesbezüglich aus, dass sich aus dem Angebotsprüfungsprotokoll vom 20.08.2020 ergebe, dass die Auftraggeberin aufgrund einer internen Aufstellung in der Excel-Prüftabelle ,,Prüfung Preisplausibilität Base-Click“ zu dem Schluss gelangt sei, dass die ,,Click pro Seite-Preise" nicht kostendeckend seien. Diese Excel-Prüftabelle habe sich nicht im Vergabeakt befunden. Die Antragstellerin stellte daher höflich den Antrag auf Übermittlung einer ungeschwärzten Fassung des genannten Dokumentes „Prüfung Preisplausibilität Base-Click“, um ihr Recht auf Parteiengehör ausüben zu können.

10. Mit Replik vom 29.09.2020 führte die Antragstellerin zu den bisherigen Ausführungen der Auftraggeberin aus, dass das von der Auftraggeberin dargestellte und gewählte Bestbieterschema zum Widerruf des Vergabeverfahrens führen müsse. Die Auftraggeberin habe in ihrer Stellungnahme ausgeführt, dass die Bieter zwei verschiedene Verrechnungsmodelle zu kalkulieren hätten, einerseits „Base+Click“ (Basispreis und Preis pro Aktion wie Druck, Scan etc.) und andererseits „Base+Verbrauch“ (Basispreis und Preis für Verbrauchsmaterial). Bestandsfest sei festgelegt worden, dass bei jedem einzelnen Bieter das jeweils günstigere und somit besser bewertete Verrechnungsmodell für die Bewertung herangezogen werde. Die Auftraggeberin verwende damit in Bezug auf den Angebotspreis ein Modell zur Bestbieterermittlung, das den vergaberechtlichen Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gerecht werde. Die Anwendung dieses Bewertungsmodells führe nämlich dazu, dass die Preisbewertung und die Auswertung und Auswahl des Bestangebots auf der Grundlage völlig unterschiedlicher Parameter und damit nicht vergleichbarer Leistungsinhalte der einzelnen Angebote erfolgen würden. Beim Modell „Base+Click“ trage das Risiko eines höheren Verbrauches an Verbrauchsmaterial der Auftragnehmer, da der Auftraggeber einen sogenannten „all-in“-Preis bezahle. Unabhängig von Deckungsgrad und Austauschzeitpunkt bezahle der Auftraggeber immer denselben Betrag je Click. Beim Modell „Base+Verbrauch“ trage dieses Risiko hingegen der Auftraggeber, weil dieser das Verbrauchsmaterial separat nach Verbrauch zu bezahlen habe. Die beiden Modelle würden sich daher im Leistungsgegenstand und damit im Leistungsinhalt wesentlich unterscheiden. Deshalb sei die Antragstellerin auch davon ausgegangen, dass die Auftraggeberin sich im Zuge des Vergabeverfahrens für eines der beiden Modelle

entscheiden und dieses für alle Bieter einheitlich der Bewertung der Angebote zugrunde legen werde. Die beiden Modelle seien aufgrund ihrer unterschiedlichen Konzeption hinsichtlich der Risikotragung im Zusammenhang mit dem Verbrauchsmaterial jedenfalls nicht miteinander vergleichbar. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung sei daher auch aus diesem Grunde für nichtig zu erklären, da das von der Antragstellerin geltend gemachte Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens eindeutig verletzt worden sei. Selbst wenn die Antragsfrist für die Anfechtung einer Ausschreibung bereits abgelaufen sein sollte, bestehe bei Vorliegen von zwingenden Widerrufsgründen die Verpflichtung des Auftraggebers zum Widerruf des Vergabeverfahrens.

In Punkt 2.2 der Stellungnahme habe die Antragsgegnerin nunmehr völlig unvermutet behauptet, dass eine sogenannte „echte Bieterlücke" und somit ein unbehebbarer Mangel vorliege. Es sei doch völlig eindeutig gewesen, welche Geräte seitens der Antragstellerin seit dem Jahr 2018 angeboten worden seien. So folge bereits aus Punkt 5 in Anlage 9 der Angebotsunterlagen, dass nach durchgeführter Teststellung ein Austausch der angebotenen und getesteten Geräte in weiteren Angeboten nicht mehr zulässig sei. Dass im Letztangebot ein Widerspruch zu den vorangegangen Angeboten bestehe, treffe daher nicht zu. Die Antragstellerin habe deshalb im Preisblatt - Anlage 4 keine Angaben zum Anbieter, Hersteller und Modell gemacht, da kein Zweifel bestanden habe, welche Geräte angeboten worden seien. Die angebotenen Geräte seien bereits seit der Abgabe des Konzepts durch die Antragstellerin angeboten und damit auch fixiert worden. Das zuletzt abgegebene Preisblatt habe sich daher nur auf die bereits angebotenen und getesteten Geräte beziehen können. Eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin durch ein nachträgliches Ausfüllen dieser Kästchen sei im konkreten Fall gänzlich ausgeschlossen, da die Antragstellerin kein anderes Gerät als ein bereits zuvor Angebotenes und Getestetes hätte angeben dürfen.

Zum Vorhalt, die Antragstellerin habe einen Teil der Kosten für die Dienstleistung nicht kalkuliert, führte sie aus, dass entgegen der Ansicht der Auftraggeberin keine Kalkulationsvorgabe vorliege. Die Ausschreibungsunterlagen würden keine Normierung enthalten, wie der Preis für einen Tagsatz zu berechnen sei. Die Zeilenüberschrift in Zelle I5 des Reiters „Dienstleistung" der Anlage 4 (Preisblatt) enthalte den Wortlaut „Tagsatz (8 Stunden) in Eur". Aus welchen Gründen eine Preisbildung nur durch Multiplikation des Stundensatzes derselben Zeile mit der Zahl 8 zulässig sein sollte, sei von der Auftraggeberin nicht begründet worden und würde eine solche Begründung auch nicht existieren. Tatsächlich sei es im Wirtschaftsleben nicht unüblich, Preise für den Abruf einer größeren Menge anders festzusetzen als für eine kleinere Einheit. Hier habe die Antragstellerin für einen Tagsatz das 7,5-fache des Stundensatzes angesetzt. Diese Preisbildung sei zulässig und der so angebotene Preis auch auskömmlich, weil in dem angebotenen Tagsatzpreis ein Gewinnanteil enthalten sei. Gegen eine Kalkulationsvorgabe würde auch die von der Antragsgegnerin selbst erstellte Erläuterung zur Farberkennung in den Preisblättern in dem Reiter „Erklärungen" sprechen. Die Preise seien in die orangenen Felder einzutragen gewesen, sodass hier keine Vorgabe gemacht und keine automatische Berechnung vorgesehen worden sei. In einer Kalkulationsvorgabe läge eine nicht hinnehmbare Einschränkung des Grundsatzes des freien und lauteren Wettbewerbs. Daher seien die Angaben im Preisblatt, ungeachtet einer allfälligen Bestandsfestigkeit, nicht so zu interpretieren, dass sie eine Kalkulationsvorgabe darstellen würden. Die Antragstellerin habe acht Stunden Leistung bei Abruf eines Tagsatzes angeboten. Das ergebe sich aus dem Preisblatt selbst.

Zum Vorbringen der Auftraggeberin hinsichtlich der Protokollierung werde auf die Rz 14f des Nachprüfungsantrags verwiesen. Zum Vorhalt, das Protokoll sei gemeinsam mit der Antragstellerin und ihrer rechtsfreundlichen Vertretung „erstellt bzw. formuliert" worden, werde festgehalten, dass die rechtsfreundliche Vertretung der Auftraggeberin das Protokoll am Computer erstellt und auch formuliert habe. Richtig sei, dass das Protokoll im Anschluss an das Gespräch, anhand eines an die Wand projizierten Bildes, gemeinsam durchgegangen worden sei. Naturgemäß habe dabei nicht die Möglichkeit bestanden, das Protokoll insgesamt zu ändern. Was also in diesem Protokoll festgehalten und was nicht für relevant erachtet worden sei, habe sohin die Auftraggeberin allein bestimmt. Weiters handle es sich um ein Resumeeprotokoll, was definitionsgemäß das enthält, was der Protokollant zusammenfasse. Während des Aufklärungsgesprächs habe die Antragsgegnerin die Ausschreibungskonformität des Angebots für Tagsätze nie in Zweifel gezogen. Die Erklärungen der Antragstellerin im Zusammenhang mit diesem Thema hätten allesamt Fragen der Auftraggeberin nach der Berechnung der Lohnnebenkosten sowie des Gewinnanteils betroffen. Die von der Antragsgegnerin zitierte Aussage werde nunmehr von der Antragsgegnerin völlig aus ihrem Zusammenhang gerissen und aus heutiger Sicht unzureichend protokolliert. Zusammengefasst habe die Antragstellerin ein Angebot für einen Tagsatz mit einer Leistungszeit von 8 Stunden gelegt. Insgesamt liege auch dieser Ausscheidensgrund nicht vor.

Betreffend die Nichtaufschlüsselung der Einzelpreise für Übersiedelungskosten für 5% der Geräte führte die Antragstellerin aus, dass sie bei den Übersiedlungskosten für die Geräteklassen „Mittlere bis große Gruppen 5-15 User“ und „Stockwerk“ nicht einheitliche Preise angeboten habe. Die angebotenen Preise seien vielmehr unterschiedlich. Aus dem Angebotsprüfungsprotokoll gehe nicht hervor, weshalb die angebotenen Preise nicht plausibel seien. Die Antragstellerin erhalte von ihrem Subunternehmer für das Gesamtprojekt einen Spezialpreis, welcher an die Antragsgegnerin mit einem Aufschlag weitergegeben werde. Eine Verpflichtung zur Offenlegung der Kalkulation eines Subunternehmers bestehe nicht. Eine Aufschlüsselung der Kalkulation für die Leistungen, die von ihrem Subunternehmer erbracht werden würden, könne von der Antragstellerin nicht verlangt werden. Im konkreten Fall gehe es bei der betreffenden Position um ein Auftragsvolumen von rund EUR XXXX somit um einen Anteil von XXXX des Gesamtangebotspreises. Somit sei es weder nachvollziehbar noch glaubhaft, sondern vielmehr schikanös zu behaupten, dass das Angebot der Antragstellerin betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar sei.

Hinsichtlich des Austausches von Ersatzteilen verwies die Antragstellerin zunächst auf die Rz 21ff des Nachprüfungsantrags. Die Fixierung (auch Fixiereinheit) diene dazu, den Toner auf dem Papier zu fixieren und halte bestimmungsgemäß eine gewisse Anzahl an Fixiervorgängen (mehrere 10.000), danach sei sie auszutauschen. Das Erreichen der plangemäßen Grenze einer Fixiereinheit stelle keinen Defekt dar, sondern einen eingeplanten, vorhersehbaren und bewussten Umstand im Lebenszyklus eines Druckers. Aus diesem Grund sei die Fixierung nach den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen auch vom Auftraggeber zu tauschen. Fixierungen würden in der Praxis als Verschleißmaterial, als Verbrauchsmaterial oder als Ersatzteile bezeichnet werden. Deshalb sei auch die Verwendung einer bestimmten Bezeichnung für die Fixierung im Grunde ohne Belang. Die Antragstellerin habe die Fixierung unternehmensintern in die Kategorie Verschleißteile/Ersatzteile (vgl. Niederschrift Aufklärungsrunde vom 16.07.2020, Punkt 3) eingeordnet. Bestimmungen über Wartung und Reparatur der Hardware seien in Punkt 4.9 der Anlage 3 - Leistungsgegenstand enthalten. Aus den relevanten Passagen gehe hervor, dass der Austausch einer Fixiereinheit nicht unter Reparatur oder Wartung falle. In Punkt 4.3, der mit „Verbrauchsmaterial“ betitelt sei, sei vorgesehen, dass der Auftragnehmer „herstelleroriginales Verbrauchs- und Verschleißmaterial an die Adressinformationen des Geräts“ sende. Der Austausch von Verbrauchs- und Verschleißmaterial durch den Auftragnehmer sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen. Andere Bestimmungen über die Zuordnung der Fixierung würden in den Ausschreibungsunterlagen nicht existieren. Das Angebot der Antragstellerin enthalte Fixiereinheiten in der Position Click und sohin unter den Verschleißteilen, da Fixierungen eine gewisse Anzahl an Drucken halten würden. Der behauptete Ausscheidensgrund sei daher nicht gegeben. Auch ein Grund für eine diesbezüglich vertiefte Angebotsprüfung sei in keiner Weise vorgelegen.

Betreffend die Kalkulation der „Base pro Monat“ und der „Click pro Seite“-Preise habe die Antragstellerin das Verschleißmaterial wie gefordert in den „Click pro Seite“-Preis einkalkuliert und dies auch so erklärt. Die Kosten für Wartung und Reparatur der Hardware seien seitens der Antragstellerin wie gefordert in „Base pro Monat“ einkalkuliert worden, sofern das Preisblatt nicht etwas Abweichendes vorgesehen habe. Zu den Wartungs- und Reparaturkosten würden nämlich auch die Kosten für Verschleißteile gehören. Diese seien wie gefordert in die „Click pro Seite“-Preise eingerechnet worden. Die Ausschreibungsunterlagen seien gerade hinsichtlich der Wartungs- und Verschleißteile widersprüchlich formuliert. Zum einen werde der Begriff „Cartridge“ und nicht wie sonst in den Ausschreibungsunterlagen sowie im Preisblatt der Begriff "Tonerkartusche" verwendet. Der Begriff „Cartridge“ sei ein branchenüblicher Begriff wie CRU aber keine 100%ige Übersetzung für Tonerkartusche. Eine „Cartridge“ könne auch mehrere Verbrauchs- oder Verschleißteile beinhalten (zB Trommel). Es sei fraglich, ob die einzelnen Angebote überhaupt auf Grund dieser unterschiedlichen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen vergleichbar seien.

Die Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin bleibe auch hinsichtlich des Vorhalts der Vornahme einer angeblich unzulässigen Mischkalkulation intransparent. Die Antragsgegnerin verweise lediglich pauschal auf „die Festlegungen im Preisblatt sowie auf die Angaben der Antragstellerin im Zuge der schriftlichen und mündlichen Aufklärung“ (Rz 97 der Stellungnahme der Antragsgegnerin). Der Ausscheidensgrund des § 269 Abs 1 Z 3 bzw Abs 3 BVergG 2006 könne der Ausscheidensentscheidung nicht entnommen werden. Im Antwortschreiben auf das Aufklärungsersuchen vom 04.06.2020 habe die Antragstellerin ausdrücklich bestätigt, dass das Portal Verbrauchs/Verschleißmaterial, Servicedesk und Incidentmanagement, Ordermanagement, Change-Management, Verbrauchsmaterial, Verschleißmaterial in den Click pro Seite (SW und Farbe) pro Geräteklasse enthalten seien. Die Antragstellerin habe kostendeckend über die Vertragslaufzeit von 6 Jahren mit einer Gewinnmarge kalkuliert. Die

Personalkosten seien gemäß dem Kollektivvertrag Handel enthalten. Die Personalkosten würden XXXX betragen, wobei XXXX auf Verbrauchsmaterial (Toner und Resttonerbehälter) und Ersatzteile (zB Fixierung) entfallen würden. In diesen Ersatzteilen sei das Verschleißmaterial enthalten. Intern werde nur zwischen Verbrauchsmaterial und Ersatzteilen unterschieden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragsgegnerin hier zu dem Schluss gelange, es liege eine unzulässige Verschiebung von Kostenfaktoren vor. Die Antragstellerin habe im Aufklärungsgespräch angegeben, dass die Kalkulation der Verschleißteile abhängig sei vom Volumen und im Wesentlichen auf der Click Anzahl basiere. Sie habe weiters angegeben, dass die Anzahl der Clicks, nach denen ein Verschleißteil auszutauschen sei, variiere und abhängig sei von der jeweiligen Geräteklasse und dem Volumen. Das Verschleißmaterial sei daher auch je Geräteklasse und Volumen unterschiedlich kalkuliert und auch wie vorgesehen in die "Click pro Seite"-Preise eingerechnet worden. Auch aus dem Argument, dass bei den Schwarz/Weiss-Clicks bei den Farbgeräten geringfügig mehr an Kosten als bei den Schwarz/Weiss-Geräten entstehen könnten, lasse sich für die Position der Antragsgegnerin nichts gewinnen. Geringere Margen bei einzelnen Geräten zu kalkulieren sei nicht unzulässig. Weshalb eine Mischkalkulation bei uneinheitlichen Kosten im konkreten Fall vergaberechtlich unzulässig wäre, könne die Antragsgegnerin nicht erklären. Es sei bei der Antragstellerin sowie auch generell in ihrer Branche üblich, Kostenblöcke, welche eine Gesamtsumme darstellen würden und einen „Projektpreis“ hätten, aliquot in dem „Click pro Seite“ - Preis aufzuteilen und wiederum andere Kostenblöcke aliquot im Preis „Base“ zu berücksichtigen. Die Antragstellerin habe bei der Kalkulation der „Click pro Seite“-Preise bei den A4 Seiten der Variante C – Farbgeräte lediglich ihren Gewinnanteil bei den geringfügig teureren Schwarz/Weiß Clicks bei den Farbgeräten im Vergleich zu den der Variante B - Schwarz/Weiß-Geräte reduziert. Alle angebotenen A4-Geräte in der Variante C hätten jeweils denselben Farbpreis und in der Variante B jeweils den selben Schwarz/Weiß Preis, denn die Geräte würden beim jeweiligen Druck in Schwarz/Weiß beziehungsweise in Farbe die gleichen Kosten hinsichtlich der Verbrauchs- und Verschleißmaterialien verursachen. Es sei somit keine Verschiebung der verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen durch Einrechnung von Aufschlägen in andere Positionen vorgenommen worden, weshalb auch keine vergaberechtlich unzulässige Mischkalkulation vorliege.

Die Antragsgegnerin nenne in ihrer Stellungnahme einen weiteren (möglichen) Ausscheidensgrund, nämlich die angeblich unzulässige Angebotsänderung durch die Antragstellerin. Dieser Ausscheidungsgrund sei weder in der Ausscheidensentscheidung noch im Angebotsprüfungsprotokoll als solcher angeführt worden. So habe die Antragstellerin ausdrücklich angegeben, dass es sich hierbei um keine Angebotsbedingung handle. Eine unzulässige Angebotsänderung sei nicht erfolgt. In den Ausschreibungsunterlagen werde eine eigene Regelung getroffen, wonach der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes erkläre, dass die Ausschreibungsunterlagen samt allen ihren Teilen integrierte Bestandteile seines Angebotes seien und die Ausschreibungsunterlagen vor seinem Angebot gelten würden. Die Antragstellerin habe nochmals auf Ersuchen der Antragsgegnerin genau dies, nämlich den Vorrang der Ausschreibungsunterlagen, im Sinne des Punktes 8.6. der Aufforderung zur Angebotsabgabe bestätigt.

Zu den angeblich nicht kostendeckenden Preisen und der angeblich spekulativen Preisgestaltung behaupte die Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung, dass eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegen würde. Diese Behauptung sei jedoch nicht begründet. Das Vorliegen eines angeblich ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises und in weiterer Folge das Vorliegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises sei nicht nachprüfbar substantiiert worden. Die Antragsgegnerin habe die Verweigerung der Offenlegung der Argumente damit argumentiert, dass durch den geschätzten Auftragswert Rückschlüsse auf die Preissituation auf dem zum Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes bestehenden Markt möglich wären. Damit könne kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Antragsgegnerin geltend gemacht werden. Die Ausscheidensentscheidung sei daher auch aus diesem Grunde für nichtig zu erklären. In jedem Fall sei es außerdem zusätzlich unzulässig gewesen, einen Vergleich zu den derzeit gültigen Konditionen vorzunehmen. Die aktuellen Konditionen würden auf einem Angebot aus dem Jahr 2011 beruhen. Die stete technische Entwicklung sowie die Veränderungen bei der Entwicklung und Produktion technischer Geräte und der damit einhergehende und in der Vergangenheit einhergegangenen Preisverfall sowie die damit einhergehenden Vereinfachungen und Kosteneinsparungen bei der Wartung der Geräte durch eine geringere Anzahl an Technikern seien ein Faktum und würden damit wohl außer Streit stehen. Das Gesamtvolumen des Angebotes aus 2011 habe insgesamt 500 Geräte mehr umfasst. Nicht nur dieser Quantitäts- sondern auch der aufgrund der technischen Entwicklung stattgefundene Qualitätsunterschied dieser zwei Angebo

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

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