

TE Verg Bescheid 2010/3/15 N/0130-BVA/02/2009-29

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.03.2010

Norm

BVergG 2006 §2 Z3

BVergG 2006 §2 Z16

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §132

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §322 Abs1 Z5

BVergG 2006 §322 Abs1 Z7

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs14 Z2

ABGB §914 ff

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

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

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Konzeptionierung, Umsetzung und anschließender Betrieb von Commodity IKT-Services" des Auftraggebers Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mbH, Schnirchgasse 11, 1030 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 23.12.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Konzeptionierung, Umsetzung und anschließender Betrieb von Commodity IKT-Services" des Auftraggebers Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mbH, Schnirchgasse 11, 1030 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 23.12.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, das Bundesvergabeamt möge "die mit Telefax vom 9.12.2009 bekannt gemachte Entscheidung der Austro Control GmbH, im gegenständlichen Vergabeverfahren nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag der B*** zu erteilen, für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Konzeptionierung, Umsetzung und anschließender Betrieb von Commodity IKT-Services" als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung des Auftraggebers Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mbH erfolgte am 19.12.2008 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften, 2008/S 249-332439. Zur Vergabe nach dem Bestbieterprinzip gelangt eine Dienstleistung der Kategorie Nr. 7, CPV-Code 72000000, mit einer Laufzeit von vorerst 5 Jahren. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. Euro 0,8 Mio/Jahr bis maximal ca. Euro 1,2 Mio/Jahr ermittelt.

Von den vom Auftraggeber mit Schreiben vom 1.4.2009 zur Angebotsabgabe - nach Verlängerung der Angebotsfrist am 8.5.2009 - bis 25.5.2009 insgesamt eingeladenen 5 Bewerbern, langten 4 Angebote ein. Nach Ausscheiden eines Bieters mit Telefaxmitteilung vom 27.5.2009 (vgl. N/0059-BVA/02/2009-19) und der erstmaligen Bewertung der Angebote am 6.8.2009, fanden mit den übrigen 3 Bieter zwei Verhandlungsrunden statt. Danach wurden die Bieter mit Telefaxmitteilung vom 30.10.2009 aufgefordert, bis 11.11.2009, 10:00 Uhr, ein "Last and best Offer" abzugeben. Im Zuge der Überprüfung der "Last and best Offer" wurden alle Bieter mit Telefaxmitteilung vom 18.11.2009 um Aufklärung bzw. Bestätigung von aus Sicht des Auftraggebers aus den jeweiligen Unterlagen nicht schlüssig zu entnehmenden Fragen bis 25.11.2009, 10:00 Uhr, aufgefordert. Von den vom Auftraggeber mit Schreiben vom 1.4.2009 zur Angebotsabgabe - nach Verlängerung der Angebotsfrist am 8.5.2009 - bis 25.5.2009 insgesamt eingeladenen 5 Bewerbern, langten 4 Angebote ein. Nach Ausscheiden eines Bieters mit Telefaxmitteilung vom 27.5.2009 vergleiche N/0059-BVA/02/2009-19) und der erstmaligen Bewertung der Angebote am 6.8.2009, fanden mit den übrigen 3 Bieter zwei Verhandlungsrunden statt. Danach wurden die Bieter mit Telefaxmitteilung vom 30.10.2009 aufgefordert, bis 11.11.2009, 10:00 Uhr, ein "Last and best Offer" abzugeben. Im Zuge der Überprüfung der "Last and best Offer" wurden alle Bieter mit Telefaxmitteilung vom 18.11.2009 um Aufklärung bzw. Bestätigung von aus Sicht des Auftraggebers aus den jeweiligen Unterlagen nicht schlüssig zu entnehmenden Fragen bis 25.11.2009, 10:00 Uhr, aufgefordert.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hatte Fragen, betreffend Preiskalkulation und den Konzepten

Vertragsbeendigung, ACG-Aufwendungen, Verfügbarkeit, Abschluss Dienstleistungsvereinbarungen im datenschutzrechtlichen Sinn, Rechenzentrums-standort, Drucker-Kompatibilitätstest, Drucker-Kostenverringerung/ Deckung/ Druckjobumleitung und Drucker-über 5 Jahre aufzuklären. Weiters hatte sie die in den Verhandlungen vereinbarten Festlegungen zum Helpdesk-Zugriff, den HW Austauschzyklen und Message Labs schriftlich zu bestätigen. Die beiden übrigen Bieter hatten die Darstellung der Funktionen "end-to-end" für Clients zu vervollständigen und die in der Verfügbarkeitsberechnung der beiden Last and best Offer nicht berücksichtigte Verfügbarkeit der ACG Clients (HW & SW) zu bestätigen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin kam der Aufforderung durch den Auftraggeber mit Darstellung vom 24.11.2009 zu den genannten Themen nach und legte insbesondere ihre Preiskalkulation generell, aber auch zu einzelnen Preispositionen (Betrieb Ist-Zustand, Ref. TLV Kap 2.2.4, Client Service Betrieb Ref. TLV Kap 14, Mail Service Ref. TLV Kap 11, Endgeräte Kommunikation Ref. Kap 8, 9, 16 - 20, Internet und Druckservice Ref. TLV Kap 15) ausführlich dar und stellte auch die Details zur Verfügbarkeitsberechnung in mehreren graphischen Tabellen textlich dar (vgl. Beilage F zur Angebotsbewertung). Die präsumtive Zuschlagsempfängerin kam der Aufforderung durch den Auftraggeber mit Darstellung vom 24.11.2009 zu den genannten Themen nach und legte insbesondere ihre Preiskalkulation generell, aber auch zu einzelnen Preispositionen (Betrieb Ist-Zustand, Ref. TLV Kap 2.2.4, Client Service Betrieb Ref. TLV Kap 14, Mail Service Ref. TLV Kap 11, Endgeräte Kommunikation Ref. Kap 8, 9, 16 - 20, Internet und Druckservice Ref. TLV Kap 15) ausführlich dar und stellte auch die Details zur Verfügbarkeitsberechnung in mehreren graphischen Tabellen textlich dar (vergleiche Beilage F zur Angebotsbewertung).

Die Zweitgereichte - sowie auch die Antragstellerin - brachten fristgerecht mit Telefaxmitteilungen vom 24.11.2009 eine Darstellung der Funktionen "end-to-end" für Clients bei und bestätigten auch deren Verfügbarkeit.

Nach Abschluss der Angebotsprüfung wurden alle Bieter mit Mitteilung vom 30.11.2009 per Telefax erstmals davon in Kenntnis gesetzt, dass sich der Auftraggeber entschieden habe "dem Bestbieter, B*** den Zuschlag zu erteilen, welche mit einem Preis von EUR 3.799.460,64 angeboten hat". Unter einem informierte der Auftraggeber die beiden anderen Bieter über die Bewertung ihrer Angebote sowie deren Unterschiede zum Bestbieter (idF 1. Zuschlagsentscheidung). Mit Telefax vom 4.12.2009 ersuchte die A*** um eine Verlängerung der Stillhaltefrist und begehrte eine schriftliche Darlegung sämtlicher Gründe für die vom Auftraggeber getroffene Zuschlagsentscheidung wie folgt: Nach Abschluss der Angebotsprüfung wurden alle Bieter mit Mitteilung vom 30.11.2009 per Telefax erstmals davon in Kenntnis gesetzt, dass sich der Auftraggeber entschieden habe "dem Bestbieter, B*** den Zuschlag zu erteilen, welche mit einem Preis von EUR 3.799.460,64 angeboten hat". Unter einem informierte der Auftraggeber die beiden anderen Bieter über die Bewertung ihrer Angebote sowie deren Unterschiede zum Bestbieter in der Fassung 1. Zuschlagsentscheidung). Mit Telefax vom 4.12.2009 ersuchte die A*** um eine Verlängerung der Stillhaltefrist und begehrte eine schriftliche Darlegung sämtlicher Gründe für die vom Auftraggeber getroffene Zuschlagsentscheidung wie folgt:

- -Strichaufzählung
"Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes, insbesondere alle erreichten Punktezahlen;
- -Strichaufzählung
Ergebnisse der vertieften Angebotsprüfung insoweit für die Beurteilung der Preisangemessenheit erforderlich;
- -Strichaufzählung
Ausmaß der Preisreduktion vom Erstangebot zum BAFO;
- -Strichaufzählung
Wie wurde das Kriterium "Aufwand der ACG im Vergleich zu Mitbewerbern" berücksichtigt;
- -Strichaufzählung
Wie wurde das Kriterium "Flexibilität" für ACG berücksichtigt;
- -Strichaufzählung
Welche firmeninternen Möglichkeiten wurden von B*** im Vergleich zu A*** offensichtlich besser ausgeschöpft;
- -Strichaufzählung
Welches Rechenzentrumskonzept verfolgt der erfolgreiche Bieter;
- -Strichaufzählung
Wie war die Expertenkommission zum Zuschlagskriterium "Qualität" zusammengesetzt;

Wie beurteilt ACG, dass der erfolgreiche Bieter arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen nicht einhält (z.B.

Einspruch gegen die Wirtschaftsführung gemäß § 111 ArbVG). "Wie beurteilt ACG, dass der erfolgreiche Bieter arbeits-

und sozialrechtliche Bestimmungen nicht einhält (z.B. Einspruch gegen die Wirtschaftsführung gemäß Paragraph 111, ArbVG)."

Unter Bezugnahme auf diese Eingabe, traf der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten der "B*** ("B***") als Bestbieterin" mit Faxmitteilung vom 9.12.2009 (idF 2. Zuschlagsentscheidung) neu. Neben dem Hinweis auf das Ablaufen der Stillhaltefrist am 23.12.2009 und Angaben zur Besetzung der Expertenkommission für die Jurybewertung für die Angebotsteile: Unter Bezugnahme auf diese Eingabe, traf der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten der "B*** ("B***") als Bestbieterin" mit Faxmitteilung vom 9.12.2009 in der Fassung 2. Zuschlagsentscheidung) neu. Neben dem Hinweis auf das Ablaufen der Stillhaltefrist am 23.12.2009 und Angaben zur Besetzung der Expertenkommission für die Jurybewertung für die Angebotsteile:

Allgm. Betriebs- und Migrationskonzept, Client-, File/Mail/Plattform-, Netzwerk-, Drucker- und Rechenzentrumskonzept, wurde zur Bewertung des Angebotes der Bestbieterin und des Angebotes der A*** darin ausgeführt wie folgt:

"B. Bewertung des Angebots der Bestbieterin

B*** hat in der schlussendlichen Bewertung insgesamt 89 Punkte erreicht, die sich wie folgend zusammensetzen:

Preis:

B*** hat mit einem Preis von EUR 3.799.460,64 angeboten und somit von 100 möglichen auch 100 Punkte erhalten; entsprechend der Gewichtung ergab dies 60 Punkte für die Gesamtbewertung.

Qualität:

Die Qualitätsbewertung erfolgte gemäß u.a. Tabelle; B*** hat hier folgende Punkte erreicht:

(Tabelle nicht darstellbar)

Sollkriterien gem. LV:

Die B*** hat verschiedene SOLL-Kriterien hinsichtlich der Ausstattung von Clients (PCs und Notebooks) nicht erfüllt und daher entsprechend eine geringere Anzahl von SOLL-Punkten erhalten.

Konzepte (Fachjury):

Allgm. Betriebs- und Migrationskonzept:

Ein Mitarbeiter wird fix vor Ort zur Verfügung gestellt. Die Userakzeptanz wird generell geringer gegenüber den Angeboten der Mitbewerber eingestuft, da sich ACG an den B*** Standard anpassen muss.

Das erhöht das Risiko in der Umsetzung und vermindert die Anwendbarkeit in der Praxis. Aufgrund der Angaben der B*** rechnet ACG mit einem höheren Aufwand an ACG Ressourcen. Die Schlüssigkeit des Konzeptes ist gegeben.

Client-Konzept:

Ein hoher Automatisierungsgrad sichert optimale Kosten. Auch hier wird der Standard strikt eingehalten. Individuelle Lösungen werden als Ausnahmefall behandelt, dies bedeutet einen Mehraufwand seitens ACG und eine spürbare Einschränkung der Flexibilität.

Das erhöht das Risiko in der Umsetzung und vermindert die Anwendbarkeit in der Praxis. Aufgrund der Angaben der B*** rechnet ACG mit einem höheren Aufwand an ACG Ressourcen. Die Schlüssigkeit des Konzeptes ist gegeben.

File/Mail/Plattform-Konzept:

Die von B*** angebotene Lösung weist im Vergleich zum Wettbewerb eine höhere Komplexität auf.

Das erhöht das Risiko in der Umsetzung und vermindert die Anwendbarkeit in der Praxis. Aufgrund der Angaben der B*** rechnet ACG mit einem höheren Aufwand an ACG Ressourcen. Die Schlüssigkeit des Konzeptes ist gegeben.

Netzwerk-Konzept:

Dieses Konzept erfüllt die Minimalanforderungen.

Aufgrund der Angaben der B*** rechnet ACG mit einem höheren Aufwand an ACG Ressourcen. Die Schlüssigkeit des Konzeptes ist gegeben.

Drucker-Konzept:

B*** bietet ein straff am Standard orientiertes Konzept, das im Vergleich zum Mitbewerb ACG - Engagement hinsichtlich Userakzeptanz erfordert.

Das erhöht das Risiko in der Umsetzung und vermindert die Anwendbarkeit in der Praxis. Aufgrund der Angaben der B*** rechnet ACG mit einem höheren Aufwand an ACG Ressourcen. Die Schlüssigkeit des Konzeptes ist gegeben.

Rechenzentrums-Konzept:

Dieses Konzept erfüllt die Minimalanforderungen. Die von B*** angebotene Lösung weist im Vergleich zum Mitbewerb eine höhere Komplexität auf. Das erhöht das Risiko in der Umsetzung und vermindert die Anwendbarkeit in der Praxis. Die Schlüssigkeit des Konzeptes ist gegeben.

Somit erreichten B*** in Summe für die Bewertung Qualität, insgesamt 73 Punkte die entsprechend der Gewichtung mit 40%, mit 29 Punkten in die Gesamtbewertung einfließen.

Das Konzept der B*** zeichnet sich vor allem durch das Aufzeigen von innovativen Kostenoptimierungsmöglichkeiten in der Umsetzung der geforderten Leistung aus. D.h. mit dem stark ausgeprägten Fokus, Kosten zu sparen, erfolgte eine klare Abgrenzung des von B*** angebotenen Leistungsspektrums und sehr starke Konzentration auf Standardverfahren. Somit konnte von B*** die Qualität entsprechend ACG - Mindestanforderungen kalkuliert und angeboten werden. Individuelle Mehrleistungen wurden von B*** zu den B*** Standardprozessen deutlich abgegrenzt und klar dargestellt, dass die Abweichung von den B*** Standardprozessen nicht im Angebot enthalten ist. Die von ACG geforderten Leistungen gemäß LV werden erfüllt.

C. Bewertung Ihres Angebots

Wir möchten Sie informieren, dass wir mit dem von Ihnen übermittelten Angebot die Bewertung gern. unserer Ausschreibungsunterlage wie folgt vorgenommen haben:

1. 1.Ziffer eins

Preis mit einer Gewichtung von 60%:

Am besten bewertet wurde das Angebot mit dem billigsten Preis gern. der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Formel. Mit Ihrem Angebot haben Sie in der Bewertung von 100 möglichen Punkten 76 Punkte erreicht, entsprechend der Gewichtung mit 60% ergeben dies 46 Punkte für die Gesamtbewertung.

1. 2.Ziffer 2

Qualität mit einer Gewichtung von 40 %:

Beim Kriterium "Qualität" wurden die eingereichten Angebote nach zwei Subkriterien bewertet: von den im jeweiligen Subkriterium erreichten Punkten floss ein definierter Prozentsatz in die Gesamtbewertung "Qualität" ein und ergab eine Gesamtpunkteanzahl. Insgesamt waren im Kriterium Qualität wieder maximal hundert (100) Punkte erreichbar.

In der Bewertung haben Sie von 100 möglichen Punkten für das Subkriterium "Soll LV" 98 Punkte erreicht, gewichtet mit 10% sind dies 10 Punkte für die Bewertung Qualität. Für das Subkriterium "Konzepte" haben Sie 91 Punkte erreicht, gewichtet mit 90% sind dies 82 Punkte für die Bewertung Qualität.

Somit erreichten Sie in Summe für die Bewertung Qualität, insgesamt 92 Punkte die entsprechend der Gewichtung mit 40%, mit 37 Punkte in die Gesamtbewertung einfließen.

Die Jury hat Ihr technisch starkes Konzept durchaus positiv bewertet. Alle Angaben im Angebot zu den Detailkonzepten sind schlüssig und nachvollziehbar. Allerdings ist der Aufwand für die ACG gegenüber den Mitbewerbern mit dem höchsten Wert angegeben. Zudem wird bei den Tools ein hoher Standardisierungsgrad angegeben, der sich für die Flexibilität in der ACG nachteilig auswirken könnte. Dieses Angebot zeichnet sich dadurch aus, dass mutige technische und organisatorische Lösungsansätze eingebracht wurden.

Für die Gesamtbewertung haben Sie insgesamt 83 Punkte erreicht und liegen somit hinter dem Bestgereichten, B***.

Zur Anfrage der A*** vom 4.12.2009 informierte der Auftraggeber wie folgt:

"

1. 1.Ziffer eins

Der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 30.11.2009 und 9.12.2009 sind alle wesentlichen Merkmale/Vorteile des Angebots der Bestbieterin B*** IT Solution and Services zu entnehmen. Entscheidend war der erheblich günstigere Preis. Auf die Gründe, weshalb Ihr Qualitätsangebot nicht die volle Punktzahl erhalten hat, haben wir ebenfalls schon im Schreiben vom 30.11.2009 hingewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die Ergebnisse der vertieften Angebotsprüfung sowie Fragen zur Preisreduktion im Vergleich zum Erstangebot, unterliegen den Geschäftsgeheimnissen der Bestbieterin. Es handelt sich hierbei nicht um nach § 131 BVergG 2006 bekannt zu gebende Merkmale eines Angebots. Die Ergebnisse der vertieften Angebotsprüfung sowie Fragen zur Preisreduktion im Vergleich zum Erstangebot, unterliegen den Geschäftsgeheimnissen der Bestbieterin. Es handelt sich hierbei nicht um nach Paragraph 131, BVergG 2006 bekannt zu gebende Merkmale eines Angebots.

3. 3.Ziffer 3

Das Rechenzentrumskonzept bzw. die firmeninternen Möglichkeiten, die die Bestbieterin ausgeschöpft hat, zählen ebenfalls zu deren Geschäftsgeheimnissen und sind ebenfalls nicht nach § 131 BVergG 2006 bekannt zu geben. Das Rechenzentrumskonzept bzw. die firmeninternen Möglichkeiten, die die Bestbieterin ausgeschöpft hat, zählen ebenfalls zu deren Geschäftsgeheimnissen und sind ebenfalls nicht nach Paragraph 131, BVergG 2006 bekannt zu geben.

4. 4.Ziffer 4

Arbeits- und sozialrechtliche Fragen haben sich beim Angebot der Bestbieterin nicht gestellt. Worauf sich Ihre Frage bezieht, ist unklar.

Wir hoffen, dass diese Informationen für Sie zu einem besseren Verständnis zu unserer Zuschlagsentscheidung führen und möchten Sie zudem gerne einladen, in Ihre Detailbewertungsunterlagen Einsicht zu nehmen."

Unter Bezugnahme auf deren Aufforderung per Telefax vom 18.12.2009 übermittelte der Auftraggeber - nach einem unvollständigen ersten Versuch wenige Minuten zuvor - mit Telefaxmitteilung vom 21.12.2009 als Beilage 1 "den gültigen Prüfbericht zur Qualitätsbewertung" an die A*** und informierte gleichzeitig, dass der Angebotspreis für das Angebot der Bestbieterin im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung plausibel dargestellt worden und dass die A*** aus der Angebotsbewertung als drittgerahmte Bieterin hervorgegangen sei.

Mit Schriftsatz vom 23.12.2009 brachte die A***, vertreten durch Y*** (im Folgenden Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie im Spruch wiedergegeben, auf Ersatz bzw. in eventu auf Rückerstattung der Pauschalgebühren im Nachprüfungsverfahren und im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ein.

Dem gleichfalls gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabamtes vom 30.12.2009, GZ N/0130-BVA/02/2009-EV9, stattgegeben. Dem Auftraggeber wurde für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Begründend führte die Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Schriftsatz im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 den inhaltlichen Anforderungen gemäß § 131 BVergG nicht voll umfänglich gerecht werde. Genannt würden nur die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei den einzelnen Subkriterien des Kriteriums "Qualität", Subkriterium "Konzept" erhaltenen Punkte. Fehlen würden jedoch die Angabe der von der nunmehrigen Antragstellerin erreichten Punkte zu zahlreichen Subkriterien, als auch die Beurteilung dieser Konzepte durch die Fachjury sowie die geforderte Angabe der Gründe für die Ablehnung des Angebots und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots. Die Antragstellerin verfüge sohin mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht über jene Informationen, die es ihr ermöglichen würden, diese Entscheidung des Auftraggebers im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Begründend führte die Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Schriftsatz im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 den inhaltlichen Anforderungen gemäß Paragraph 131, BVergG nicht voll umfänglich gerecht werde. Genannt würden nur die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei den einzelnen Subkriterien des Kriteriums "Qualität", Subkriterium "Konzept" erhaltenen Punkte. Fehlen würden jedoch die Angabe der von der nunmehrigen Antragstellerin erreichten Punkte zu zahlreichen Subkriterien, als auch die Beurteilung dieser Konzepte durch die Fachjury sowie die geforderte Angabe der Gründe für die Ablehnung des Angebots und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots. Die Antragstellerin verfüge sohin mit

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht über jene Informationen, die es ihr ermöglichen würden, diese Entscheidung des Auftraggebers im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen.

Diese Mangelhaftigkeit der Zuschlagsentscheidung habe die Antragstellerin auch in ihrem Schreiben an den Auftraggeber vom 18.12.2009 erwähnt. In der Antwort des Auftraggebers vom 21.12.2009 habe dieser die fehlenden Informationen "nachgereicht". Der Auftraggeber habe zunächst eine Bewertungstabelle mit den erreichten Punkten der Antragstellerin sowie eine kurze Bewertung der Konzepte durch die Fachjury nachgereicht und dann - in einem 2. Schreiben vom selben Tag - seien die Bewertungen der Konzepte durch die Fachjury verlängert übermittelt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären.

Der Gesamtpreis des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht plausibel zusammengesetzt. Die Antragstellerin habe ihr Angebot knapp kalkuliert und sei dabei zu einem Angebotspreis von ca Euro 5 Mio gekommen. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf einen Angebotspreis von Euro 3.799.460,64 kommen habe können. Trotz der laut Angaben des Auftraggebers durchgeführten vertieften Angebotsprüfung, bleibe ein derart niedriger Gesamtpreis des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die Antragstellerin unverständlich. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot die Personalkosten für 36.000 Arbeitsstunden mit einem Mischstundensatz von EURO 50,-- kalkuliert (vgl. Personalkosten EURO 1,8 Mio, Hardware EURO 1 Mio, Lizenzen EURO 1,1 Mio, Sonstiges EURO 0,4 Mio = gesamt EURO 4,3 Mio + optionale Dienstleistungen). Bei einem Angebotspreis ohne optionale Dienstleistungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Höhe von EURO 3,2 Mio, ergebe sich an Personalkosten für geschätzte 36.000 Arbeitsstunden ein Betrag von EURO 0,5 Mio, woraus nur ein Mischstundensatz von EURO 20,-- folge. Dies bedeute, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Personalkosten "unterkollektivvertraglich" bemessen habe, sodass deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen sei. Der Gesamtpreis des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht plausibel zusammengesetzt. Die Antragstellerin habe ihr Angebot knapp kalkuliert und sei dabei zu einem Angebotspreis von ca Euro 5 Mio gekommen. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf einen Angebotspreis von Euro 3.799.460,64 kommen habe können. Trotz der laut Angaben des Auftraggebers durchgeführten vertieften Angebotsprüfung, bleibe ein derart niedriger Gesamtpreis des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die Antragstellerin unverständlich. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot die Personalkosten für 36.000 Arbeitsstunden mit einem Mischstundensatz von EURO 50,-- kalkuliert vergleiche Personalkosten EURO 1,8 Mio, Hardware EURO 1 Mio, Lizenzen EURO 1,1 Mio, Sonstiges EURO 0,4 Mio = gesamt EURO 4,3 Mio + optionale Dienstleistungen). Bei einem Angebotspreis ohne optionale Dienstleistungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Höhe von EURO 3,2 Mio, ergebe sich an Personalkosten für geschätzte 36.000 Arbeitsstunden ein Betrag von EURO 0,5 Mio, woraus nur ein Mischstundensatz von EURO 20,-- folge. Dies bedeute, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Personalkosten "unterkollektivvertraglich" bemessen habe, sodass deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen sei.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin stehe in mehreren Punkten im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen:

Die Multifunktionsgeräte (Preisblatt Rubrik "Service laufend", Position 12 "Druckservice") seien nicht in der in der Ausschreibung geforderten Anzahl angeboten worden und sie entsprächen, da der geforderte 42 Seiten Ausdruck im Format A4 pro Minute von der angebotenen Gerätetype nicht erreicht werde, auch nicht den technischen Mindestanforderungen laut Ausschreibung.

Das Pay-per-Page beinhalte weder ein Zonen- noch ein Printing-Policy-Konzept. Der Auftraggeber habe für die Kalkulation der Pay-per-Page Konzepte eine genaue Ziffer vorgegeben. Diese habe bei den Gerätetypen A und B EURO 2 Mio. und bei Gerätetyp C EURO 1,5 Mio. betragen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich nicht an diese Kalkulationsvorgaben gehalten und sei von anderen Beträgen ausgegangen. Dieselben Vorwürfe wie bei den Multifunktionsgeräten seien auch für die Arbeitsplatzgerätetypen A und B zu machen.

Die technischen Konzepte seien nicht ausreichend klar erstellt bzw. nicht ausreichend definiert. Es sei nicht auf alle in der Ausschreibung geforderten Mindestbedingungen eingegangen worden. Das Back-Up-Konzept über zwei Standorte sei nicht abgebildet worden, denn es sei weder auf die Lagerung der Sicherungsbänder an zwei Standorten eingegangen worden, noch seien die Adressen der zwei Standorte genannt bzw. die sicherheitsrelevanten Ausstattungsmerkmale dieser zwei Standorte in irgendeiner Weise beschrieben worden.

Der geforderte maximale Tauschrhythmus von maximal 36 Monaten für die Notebooks sei nicht im entsprechenden Maße zugesagt worden. Es sei offensichtlich von einer längeren Einsatzdauer der Notebooks ausgegangen worden. Es sei dem Auftraggeber keine rechtsverbindliche Sicherheit oder Zusage gegeben worden, dass ein Austausch jedes Notebooks jedenfalls spätestens nach 36 Monaten durch ein gleichwertiges Notebook stattfinden würde.

Die Storage-Funktion des Servers für den Auftraggeber sei nicht mittlerer Art und Güte (Mid Range Storage), sondern im Low-end-Bereich. Die unmittelbare Konsequenz der angebotenen sehr schlechten Qualität äußere sich in einer drastisch schlechteren Verfügbarkeit und in einer schlechten Performance. Dass nur ein Low-end-Produkt für die Storage angeboten worden sei, erkenne man anhand der angebotenen Type. Aus der Darstellung des Angebotes des technischen Konzepts im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gehe eindeutig hervor, dass kein Produkt mittlerer Art und Güte angeboten worden sei. Dies wäre jedoch branchenüblich und außerdem für die ausschreibungsgemäß geforderten Funktionen unbedingt erforderlich.

Die notwendigen Lizenzen für die Virtualisierung (VM Ware) seien im Preis nicht berücksichtigt worden. Die virtuelle Software hätte im technischen Konzept unbedingt erwähnt werden müssen.

Im eklatanten Widerspruch zur konkreten Anforderung in der Ausschreibung sei die notwendige Software zur Verschlüsselung der Notebooks im Konzept nicht dargestellt worden, sie sei somit nicht im Angebot enthalten, und die präsumtive Zuschlagsempfängerin verweise ausschreibungswidrig auf die Geltung eigener Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote seien gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ohne Verbesserungsauftrag sofort auszuscheiden. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote seien gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ohne Verbesserungsauftrag sofort auszuscheiden.

Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Sie erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags als eigentliche Bestbieterin, in ihrem Recht auf Ausscheidung nicht ausschreibungskonformer Angebote und insbesondere in ihrem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote, u.a. gemäß § 19 Abs. 1 BVergG, verletzt. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da auch das Angebot der Zweitgereihten wegen mehrfacher Widersprüche zu den Ausschreibungsunterlagen auszuscheiden gewesen wäre und somit die Antragstellerin Bestbieterin sei und ihr der Zuschlag zu erteilen wäre. Der Antragstellerin drohe bei Erteilung des Zuschlags an die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Schaden aus entgangenem Gewinn von ca. EURO 250.000,--, sowie aus frustrierten Kosten der Angebotserstellung von ca. EURO 70.000,-. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Sie erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags als eigentliche Bestbieterin, in ihrem Recht auf Ausscheidung nicht ausschreibungskonformer Angebote und insbesondere in ihrem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote, u.a. gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, verletzt. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da auch das Angebot der Zweitgereihten wegen mehrfacher Widersprüche zu den Ausschreibungsunterlagen auszuscheiden gewesen wäre und somit die Antragstellerin Bestbieterin sei und ihr der Zuschlag zu erteilen wäre. Der Antragstellerin drohe bei Erteilung des Zuschlags an die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Schaden aus entgangenem Gewinn von ca. EURO 250.000,--, sowie aus frustrierten Kosten der Angebotserstellung von ca. EURO 70.000,-.

- und aus den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung von geschätzt ca. EURO 10.000,--. Schließlich ginge der Antragstellerin auch ein wichtiges Referenzprojekt verloren.

Mit Schriftsatz vom 23.12.2009 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch X***, allgemeine Angaben zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vergabeverfahrens betrage ca. 1,2 Mio. Euro/Jahr, somit für die ausgeschriebenen 5 Jahre EURO 6 Mio und der Dienstleistungsauftrag der Kategorie 7, CPV-Code Nr. 72000000, werde in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich vergeben. Das Vergabeverfahren befinde sich in der Phase der Zuschlagsentscheidung, nachdem im Verhandlungsverfahren 2 Verhandlungsrunden mit 3 short gelisteten Bietern (a) C***, (b) A*** und (c)

B*** durchgeführt worden seien. Die Angebotsöffnung für das Last and best Offer [(a) EURO 4.999.829,20, (b) 4.997.495,04 und (c) 3.799.460,64] sei am 11.11.2009 erfolgt. Es seien weder eine Widerrufs- noch eine Zuschlagsentscheidung oder ein Widerruf bzw. ein Zuschlag erfolgt.

Zum Nachprüfungsantrag führte der Auftraggeber in der Stellungnahme vom 11.1.2010 im Wesentlichen aus, dass es der an dritter Stelle gereihten Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Unabhängig davon, ob das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen vermeintlich nicht plausiblen Gesamtpreis bzw wegen ausschreibungswidrigem Angebotsinhalt auszuschneiden sei, mangle es der Antragstellerin, die kein konkretes Vorbringen erstattet habe, weshalb das Angebot der Zweitgereihten auszuschneiden gewesen wäre, am Rechtsschutzinteresse. Nach dem unterlassenen Vorbringen liege ein wesentlicher Einfluss der von der Antragstellerin monierten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSv § 325 Abs 2 BVergG nicht vor und sei ein solcher Einfluss im gegenständlichen Fall unmöglich. Zum Nachprüfungsantrag führte der Auftraggeber in der Stellungnahme vom 11.1.2010 im Wesentlichen aus, dass es der an dritter Stelle gereihten Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Unabhängig davon, ob das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen vermeintlich nicht plausiblen Gesamtpreis bzw wegen ausschreibungswidrigem Angebotsinhalt auszuschneiden sei, mangle es der Antragstellerin, die kein konkretes Vorbringen erstattet habe, weshalb das Angebot der Zweitgereihten auszuschneiden gewesen wäre, am Rechtsschutzinteresse. Nach dem unterlassenen Vorbringen liege ein wesentlicher Einfluss der von der Antragstellerin monierten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSv Paragraph 325, Absatz 2, BVergG nicht vor und sei ein solcher Einfluss im gegenständlichen Fall unmöglich.

Zur mangelhaften Zuschlagsentscheidung verwies der Auftraggeber auf die Gesetzesmaterialien zu § 131 BVergG, wonach Musterverständigungen ausdrücklich zulässig seien. Eine individualisierte Mitteilung über die Bekanntgabe ihrer eigenen Detailpunkte, wie sie die Antragstellerin fordere, sei nicht erforderlich. Nach § 128 Abs 3 BVergG habe der Auftraggeber Detailinformationen über die Prüfung der jeweiligen Angebote ausschließlich auf Verlangen des jeweiligen Bieters zu gewähren. In der verfahrensgegenständlichen 2. Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 werde sowohl auf die Anfrage der Antragstellerin vom 4.12.2009 als auch auf die 1. Zuschlagsentscheidung vom 30.11.2009 verwiesen, sodass dieses Schreiben bei der "Beurteilung der ausreichenden Information der Antragstellerin" spätestens zum Zeitpunkt der 2. Zuschlagsentscheidung mit zu berücksichtigen sei. Zur mangelhaften Zuschlagsentscheidung verwies der Auftraggeber auf die Gesetzesmaterialien zu Paragraph 131, BVergG, wonach Musterverständigungen ausdrücklich zulässig seien. Eine individualisierte Mitteilung über die Bekanntgabe ihrer eigenen Detailpunkte, wie sie die Antragstellerin fordere, sei nicht erforderlich. Nach Paragraph 128, Absatz 3, BVergG habe der Auftraggeber Detailinformationen über die Prüfung der jeweiligen Angebote ausschließlich auf Verlangen des jeweiligen Bieters zu gewähren. In der verfahrensgegenständlichen 2. Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 werde sowohl auf die Anfrage der Antragstellerin vom 4.12.2009 als auch auf die 1. Zuschlagsentscheidung vom 30.11.2009 verwiesen, sodass dieses Schreiben bei der "Beurteilung der ausreichenden Information der Antragstellerin" spätestens zum Zeitpunkt der 2. Zuschlagsentscheidung mit zu berücksichtigen sei.

Obwohl der Auftraggeber von der Antragstellerin nie ausdrücklich um die Übermittlung der Niederschrift ihres Angebotes ersucht worden sei, habe er das Schreiben der Antragstellerin vom 18.12.2009 in diese Richtung gedeutet und sei diese Niederschrift am 21.12.2009 übermittelt worden. Zunächst habe der Auftraggeber die Niederschrift, Stand: vor den letzten Verhandlungen, und dann die Niederschrift, Stand: Bewertung Last and best Offer, gesendet. Auch habe die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 4.12.2009 nicht die Übermittlung des ihr Angebot betreffenden Vergabevermerks begehrt oder die Bekanntgabe der mit ihrem Angebot erreichten Detailpunkte. Dies mit gutem Grund, da die Antragstellerin auch bei einer Optimalbewertung ihres Angebotes bei der Qualität mit 40 (statt laut Bewertungsergebnis erreichten 37) gewichteten Punkten infolge des deutlich günstigeren Preises des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht den Zuschlag erhalten könne.

Der Auftraggeber habe das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer vertieften Preisprüfung unterzogen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die Plausibilität ihrer Preise gegenüber dem Auftraggeber zu 100% nachgewiesen. Die Plausibilität des Angebotspreises sei anhand der Kosten des jeweiligen Bieters zu prüfen und nicht anhand der Kosten bzw der Erfahrungen der Antragstellerin. Schon die Differenz zwischen der Kalkulation des Auftraggebers und der davon nach unten abweichenden Grobkalkulation der Antragstellerin bestätigte die Einschätzung des Auftraggebers, dass die für die Bieter erzielbaren Preisreduktionen im Vergleich zur ursprünglichen Kostenschätzung des Auftraggebers plausibel seien. Die Preisentwicklung im Zuge der Verhandlungen habe gezeigt,

welcher Spielraum innerhalb der sogenannten "Marktpreise" im Bereich Hardware und IT-Services vorhanden sei. Die gewährten Preisreduktionen im Bestangebot seien durch das Verhandlungsergebnis, ein besonderes Bemühen um den Auftrag und die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin konzernintern erzielten Synergien erklärbar. Es handle sich um Geschäftsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die es ihr ermöglichen, über den gegenständlichen Vergabewettbewerb hinaus Vorteile zu erzielen.

Die Antragstellerin habe die Frage der Notwendigkeit von Lizenzen unrichtig eingeschätzt, sie übersehe, dass ein Großteil der Lizenzen (MS Clients, MS Server, MySQL, RedHat, Open Text Archiv und Citrix) vom Auftraggeber selbst bei gestellt werde. Der Bieter habe ua Lizenzen für Virtualisierung, Ticketsystem und Anforderungsworkflow, Fernsteuertool, Netzwerkmanagement, Spiegelung, Verschlüsselung, URL-Filter, Datensicherung und Virenschanner beizustellen. Der Auftraggeber habe die Kosten für diese von den Bietern beizustellenden Lizenzen zu BBG-Kosten auf ca EURO 400.000,-- mit Rabattmöglichkeiten für die Großindustrie, wie für die Antragstellerin oder für die präsumtive Zuschlagsempfängerin geschätzt. Berücksichtige man bei der Berechnung der Antragstellerin zur Kalkulation die Berichtigung zu den Softwarelizenzen (also EURO 400.000,-- an Stelle von EURO 1,1 Mio), sei der Gesamtangebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfänger auch nach den Maßstäben der Antragstellerin plausibel. Der Mischstundensatz für Personalkosten liege dann deutlich über dem von der Antragstellerin geforderten Mindeststundensatz von EURO 30,--.

Das Vorbringen der Antragstellerin betreffend die Widersprüche im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu den Ausschreibungsbedingungen beruhe auf reinen Mutmaßungen, sei unrichtig und ziele ausnahmslos auf Erkundungsbeweise ab.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die geforderten Services/Druckleistung (Multifunktionsgeräte) angeboten. Ein Zonen-Konzept bzw ein Printing-Policy- Konzept sei nicht zwingend gefordert gewesen. Die Kalkulationsvorgaben für das Pay-per-Page Konzept seien eingehalten worden. Die angebotenen Drucker entsprächen den Mindestanforderungen. Bei den technischen Konzepten bzw. Standorten seien die Muss-Kriterien bzw Mindestbedingungen eingehalten worden (Anforderungskatalog B*** Angebot v 22.5.2009, Anlage 5, Kapitel 4, S 23; 2. Angebot, Anlage 5, S 7). Hinsichtlich des Tauschrhythmus für die Notebooks seien alle Mindestbedingungen/Muss-Kriterien erfüllt worden; dies sei im 2. Angebot von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nochmals ausdrücklich bestätigt worden (2. Angebot v 13.10. 2009, S 13). Der Auftraggeber habe keine bestimmte Art und Güte einer Storage-Einrichtung als Muss-Kriterium, sondern vielmehr deren Verfügbarkeit und Performance in einem bestimmten Ausmaß gefordert. Dies sei auch von der präsumtiven Zustellempfängerin, so wie von den beiden anderen Bietern, bestätigt worden. Die Storage sei im "Mid-Range-Bereich" angeboten worden und der eingesetzte Server sei ein hochwertiger Rack Server. Die Software zur Virtualisierung sei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht nur erwähnt, sondern seien auch diesbezügliche Lizenzen angeboten worden (2. Angebot, Anlage 5, S 7; Bestätigung 10. 11. 2009, S 9). Auch die den Mindestanforderungen entsprechende Verschlüsselung sei angeboten worden (Angebot vom 25.5.2009, Anlage 4 Klientkonzept, Kapitel 6.2; Angebot zur 2. Verhandlungsrunde S 13). Dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausschreibungswidrig auf die Geltung eigener allgemeiner Geschäftsbedingungen verweise, treffe nicht zu und sei ein weiterer Beleg für ein Vorbringen "ins Blaue".

Mit Schriftsatz vom 7.1.2010, später ergänzt mit Stellungnahme vom 22.2.2010, wandte die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen ein, dass sie durch den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sei. Sollte die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers aufgehoben werden und ihr in der Folge nicht der Zuschlag erteilt werden, drohe ihr ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns, der Kosten für die Angebotserstellung in der Höhe von rund EURO 111.000,-- und der Rechtsvertretungskosten im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren von derzeit rund EURO 3.000,-- (excl. Ust).

Da weder ihr letztes Angebot, noch das der Zweitgereihten auszuschneiden sei und das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin unsubstantiiert sei, fehle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation. Sämtliche Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung preisangemessen, insbesondere seien keine unterkollektivvertraglichen Löhne kalkuliert worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ausschreibungskonform angeboten, dies betreffe die Anzahl und Art der Multifunktionsgeräte, das erforderliche Ausmaß beim Konzept im Bereich Druckerservices, die Kalkulation der Pay-per-Page-Konzepte, die Anzahl und Art der Arbeitsplatzgerätetypen A und B, die Klarheit der technischen Konzepte, insbesondere beinhalte das Angebot ein Standort- und Rechenzentrumskonzept, den Tauschrhythmus für die Notebooks, die Erfüllung der Muss-Kriterien bei

der "Storage", die Kalkulation und explizite Nennung der Lizenzen für die Virtualisierung und die Beschreibung der angebotenen Notebook-Verschlüsselung. Auch habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht auf ihre eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen.

Da die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin somit in keiner Weise den Ausschreibungsunterlagen des Auftraggebers widersprächen und alle Voraussetzungen erfüllten, sei das Last and best Offer zu Recht als bestes Angebot bewertet worden und der Nachprüfungsantrag sei als unzulässig zurück-, in eventu als unbegründet abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 24.2.2010 replizierte die Antragstellerin zur mangelhaften Zuschlagsentscheidung, dass der VwGH in seiner Entscheidung vom 22.4.2009, ZI 2009/04/0081, über die Materialien hinausgehende Feststellungen betreffend die gemäß § 131 BVergG bekannt zu gebenden Inhalte mache und dass bei deren Fehlen die Auswirkungen erhellet würden. § 131 BVergG enthalte ein subjektives Recht des Bieters und der Verweis auf § 325 Abs. 1 Z 1 und 2 BVergG mache klar, dass eine den Anforderungen des § 131 BVergG nicht genügende Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei. Die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages werde idR durch eine mangelhafte Zuschlagsentscheidung erschwert oder behindert und sie sei von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Mit Schriftsatz vom 24.2.2010 replizierte die Antragstellerin zur mangelhaften Zuschlagsentscheidung, dass der VwGH in seiner Entscheidung vom 22.4.2009, ZI 2009/04/0081, über die Materialien hinausgehende Feststellungen betreffend die gemäß Paragraph 131, BVergG bekannt zu gebenden Inhalte mache und dass bei deren Fehlen die Auswirkungen erhellet würden. Paragraph 131, BVergG enthalte ein subjektives Recht des Bieters und der Verweis auf Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins und 2 BVergG mache klar, dass eine den Anforderungen des Paragraph 131, BVergG nicht genügende Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei. Die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages werde idR durch eine mangelhafte Zuschlagsentscheidung erschwert oder behindert und sie sei von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Die systematischen Überlegungen des Auftraggebers zu § 128 Abs. 3 BVergG seien falsch, denn in den Materialien zu § 131 BVergG sei klargestellt, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzen müsse, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötige. Der VwGH verdeutliche, dass der Gesetzgeber mit § 131 BVergG 2006 ganz bewusst die bisherige Holschuld (des Bieters und Nachprüfungswerbers) in eine Bringschuld (des öffentlichen Auftraggebers) umgewandelt habe. Die Antragstellerin habe sich keine Detailinformationen selbst zu beschaffen, sondern diese wären ihr gemäß § 131 BVergG im erforderlichen Ausmaß in der Zuschlagsentscheidung mitzuteilen gewesen. Da die Zuschlagsentscheidung keine Informationen zur Bewertung der einzelnen Konzepte der Antragstellerin enthalte, werde sie hinsichtlich des Ausmaßes an bekannt zu gebenden Detailinformationen nicht den Anforderungen gemäß § 131 4. Satz BVergG gerecht. Dies wäre aber für den Vergleich der Bewertung der eigenen Konzepte mit der Bewertung der Konzepte der Bestbieterin und in der Folge der Geltendmachung der zu niedrigen Bewertung der eigenen und der zu hohen Bewertung der Konzepte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unbedingt erforderlich. Das Angebot der Antragstellerin hätte bei einer Optimalbewertung mit 40 gewichteten Punkten in Verbindung mit einer entsprechend niedrigeren Bewertung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor der Bestbieterin gereiht werden müssen. Die systematischen Überlegungen des Auftraggebers zu Paragraph 128, Absatz 3, BVergG seien falsch, denn in den Materialien zu Paragraph 131, BVergG sei klargestellt, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzen müsse, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötige. Der VwGH verdeutliche, dass der Gesetzgeber mit Paragraph 131, BVergG 2006 ganz bewusst die bisherige Holschuld (des Bieters und Nachprüfungswerbers) in eine Bringschuld (des öffentlichen Auftraggebers) umgewandelt habe. Die Antragstellerin habe sich keine Detailinformationen selbst zu beschaffen, sondern diese wären ihr gemäß Paragraph 131, BVergG im erforderlichen Ausmaß in der Zuschlagsentscheidung mitzuteilen gewesen. Da die Zuschlagsentscheidung keine Informationen zur Bewertung der einzelnen Konzepte der Antragstellerin enthalte, werde sie hinsichtlich des Ausmaßes an bekannt zu gebenden Detailinformationen nicht den Anforderungen gemäß Paragraph 131, 4. Satz BVergG gerecht. Dies wäre aber für den Vergleich der Bewertung der eigenen Konzepte mit der Bewertung der Konzepte der Bestbieterin und in der Folge der Geltendmachung der zu niedrigen Bewertung der eigenen und der zu hohen Bewertung der Konzepte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unbedingt erforderlich. Das Angebot der

Antragstellerin hätte bei einer Optimalbewertung mit 40 gewichteten Punkten in Verbindung mit einer entsprechend niedrigeren Bewertung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor der Bestbieterin gereiht werden müssen.

Bei den weiteren Verhandlungsrunden seien - wie die Vertreter der Antragstellerin gesehen hätten - insbesondere von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Zweitgereihten nur mehr die verbesserten bzw. geänderten Angebotsteile abgegeben worden. Die Möglichkeit der Abgabe lediglich von Teilen eines Angebotes mit Verweisung auf die Geltung von Teilen eines früheren Angebotes werde nach den Ausschreibungsbestimmungen unter Punkt

2.6 "Form der Angebote" - wonach dies zu beurteilen sei - nicht eröffnet. Diese Regelung lege ausdrücklich fest, dass die Angebote unter Verwendung aller nach der Ausschreibung erforderlichen Beilagen zu legen seien. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die sogar ihr last and final offer lediglich in einem dünnen Kuvert und nicht vollständig abgegeben habe, widerspreche der Ausschreibung und sei - wie auch jenes der Zweitgereihten - auszuscheiden.

Der Antragstellerin sei erst in der Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 mitgeteilt worden, aus welchen Personen sich die "Expertenkommission für die Jurybewertung" zusammengesetzt habe. Da die zu beurteilenden Konzepte technisch sehr unterschiedlich seien, sei es für ein einzelnes Kommissionsmitglied nicht möglich, in allen Bereichen über entsprechendes Fachwissen zu verfügen. Die Jurymitglieder seien Mitarbeiter des Auftraggebers, nämlich Servicemanager: Hornbostel,

Projektleiter der gegenständlichen Ausschreibung: Dörsch,

Beschaffungsmanager: Michentaler, Mitarbeiter der IT-Abteilung:

Mölzer. Für AES/SI/COM/Networking sei Dundler zuständig. Diese Personen seien nicht in der Lage, alle Konzepte fachmännisch zu beurteilen. Insbesondere Hornbostel und Dörsch verfügten nicht über Kenntnisse in allen sechs zu beurteilenden Bereichen und Sachverständige seien nicht beigezogen worden. Die Zusammensetzung der Kommission und die erfolgte Prüfung und Beurteilung der Konzepte verstoße daher gegen § 122 BVergG. Diese nicht gesetzeskonforme Zusammensetzung der Jury sei von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Bei Einsatz einer fachkundigen Bewertungskommission könne potentiell ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens auftreten. Nach BVA 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28, müsse ein solches anderes Ergebnis nicht konkret feststehen, sondern möglich und wahrscheinlich sein. Mölzer. Für AES/SI/COM/Networking sei Dundler zuständig. Diese Personen seien nicht in der Lage, alle Konzepte fachmännisch zu beurteilen. Insbesondere Hornbostel und Dörsch verfügten nicht über Kenntnisse in allen sechs zu beurteilenden Bereichen und Sachverständige seien nicht beigezogen worden. Die Zusammensetzung der Kommission und die erfolgte Prüfung und Beurteilung der Konzepte verstoße daher gegen Paragraph 122, BVergG. Diese nicht gesetzeskonforme Zusammensetzung der Jury sei von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Bei Einsatz einer fachkundigen Bewertungskommission könne potentiell ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens auftreten. Nach BVA 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28, müsse ein solches anderes Ergebnis nicht konkret feststehen, sondern möglich und wahrscheinlich sein.

Wäre die Qualität der Konzepte im Angebot der Antragstellerin nicht zu niedrig bewertet worden, wäre ihr Angebot vor jenem der Zweitgereihten zu reihen gewesen.

Zum Netzwerk-Konzept der Antragstellerin führe der Auftraggeber aus, dass die Anwendbarkeit der Tools nicht restlos geklärt worden seien. Dieses Tool würde von der Antragstellerin bei fast allen Kunden eingesetzt; es sei speziell für solche Outsourcing-Projekte optimiert worden, um so wenig wie möglich Kundenressourcen zu binden. Wieso das Netzwerk-Konzept der Antragstellerin das für den Auftraggeber ressourcenintensivste Konzept sein solle, sei nicht nachvollziehbar. Gleichfalls unverständlich sei, wieso ein hoher Integrationsaufwand bestehe, denn der Auftraggeber sei selbst Nutzer der Netze der Antragstellerin. Das Netzwerk-Konzept der Antragstellerin sei demnach auch aus diesem Grund höher zu bewerten gewesen.

Das von der Antragstellerin in der zweiten Verhandlungsrunde angebotene Optimierungspotential zum Drucker-Konzept sei vom Auftraggeber abgelehnt worden. Die Antragstellerin hätte auch für dieses Konzept mehr Punkte erhalten müssen bzw. es hätte ihr nicht als Minuspunkt gewertet werden dürfen. Die Bewertung des Drucker-Konzepts

als das für den Auftraggeber ressourcenintensivste, sei unzutreffend, denn auch die Bestbieterin habe ein Low-cost Druckerkonzept angeboten. Dabei sei dieses nicht genau definiert, woraus für den Auftraggeber ein größerer Ressourcenaufwand resultiere.

Beim Allg. Betriebs- und Migrationskonzept sowie dem File/Mail/Plattform-Konzept verfüge der Auftraggeber über eine eingeschränkte Sichtweise, da die Zweitgereichte bislang die ausgeschriebenen Leistungen erbringe und es sich um jahrelang eingespielte Prozesse handle. Für eine hauseigene, mit nicht genügend Fachwissen ausgestattete Bewertungskommission sei es schwer möglich, andere Konzepte richtig zu beurteilen.

Das Angebot der Zweitgereichten sei mangelhaft und widersprüchlich. Einzelne Preispositionen seien unplausibel und nicht nachvollziehbar. Die Software zur Verschlüsselung der Notebooks sei im Konzept nicht ausreichend dargestellt. Die virtuelle Software sei zu wenig beschrieben. Das Pay-per-Page beinhalte kein nachvollziehbares Printing-Policy-Konzept und auch das Zonenkonzept sei nicht klar dargestellt worden. Bei den Pay-per-Page-Konzepten sei die Zweitgereichte von anderen Zahlen als in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben ausgegangen. Die Multifunktionsgeräte seien nicht in der geforderten Anzahl angeboten worden und entsprächen nicht den technischen Anforderungen. Beim Server sei die Storage-Funktion nicht wie gefordert von mittlerer Art und Güte (Mid Range Storage), sondern im Low-Endbereich angeboten worden.

Bei unternehmenseigenen Standardprozessen blieben individuelle Anforderungen des Auftraggebers unberücksichtigt, sie könnten den detaillierten Anforderungen laut Ausschreibungsunterlagen nicht entsprechen. Im klaren Widerspruch stehe etwa das Muss-Kriterium 2.2.9-01 "Allgemeines Betriebs- und Migrationskonzept", wo gefordert werde, dass bei der Migration, hinsichtlich des Ablaufs der technisch-organisatorischen Schritte, die individuellen Anforderungen zu berücksichtigen seien. Weiter verdeutlicht werde das zB im Leistungsverzeichnis, Punkt 3.4 "Vertragsende", Muss-Forderung 3.4-01, der vorsehe, dass vom Auftragnehmer bei Vertragsende für alle übernommenen Technologien ein nahtloser und geordneter Übergang zu anderen IT-Serverprovider oder einer Insourcingleistung ermöglicht werden müsse, was bei Verwendung eines betriebseigenen Standardprozesses unmöglich sei. Da die Antragstellerin diese Standardprozesse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch im Detail nicht kenne, sei es ihr nicht möglich, alle Widersprüche zu den einzelnen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen aufzuzählen.

Das Angebot der Bestbieterin sei zu hoch bewertet worden. Dies betreffe bestimmte Soll-Kriterien gemäß Leistungsverzeichnis, das Allg. Betriebs- und Migrationskonzept, das Clientkonzept, das File/Mail/Plattformkonzept, das Netzwerk-, das Drucker- und das Rechenzentrumskonzept. Wenn der Auftraggeber in der abschließenden Bewertung der Konzepte ausführe, dass individuelle Mehrleistungen von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu ihren "B***-Standardprozessen" deutlich abgegrenzt worden seien, sodass diese Abweichungen nicht im Angebot enthalten seien, stehe das im Widerspruch zur Ausschreibung und unterstreiche den Eindruck der Antragstellerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für ihre Konzepte "viel zu viele" Punkte erhalten habe.

Die vertiefte Angebotsprüfung durch den Auftraggeber sei ungenau erfolgt. Die Mitglieder der Bewertungskommission verfügten nicht über die erforderlichen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse zur Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 4 BVergG. Mit seinem Vorbringen, dass schon die von der Antragstellerin angestellte Grobkalkulation auf der Grundlage ihres eigenen Angebotes von der ursprünglichen Kostenschätzung des Auftraggebers nach unten abweiche, unterstreiche der Auftraggeber die Argumentation der Antragstellerin, sie habe selbst knapp kalkuliert. Der nochmals erheblich niedrigere Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei umso unverständlicher. Bei dem vom Auftraggeber vorgestellten Beispiel falle auf, dass der von der Antragstellerin bei den Lizenzen kalkulierte Pay-per-Page Anteil in der Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin fehle. Das lege die Vermutung nahe, dass die Bestbieterin etliche Positionen mit Euro 0 angeboten haben müsse. Dem Angebot der Bestbieterin liege eine unzulässige Mischkalkulation zugrunde. Die Preisgestaltung sei spekulativ und unplausibel, die Preispositionen seien nicht ausreichend aufgeklärt worden. Die vertiefte Angebotsprüfung durch den Auftraggeber sei ungenau erfolgt. Die Mitglieder der Bewertungskommission verfügten nicht über die erforderlichen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse zur Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 4, BVergG. Mit seinem Vorbringen, dass schon die von der Antragstellerin angestellte Grobkalkulation auf der Grundlage ihres eigenen Angebotes von der ursprünglichen Kostenschätzung des Auftraggebers nach unten abweiche, unterstreiche der Auftraggeber die Argumentation der Antragstellerin, sie habe selbst knapp kalkuliert. Der nochmals erheblich niedrigere Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei umso unverständlicher. Bei dem vom

Auftraggeber vorgestellten Beispiel falle auf, dass der von der Antragstellerin bei den Lizenzen kalkulierte Pay-per-Page Anteil in der Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin fehle. Das lege die Vermutung nahe, dass die Bestbieterin etliche Positionen mit Euro 0 angeboten haben müsse. Dem Angebot der Bestbieterin liege eine unzulässige Mischkalkulation zugrunde. Die Preisgestaltung sei spekulativ und unplausibel, die Preispositionen seien nicht ausreichend aufgeklärt worden.

Dies veranschauliche die Preiskalkulation zu Punkt 2.2.4 des technischen Leistungsverzeichnisses. Gefordert werde, dass der Ist-Zustand ab Abschluss des Initialprojektes bis zum Beginn des Probetriebes vom Auftragnehmer weiter zu betreiben sei. Die Antragstellerin habe den Betrieb über die 2 Monate für 844 User mit 2-3 FTEs (insgesamt 659 Stunden) zu EURO 12.745,09 angeboten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe hier - wie auch an anderen Stellen - deutlich niedriger angeboten, was entweder mit einem unterkollektivvertraglichem Entgelt erklärbar sei oder mit einem aus technischer Sicht unrealistisch niedrigen Zeitaufwand.

Wenn der Auftraggeber angebe, dass gerade konzerninterne Synergien den gegenständlichen Preisvorteil bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausmachten, handle es sich um Leistungen, die nicht von der juristischen Person B***, sondern von anderen Unternehmen erbracht würden. Diese Unternehmen, mögen Sie auch zum B***konzern gehören, seien jedoch als in Frage kommende Subunternehmer im Angebot unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit zu nennen. Dies habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin unterlassen.

In der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2010 zog die Antragstellerin ihre mit verfahrenseinleitendem Schriftsatz gestellten Anträge auf Ersatz bzw. in eventu auf Rückerstattung der Pauschalgebühren im Nachprüfungsverfahren und im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (vgl. OZ 1, S 13 und 15) zurück. In der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2010 zog die Antragstellerin ihre mit verfahrenseinleitendem Schriftsatz gestellten Anträge auf Ersatz bzw. in eventu auf Rückerstattung der Pauschalgebühren im Nachprüfungsverfahren und im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (vergleiche OZ 1, S 13 und 15) zurück.

In Ergänzung ihrer bisherigen Schriftsätze brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass bei den Mitgliedern der Bewertungskommission des Auftraggebers die Fachkunde nicht vorliege. Hierzu könne die Antragstellerin drei Zeugen benennen. Ein fachmännisches Jurymitglied weise die Voraussetzungen gemäß § 122 BVergG nur auf, wenn eine entsprechende fachliche Beschäftigung der betroffenen Mitglieder mit der ausgeschriebenen Materie gegeben sei. Nach dem Wissen der Antragstellerin habe der Auftraggeber die ausgeschriebenen Leistungen seit mindestens 5 Jahren vor der Abgabe des Last and best Offers outgesourct und nur lediglich 45% des IKT-Services selbst erbracht. Für den outgesourcten Helpdesk seien bislang beim Auftragnehmer 3 Personen zum Einsatz gekommen; jetzt seien dafür durchschnittlich 4 1/2 Personen kalkuliert. Bei der Antragstellerin beschäftige man eine Abteilung mit insgesamt 7 Mitarbeitern, die sich diesen fachlich aufwendigen Themen teilweise widmeten. Daneben gäbe es noch Fachleute für Netzwerk, Hardware und Software. So wie im Muss-Kriterium 6.4-04 gefordert, gäbe es bei der Antragstellerin Fachleute für z.B. CCIE und diverse andere Besonderheiten (etwa MCSE-Zertifizierung mit mehrjähriger Praxis für zB Clients bzw. Server) mit Expertise für diese Bereiche. Ohne eine mehrjährige Praxis sei eine Expertise, wie gefordert, nicht möglich und man könne Betriebs- und Migrationskonzepte, wie in dieser Ausschreibung anzubieten gewesen seien, nicht beurteilen. Nur wenn der Betroffene über eine mehrjährige Praxis für das konkrete Fachgebiet verfüge, handle es sich um einen "Sachverständigen" im Sinne des Vorbringens der Antragstellerin. In Ergänzung ihrer bisherigen Schriftsätze brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass bei den Mitgliedern der Bewertungskommission des Auftraggebers die Fachkunde nicht vorliege. Hierzu könne die Antragstellerin drei Zeugen benennen. Ein fachmännisches Jurymitglied weise die Voraussetzungen gemäß Paragraph 122, BVergG nur auf, wenn eine entsprechende fachliche Beschäftigung der betroffenen Mitglieder mit der ausgeschriebenen Materie gegeben sei. Nach dem Wissen der Antragstellerin habe der Auftraggeber die ausgeschriebenen Leistungen seit mindestens 5 Jahren vor der Abgabe des Last and best Offers outgesourct und nur lediglich 45% des IKT-Services selbst erbracht. Für den outgesourcten Helpdesk seien bislang beim Auftragnehmer 3 Personen zum Einsatz gekommen; jetzt seien dafür durchschnittlich 4 1/2 Personen kalkuliert. Bei der Antragstellerin beschäftige man eine Abteilung mit insgesamt 7 Mitarbeitern, die sich diesen fachlich aufwendigen Themen teilweise widmeten. Daneben gäbe es noch Fachleute für Netzwerk, Hardware und Software. So wie im Muss-Kriterium 6.4-04 gefordert, gäbe es bei der Antragstellerin Fachleute für z.B. CCIE und diverse andere Besonderheiten (etwa MCSE-Zertifizierung mit mehrjähriger Praxis für zB Clients bzw. Server) mit Expertise für diese Bereiche. Ohne eine mehrjährige Praxis sei eine Expertise, wie gefordert,

nicht möglich und man könne Betriebs- und Migrationskonzepte, wie in dieser Ausschreibung anzubieten gewesen seien, nicht beurteilen. Nur wenn der Betroffene über eine mehrjährige Praxis für das konkrete Fachgebiet verfüge, handle es sich um einen "Sachverständigen" im Sinne des Vorbringens der Antragstellerin.

Befragt zu den Vorgaben in der Ausschreibung gab die Antragstellerin zB betreffend die Beschreibung der Verschlüsselungssoftware an, dass diese die in der Ausschreibung vorgegebenen Muss-Kriterien (Client) zu erfüllen habe. Bei der virtuellen Software seien die Rahmenbedingungen wie z.B. Verfügbarkeiten und Antwortzeiten nicht ausreichend beschrieben. Ein konkretes Muss-Kriterium könne hiezu nicht genannt werden. Das Printing-Policy- und das Zonenkonzept seien in der Ausschreibung nicht gefordert.

Nach dem Wissen der Antragstellerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nur Standardprozesse angeboten. Zur Veranschaulichung eines Standardprozesses müsse man sich z.B. vorstellen, dass, wenn jemand eine Bankomatkasse bei der Antragstellerin bestelle, der Standardprozess neben der Aufstellung, der Installation und der Fehlerbehebung innerhalb von 48 Stunden, keine weiteren Besonderheiten, umfasse. Fehlerbehebungen in kürzerer Zeit seien als Zusatzprozesse vom Kunden extra abzugelten. Da die Antragstellerin Kundin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei und umgekehrt, verfüge sie über entsprechende Kenntnisse betreffend deren Standardprozesse. Deshalb vertrete sie die Meinung, dass der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Standardprozess die individuellen Auftraggeberanforderungen nicht erfüllen könne. Allein der Verweis auf "B***-Prozesse" stehe im Widerspruch zu den Anforderungen in der Ausschreibung, weil unter den Begriff "B***-Standardprozess" eine völlig undefinierte Masse stehe.

Aufgrund ihrer Marktkennntnis gehe die Antragstellerin davon aus, dass mit dem Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht einmal die Hardware beschafft werden könne. Obwohl eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorliege, sei vom Auftraggeber keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden, oder falls es eine solche gegeben habe, müsse sie zwingend mangelhaft sein. Die Antragstellerin nehme an, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterpreisig sei, insbesondere deren Angebot betreffend das Client-Service (vgl. Beispiel OZ 23 Rz 84). Schließlich beantragte die Antragstellerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage: fehlende Kalkulation des Pay-per-Page-Konzeptes im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Aufgrund ihrer Marktkennntnis gehe die Antragstellerin davon aus, dass mit dem Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht einmal die Hardware beschafft werden könne. Obwohl eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorliege, sei vom Auftraggeber keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden, oder falls es eine solche gegeben habe, müsse sie zwingend mangelhaft sein. Die Antragstellerin nehme an, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterpreisig sei, insbesondere deren Angebot betreffend das Client-Service vergleiche Beispiel OZ 23 Rz 84). Schließlich beantragte die Antragstellerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage: fehlende Kalkulation des Pay-per-Page-Konzeptes im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Hinsichtlich ihrer Meinung, dass ihr eigenes Angebot bei der Qualität im Verhältnis zur Zweitgereihten zu gering bewertet worden sei, gab die Antragstellerin an, dass sie aus Erfahrung angebe, dass Konzepte in der Regel eher globaler beschrieben würden. Die Antragstellerin habe die Konzepte ausführlich erstellt, beschrieben und diverse Beilagen beigelegt (Migration des Mailservices: Auswirkung auf den Kunden, Fall-back-Szenarien). Mit dem von ihr eingesetzten Tool mit fix gecustermizten System würden alle Netzwerkkunden der Antragstellerin bedient. Der Angebotsbewertung sei zu entnehmen, dass ihr Druckerkonzept negativ bewertet worden sei (vgl. 2. Auftraggeberschreiben vom 21.12.2009, Seite 3 letzter Absatz "Allerdings handelt es sich um das für ACG ressourcenintensivste Konzept. Gegenüber dem Wettbewerb wurde nicht das volle Optimierungspotential ausgeschöpft, etwa hinsichtlich einer kostenoptimierten Geräteaufstellung"). Wieso die Antragstellerin als größter Player in Österreich nur 21 Punkte für ihr Netzwerkkonzept bekommen habe, sei nicht nachvollziehbar. Ihre Kompetenz - die Antragstellerin sei mit Abstand die größte, und professionellste und innovativste Anbieterin in Österreich (80% Marktanteil bei Key-Accounts Kunden) - sei vom Auftraggeber nicht entsprechend bewertet worden. Hinsichtlich ihrer Meinung, dass ihr eigenes Angebot bei der Qualität im Verhältnis zur Zweitgereihten zu gering bewertet worden sei, gab die Antragstellerin an, dass sie aus Erfahrung angebe, dass Konzepte in der Regel eher globaler beschrieben würden. Die Antragstellerin habe die Konzepte ausführlich erstellt, beschrieben und diverse Beilagen beigelegt (Migration des Mailservices: Auswirkung auf den Kunden, Fall-back-Szenarien). Mit dem von ihr

eingesetzten Tool mit fix gecustermizten System würden alle Nettwerkkunden der Antragstellerin bedient. Der Angebotsbewertung sei zu entnehmen, dass ihr Druckerkonzept negativ bewertet worden sei vergleiche 2. Auftraggeberschreiben vom 21.12.2009, Seite 3 letzter Absatz "Allerdings handelt es sich um das für ACG ressourcenintensivste Konzept. Gegenüber dem Wettbewerb wurde nicht das volle Optimierungspotential ausgeschöpft, etwa hinsichtlich einer kostenoptimierten Geräteaufstellung"). Wieso die Antragstellerin als größter Player in Österreich nur 21 Punkte für ihr Netzwerkkonzept bekommen habe, sei nicht nachvollziehbar. Ihre Kompetenz - die Antragstellerin sei mit Abstand die größte, und professionellste und innovativste Anbieterin in Österreich (80% Marktanteil bei Key-Accounts Kunden) - sei vom Auftraggeber nicht entsprechend bewertet worden.

Ihr Vorbringen betreffend das Angebot der Zweitgereihten ergänzte die Antragstellerin insoweit, als dass sich das Rechenzentrum der Zweitgereihten im Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen in Kapfenberg dh in einer Entfernung von mehr als 150 km befinde. Das Angebot enthalte nach ihrer Kenntnis keine Lizenzen wie im Muss-Kriterium 3.5-05 gefordert und erfülle nicht das Muss-Kriterium 10-01, Zwischenspeicherungen von Webinhalten für das Protokoll HTTPS. Dies sei auch allgemein am Markt bekannt. Beim Muss-Kriterium 10-06, werde die Filterung von URLs auf Basis von Kategorien nicht unterstützt und dem Muss-Kriterium 3.5-12 widersprechend, würden Daten von unterschiedlichen Kunden auf denselben physischen Medien gespeichert.

Der Auftraggeber gab zu den neuen Vorbringen der Antragstellerin (Bewertungskommission, Abgabe von Angebotsteilen, etc.) an, dass diese durch die Beschwerdepunkte nicht gedeckt und daher nicht zu berücksichtigen seien.

Weiters führte er replizierend insbesondere aus, dass die Mitarbeiter des Auftraggebers, die als Mitglieder der Bewertungskommission tätig geworden seien, in den letzten 20 Jahren den Standard, der für Leistungen der Flugsicherung erforderlich sei, erbracht hätten. Diese Leistungen des Auftraggebers würden laufend international überprüft. Dabei handle es sich nicht um eine ISO-Zertifizierung, sondern um eine international anerkannte Prüfung der Flugsicherung (IATA). Die hier gegenständlichen IT-Services und die Fachjurymitglieder seien Teil der IATA. Herstellerzertifikate hätten nichts mit der fachlichen Kompetenz von betroffenen Personen zu tun. Bei zB einer Bauausschreibung müsse ein Auftraggeber auch nicht selbst Betonieren können. Weil die Zusammensetzung der Jury bereits vor Abgabe des Angebotes bekannt gewesen sei, sei das Vorbringen der Antragstellerin betreffend die Unzulänglichkeiten bei der Besetzung der Jury auf Seiten des Auftraggebers verfristet.

Von den ausgeschriebenen Leistungen sei bis dato nur der Helpdesk nicht vom Auftraggeber selbst betrieben worden. Der Umfang des bislang ausgegliederten Helpdesks mache EURO 300.000,--, jener der übrigen ausgeschriebenen Leistungen mache EURO 500.000,-- aus. Das ließe sich sowohl aus der Kalkulation des Angebotes der Antragstellerin als auch aus dem der Bestbieterin ableiten.

Die den Ausschreibungsunterlagen beiliegende Kostenschätzung beziehe sich ausschließlich auf die ausgeschriebenen Leistungen. Ursprünglich habe er einen Kostenanteil für Fremdsoftware im Ausmaß von EURO 500.000,-- (für 5 Jahre) kalkuliert, der Anteil des Anbieters belaufe sich auf etwa EURO 400.000,--. Bei ihm selbst sei der Auftraggeber von einem Softwareaufwand von geschätzt EURO 1 Mio ausgegangen.

Die "Einsparung durch Einsatz des `Nearshorecenter Rumänien`" erläuterte der Auftraggeber (vgl. Angebotsbewertung, vertiefte Angebotsprüfung, Beilage G) damit, dass sich ausgehend von einem Einsparungsvolumen von EURO 712.000,-, abhängig von entsprechend reduzierten Stundensätzen für einen Medium Level-Techniker und einen Low Level-Techniker (Szenario 1 und 2) ein ausgelagerter Stundenumfang von 11.000 bzw. 22.000 Stunden ergäbe. Damit würden abhängig vom Szenario 1,5 - 2,9 Mitarbeiter ausgelagert. Auf Grund der Erfahrungen des Auftraggebers (der Helpdesk sei bisher mit 5 Mitarbeitern betrieben worden) sei es für ihn nachvollziehbar, dass Arbeiten im genannten Umfang auch in das Nearshorecenter Rumänien ausgelagert werden können. Die "Einsparung durch Einsatz des `Nearshorecenter Rumänien`" erläuterte der Auftraggeber vergleiche Angebotsbewertung, vertiefte Angebotsprüfung, Beilage G) damit, dass sich ausgehend von einem Einsparungsvolumen von EURO 712.000,--, abhängig von entsprechend reduzierten Stundensätzen für einen Medium Level-Techniker und einen Low Level-Techniker (Szenario 1 und 2) ein ausgelagerter Stundenumfang von 11.000 bzw. 22.000 Stunden ergäbe. Damit würden abhängig vom Szenario 1,5 - 2,9 Mitarbeiter ausgelagert. Auf Grund der Erfahrungen des Auftraggebers (der Helpdesk sei bisher mit 5 Mitarbeitern betrieben worden) sei es für ihn nachvollziehbar, dass Arbeiten im genannten Umfang auch in das Nearshorecenter Rumänien ausgelagert werden können.

Wie der Beilage G zur Angebotsprüfung zu entnehmen sei, seien ua auch die Hardware-Kosten vertieft geprüft worden. Hinsichtlich des Client-Services verwies der Auftraggeber auf die Stellungnahme der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in Beilage F, Seite 8 zur Angebotsbewertung.

Zur qualitativen Bewertung des Angebotes der Zweitgereihten gab der Auftraggeber an, dass diese ein ausschreibungskonformes Payper-Page vorgelegt habe. Bei der technischen Bewertung sei dieses "Top-Angebot" entsprechend bewertet worden. Auch das Angebot der Antragstellerin sei gut, sie habe eine entsprechend hohe Punkteanzahl bekommen.

Das Rechenzentrum der Zweitgereihten liege innerhalb des 150 km Rahmens, es sei nicht in Kapfenberg. Das übrige Vorbringen sei völlig aus der Luft gegriffen, es seien keine Nachweise oder Plausibilisierungen erfolgt. Die Erfüllung der von der Antragstellerin genannten Muss-Kriterien sei von der Zweitgereihten in ihrem ersten Angebot bestätigt worden.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe, wie im Kapitel 14.3 und 15 des Preisblattes nach zu lesen sei, neben den Standardprozessen auch individuelle Lösungen angeboten. Beim File-Service stelle die Ausschreibung nur Anforderungen betreffend Verfügbarkeit und Kapazität (Muss-Kriterium 4.2.-05 und 4.2.-06 samt Tabelle, Preisblatt für die Menge, Seite 5/6 Einheit, Seite 9/10 Summen). Ein bestimmtes Servermodell sei nicht ausgeschrieben worden, die Ausschreibung verlange bestimmte Verfügbarkeiten und Kapazitäten, welche von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im erforderlichen Ausmaß angeboten worden seien. Die vom Auftraggeber beizustellenden Lizenzen seien aus dem Last and best Offer, Tabelle, Seite 9 der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vom 10.11.09, ersichtlich.

Zum Druckerkonzept gab der Auftraggeber allgemein an, dass die Druckerkonzepte der Anbieter zunächst nicht vergleichbar gewesen seien, sodass der Auftraggeber die Bieter um eine entsprechende Optimierung ersucht habe. Die in der zweiten Verhandlungsrunde vorgelegten Druckerkonzepte seien jedoch bei allen Bietern nicht angenommen worden und der Auftraggeber habe auf seinen Vorgaben beharrt.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin ergänzte insbesondere, dass ihr Angebot neben den Standardprozessen auch die entsprechenden Adaptierungen für die Besonderheiten des Auftraggebers beinhalte und diese Besonderheiten auch kalkuliert worden seien. Der B***- Standardprozess beinhalte zB für die Antwortzeiten bei Fehlerbehebungen die Möglichkeit, je nach Anforderung variable Zeiten zu wählen. Die Wahl der Antwortzeiten wirke sich auf den Preis auf. Erkennbar sei das zB im Last and best Offer, Preisblatt, Seite 14, Pos 14.3 Expressservice Mailbox und Pos 15 Client-Sonderfälle. Schon die Bezeichnung der ausgeschriebenen Leistung als Commodity IKT-Service zeige, dass Standardprozesse zur Ausschreibung gelangt seien. Es gehe um das zur Verfügung stellen von IT- Arbeitsplätzen, eine am Markt am höchsten standardisierte Leistung, welche von allen Firmen entsprechend anzubieten sei. Die ISO 20.000 mit den ITIL- Standards definiere diese Leistungen umfänglich.

Auf Grund der Marktfluktuation suche die präsuntive Zuschlagsempfängerin den Server bzw. das konkrete Modell erst aus, wenn der Server bzw. die Serviceleistung aufgrund des Projektplanes dem Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden müsse. Wenn diese Leistung nicht erbracht werde, würden Pönal-Zahlungen fällig. Diese Leistungen seien von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin entsprechend den Muss-Kriterien angeboten worden.

Zum Gesamtpreis ihres Angebotes gab die präsuntive Zuschlagsempfängerin an, dass sie im Falle der Zuschlagserteilung ein wichtiges Referenzprojekt erhalte, das es ihr ermögliche in weiteren Ausschreibungen ihre Eignung entsprechend zu belegen. Sie erwarte Nachfolgeaufträge von Dritten. Dabei spreche sie also nicht von Nachfolgeaufträgen gegenüber dem gegenständlichen Auftraggeber. Outsourcing sei ein Geschäft, das beinahe ausschließlich über gute Referenzen geführt werde. Je mehr und vor allem je größere Aufträge ein Auftragnehmer in diesem Bereich übernehme oder ausführe, umso größer seien die Synergien, die er nützen könne.

Mit Stellungnahmen vom 25.2.2010 ergänzte die Antragstellerin ihr Vorbringen dahingehend, dass eine "verbindliche Erklärung des Subunternehmers `Nearshore Center Rumänien` zur Leistungserbringung" nicht vorliege.

Wie aus Seite 7 der Verhandlungsschrift erkennbar sei, habe der Auftraggeber falsche Angaben gemacht, denn er habe in der Zuschlagsentscheidung angeführt, dass "individuelle Mehrleistungen von B*** zu den B***-Standardprozessen deutlich abgegrenzt und klar dargestellt wurden und, dass die Abweichung von den B***-Standardprozessen nicht im Angebot enthalten sind". Infolge der falsch angegebenen Merkmale des erfolgreichen Angebots, genüge die

angefochtene Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund nicht den Anforderungen des § 131 BVergG. Wie aus Seite 7 der Verhandlungsschrift erkennbar sei, habe der Auftraggeber falsche Angaben gemacht, denn er habe in der Zuschlagsentscheidung angeführt, dass "individuelle Mehrleistungen von B*** zu den B***-Standardprozessen deutlich abgegrenzt und klar dargestellt wurden und, dass die Abweichung von den B***-Standardprozessen nicht im Angebot enthalten sind". Infolge der falsch angegebenen Merkmale des erfolgreichen Angebots, genüge die angefochtene Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund nicht den Anforderungen des Paragraph 131, BVergG.

Mit Schriftsatz vom 2.3.2010 ergänzte die Antragstellerin ihr Vorbringen nochmals und führte aus, dass die Hardware bestehend aus Client-Umfeld inkl Bildschirme, Server und Drucker ausschreibungskonform nur zu einem Betrag von gesamt EURO 1,5 Mio angeboten werden könne und legte zur Plausibilisierung ihrer Aussage eine Tabelle mit den wichtigsten Positionen der Hardware vor (vgl. Summe Einkaufspreis EURO 1.349.150,--, Summe Listenpreis 2.068.051,25). Da bei diesem Betrag die für die Verwendung von mehreren Personen erforderliche Infrastruktur, die Positionen Storage und Backup-Infrastruktur noch nicht enthalten seien, habe die Bestbieterin mit Hardwarepreisen kalkuliert, die unter den Einkaufspreisen lägen. Mit Schriftsatz vom 2.3.2010 ergänzte die Antragstellerin ihr Vorbringen nochmals und führte aus, dass die Hardware bestehend aus Client-Umfeld inkl Bildschirme, Server und Drucker ausschreibungskonform nur zu einem Betrag von gesamt EURO 1,5 Mio angeboten werden könne und legte zur Plausibilisierung ihrer Aussage eine Tabelle mit den wichtigsten Positionen der Hardware vor (vergleiche Summe Einkaufspreis EURO 1.349.150,--, Summe Listenpreis 2.068.051,25). Da bei diesem Betrag die für die Verwendung von mehreren Personen erforderliche Infrastruktur, die Positionen Storage und Backup-Infrastruktur noch nicht enthalten seien, habe die Bestbieterin mit Hardwarepreisen kalkuliert, die unter den Einkaufspreisen lägen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1. Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 2. Satz BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 15/2010 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, 2. Satz BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.

Die Austro Control Gesellschaft für Zivilluftfahrt mbH ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der gegenständliche Auftrag, eine Dienstleistung im Sinne von § 6 BVergG, der Dienstleistungskategorie Nr. 7 (Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten) des Anhanges III zum BVergG, CPV-Code 72000000, ist als prioritär zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt EURO 0,8 bis 1,2 Mio/Jahr, das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Austro Control Gesellschaft für Zivilluftfahrt mbH ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der gegenständliche Auftrag, eine Dienstleistung im Sinne von Paragraph 6, BVergG, der Dienstleistungskategorie Nr. 7 (Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten) des Anhanges römisch drei zum BVergG, CPV-Code 72000000, ist als prioritär zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt EURO 0,8 bis 1,2 Mio/Jahr, das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Die Dienstleistung soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Das Verhandlungsverfahren befindet sich nach erfolgter Zuschlagsentscheidung. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Fristen des § 321 BVergG eingebracht. Die Dienstleistung soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Das Verhandlungsverfahren befindet sich nach erfolgter Zuschlagsentscheidung. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG eingebracht.

Bei der Zuschlagsentscheidung handelt sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG. Bei der Zuschlagsentscheidung handelt sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG.

Gemäß § 131 1. Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß § 131 4. Satz leg cit sind in dieser Mitteilung den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132, die Gründe für die Ablehnung

ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde." Gemäß Paragraph 131, 1. Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß Paragraph 131, 4. Satz leg cit sind in dieser Mitteilung den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132,, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde."

Die Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 enthält neben dem Ende der Stillhaltefrist und der Vergabesumme, unter Pkt. B eine Darstellung der "Bewertung des Angebotes der Bestbieterin": Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insgesamt erreichten "89" Punkte, werden nach den Zuschlagskriterien Preis

("entsprechend der Gewichtung ... 60 Punkte für die

Gesamtbewertung") und Qualität aufgeschlüsselt. Die Punktevergabe bei der Qualitätsbewertung wird tabellarisch zu den Sollkriterien und zu den verschiedenen anzubietenden Konzepten (insgesamt 7 Subkriterien) dargestellt. Für das jeweilige Subkriterium sind der Tabelle neben deren Gewichtung die "Summe erreichbare Punkte", die "Summe bewertete Punkte" sowie die erreichte und nach Gewichtung bewertete Gesamtpunktesumme aller Konzepte und der Sollkriterien von insgesamt "73" zu entnehmen (vgl. zuvor Tabelle Seite 4). Im Anschluss daran wird zu jedem einzelnen Subkriterium ausgeführt, welche Gründe zur konkreten Punktebewertung bei den Sollkriterien und den Konzepten geführt haben. Dabei handelt es sich um eine Zusammenfassung der Niederschrift zur Angebotsprüfung betreffend das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (vgl. Vergabevermerk, Pkt. 18). Im letzten Absatz werden die Stärken und Besonderheiten des Angebotes des Bestbieters aufgezeigt. Gesamtbewertung") und Qualität aufgeschlüsselt. Die Punktevergabe bei der Qualitätsbewertung wird tabellarisch zu den Sollkriterien und zu den verschiedenen anzubietenden Konzepten (insgesamt 7 Subkriterien) dargestellt. Für das jeweilige Subkriterium sind der Tabelle neben deren Gewichtung die "Summe erreichbare Punkte", die "Summe bewertete Punkte" sowie die erreichte und nach Gewichtung bewertete Gesamtpunktesumme aller Konzepte und der Sollkriterien von insgesamt "73" zu entnehmen vergleiche zuvor Tabelle Seite 4). Im Anschluss daran wird zu jedem einzelnen Subkriterium ausgeführt, welche Gründe zur konkreten Punktebewertung bei den Sollkriterien und den Konzepten geführt haben. Dabei handelt es sich um eine Zusammenfassung der Niederschrift zur Angebotsprüfung betreffend das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vergleiche Vergabevermerk, Pkt. 18). Im letzten Absatz werden die Stärken und Besonderheiten des Angebotes des Bestbieters aufgezeigt.

Entgegen der Meinung der Antragstellerin informiert die bekämpfte Zuschlagsentscheidung somit über Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und zwar nicht nur betreffend den im Vergleich zu den übrigen Bietern gegebenen Vorteil, des billigsten Preises (siehe "Entscheidend war der erheblich günstigere Preis" oder "Aufzeigen von innovativen Kostenoptimierungsmöglichkeiten"), sondern auch insbesondere - im Zuge der erläuternden Beschreibungen zu den Bewertungen der sieben Subkriterien - über die jeweiligen Merkmale in den Konzepten des Angebotes der Bestbieterin. So wird zB darauf hingewiesen, dass sich die Punkteabzüge bei den "Sollkriterien gem. LV" daraus ergeben, dass die Bestbieterin "verschiedene SOLL-Kriterien hinsichtlich der Ausstattung von Clients (PCs und Notebooks) nicht erfüllt" hat. Bei den Konzepten werden zB das Vorliegen von deren "Schlüssigkeit" und die Erfüllung der "Minimalanforderungen" aufgezeigt und es wird auch dargelegt, worauf das Nichterreichen der Maximalpunkte wegen etwa "Erhöhtem Risiko bei der Umsetzung" (vgl. Allgm. Betriebs- und Migrationskonzept, File/Mail/Plattform-Konzept, etc.) bzw. "Mehraufwand für den Auftraggeber" (vgl. Allgm. Betriebs- und Migrationskonzept, Client-Konzept) zurückzuführen ist. Entgegen der Meinung der Antragstellerin informiert die bekämpfte Zuschlagsentscheidung somit über Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und zwar nicht nur betreffend den im Vergleich zu den übrigen Bietern gegebenen Vorteil, des billigsten Preises (siehe "Entscheidend war der erheblich günstigere Preis" oder "Aufzeigen von innovativen Kostenoptimierungsmöglichkeiten"), sondern auch insbesondere - im Zuge der erläuternden Beschreibungen zu den Bewertungen der sieben Subkriterien - über die jeweiligen Merkmale in den Konzepten des Angebotes der Bestbieterin. So wird zB darauf hingewiesen, dass sich die Punkteabzüge bei den "Sollkriterien gem. LV" daraus ergeben, dass die Bestbieterin "verschiedene SOLL-Kriterien hinsichtlich der Ausstattung von Clients (PCs und Notebooks) nicht erfüllt" hat. Bei den Konzepten werden zB das Vorliegen von deren

"Schlüssigkeit" und die Erfüllung der "Minimalanforderungen" aufgezeigt und es wird auch dargelegt, worauf das Nichterreichen der Maximalpunkte wegen etwa "Erhöhtem Risiko bei der Umsetzung" (vergleiche Allgm. Betriebs- und Migrationskonzept, File/Mail/Plattform-Konzept, etc.) bzw. "Mehraufwand für den Auftraggeber" (vergleiche Allgm. Betriebs- und Migrationskonzept, Client-Konzept) zurückzuführen ist.

Zum Angebot der Antragstellerin werden in der Zuschlagsentscheidung unter Pkt C die Eckdaten für die Bewertung bei den Kriterien Preis und Qualität, sowie die bei den Zuschlagskriterien bzw. Subkriterien erreichten und nach Gewichtung bewerteten Punkte beschrieben. Insbesondere erörtert der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin im Verhältnis zu den übrigen Bietern wie folgt: "Allerdings ist der Aufwand für die ACG gegenüber den Mitbewerbern mit dem höchsten Wert angegeben. Zudem wird bei den Tools ein hoher Standardisierungsgrad angegeben, der sich für die Flexibilität in der ACG nachteilig auswirken könnte."

Damit wird die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung dem in § 131 BVerG betreffend das Angebot der Antragstellerin konkretisierten Inhalt, wonach die Gründe für die Ablehnung deren Angebotes, somit im gegenständlichen Fall die Ursachen für die - im Vergleich zu den anderen Mitbewerbern - punktemäßig geringere Bewertung des Angebotes bekannt zu geben sind, gerecht. Der Mitteilung können die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin ausdrücklich entnommen werden. Mit dem Zugang der Zuschlagsentscheidung und der darin enthaltenen Bekanntgabe des Beginns der Stillhaltefrist erhielt die Antragstellerin Kenntnis über die Gründe, aus denen das eigene Angebot nicht für den Zuschlag berücksichtigt wurde und die sie für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigte (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85ff). Damit wird die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung dem in Paragraph 131, BVerG betreffend das Angebot der Antragstellerin konkretisierten Inhalt, wonach die Gründe für die Ablehnung deren Angebotes, somit im gegenständlichen Fall die Ursachen für die - im Vergleich zu den anderen Mitbewerbern - punktemäßig geringere Bewertung des Angebotes bekannt zu geben sind, gerecht. Der Mitteilung können die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin ausdrücklich entnommen werden. Mit dem Zugang der Zuschlagsentscheidung und der darin enthaltenen Bekanntgabe des Beginns der Stillhaltefrist erhielt die Antragstellerin Kenntnis über die Gründe, aus denen das eigene Angebot nicht für den Zuschlag berücksichtigt wurde und die sie für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigte Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. GP, 85ff).

Dem von der Antragstellerin benannten VwGH-Erkenntnis lag ein völlig anderer Sachverhalt zu Grunde. Im dort beurteilten Fall verzichtete der Auftraggeber gänzlich auf eine Begründung. Die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung enthielt lediglich die Bekanntgabe der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und setzte den Empfänger darüber in Kenntnis, dass der Auftraggeber beabsichtigte, den Zuschlag dem genannten Bieter zu erteilen (vgl. VwGH 22.4.2009, Zl. 2009/04/0081). Im Gegensatz dazu ermöglichte die vom Auftraggeber im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren bekanntgemachte Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 es der Antragstellerin nicht nur einen etwa nur knapp begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen, sondern es konnte zahlreiche Mängel im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgebracht werden. Dem von der Antragstellerin benannten VwGH-Erkenntnis lag ein völlig anderer Sachverhalt zu Grunde. Im dort beurteilten Fall verzichtete der Auftraggeber gänzlich auf eine Begründung. Die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung enthielt lediglich die Bekanntgabe der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und setzte den Empfänger darüber in Kenntnis, dass der Auftraggeber beabsichtigte, den Zuschlag dem genannten Bieter zu erteilen (vergleiche VwGH 22.4.2009, Zl. 2009/04/0081). Im Gegensatz dazu ermöglichte die vom Auftraggeber im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren bekanntgemachte Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 es der Antragstellerin nicht nur einen etwa nur knapp begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen, sondern es konnte zahlreiche Mängel im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgebracht werden.

Zudem steht die inhaltliche Intensität der Begründungspflicht unter den Anforderungen des Zwecks, zu dem der Informationsanspruch des Bieters eingerichtet ist. Er muss jene Informationen erhalten, die es ihm ermöglichen, einzuschätzen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen wurde und ob ihre Bekämpfung aussichtsreich ist. Es genügt daher nicht, wenn der Auftraggeber als Begründung nur die erreichten Bewertungspunkte mitteilt, ohne kurz die Gründe für die unterschiedliche Punktevergabe zu erläutern (vgl. Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar2 § 131 Rz 29). Die Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 enthält einen, wenn auch in manchen Passagen im Vergleich zur Darstellung des Angebotes der Bestbieterin kurzen, jedoch jedenfalls nachvollziehbaren und individualisierten Vergleich der Beurteilungen des nicht zum Zuge gekommenen Angebotes der Antragstellerin mit jenem der Bestbieterin. Zudem steht die inhaltliche Intensität der Begründungspflicht unter den

Anforderungen des Zwecks, zu dem der Informationsanspruch des Bieters eingerichtet ist. Er muss jene Informationen erhalten, die es ihm ermöglichen, einzuschätzen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen wurde und ob ihre Bekämpfung aussichtsreich ist. Es genügt daher nicht, wenn der Auftraggeber als Begründung nur die erreichten Bewertungspunkte mitteilt, ohne kurz die Gründe für die unterschiedliche Punktevergabe zu erläutern (vergleiche Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar 2 Paragraph 131, Rz 29). Die Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 enthält einen, wenn auch in manchen Passagen im Vergleich zur Darstellung des Angebotes der Bestbieterin kurzen, jedoch jedenfalls nachvollziehbaren und individualisierten Vergleich der Beurteilungen des nicht zum Zuge gekommenen Angebotes der Antragstellerin mit jenem der Bestbieterin.

Inwieweit die bekämpfte Zuschlagsentscheidung - wie die Antragstellerin am 25.2.2010 ergänzend vorbrachte - wegen "falscher Angaben" nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen sollte, ist für das Bundesvergabeamt nicht nachvollziehbar. Zum einen macht die Tatsache, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin, zB bei der Wahl der Antwortzeiten auch Auftraggeberbesonderheiten angeboten hat, deren Kalkulation aus dem Preisblatt des Last and best Offer ersichtlich sind (vgl. Verhandlungsschrift vom 25.2.2010, Seite 7), deutlich, dass Möglichkeiten zu Anpassungen in diesem konkret angebotenen Standardprozess bestehen, die auch von der Bestbieterin genutzt wurden, um ausschreibungskonform anzubieten. Zum anderen zeigt die abschließende Feststellung des Auftraggebers in der Zuschlagsentscheidung zur Bewertung des Bestbieterangebotes auf, dass "Abweichungen" von B***-Standardprozessen, also Auftraggeberanforderungen, die nicht innerhalb des Standardprozesses berücksichtigt werden konnten, nicht nur nicht angeboten, sondern für den Auftraggeber auch deutlich abgegrenzt und klar als individuelle Mehrleistungen dargestellt wurden. Inwieweit die bekämpfte Zuschlagsentscheidung - wie die Antragstellerin am 25.2.2010 ergänzend vorbrachte - wegen "falscher Angaben" nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen sollte, ist für das Bundesvergabeamt nicht nachvollziehbar. Zum einen macht die Tatsache, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin, zB bei der Wahl der Antwortzeiten auch Auftraggeberbesonderheiten angeboten hat, deren Kalkulation aus dem Preisblatt des Last and best Offer ersichtlich sind (vergleiche Verhandlungsschrift vom 25.2.2010, Seite 7), deutlich, dass Möglichkeiten zu Anpassungen in diesem konkret angebotenen Standardprozess bestehen, die auch von der Bestbieterin genutzt wurden, um ausschreibungskonform anzubieten. Zum anderen zeigt die abschließende Feststellung des Auftraggebers in der Zuschlagsentscheidung zur Bewertung des Bestbieterangebotes auf, dass "Abweichungen" von B***-Standardprozessen, also Auftraggeberanforderungen, die nicht innerhalb des Standardprozesses berücksichtigt werden konnten, nicht nur nicht angeboten, sondern für den Auftraggeber auch deutlich abgegrenzt und klar als individuelle Mehrleistungen dargestellt wurden.

Im Einklang mit den gemäß § 131 4. Satz, letzter Gliedsatz BVergG bestehenden Grenzen der Begründungspflicht, hat der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung darauf hingewiesen, dass etwa die Ergebnisse der vertieften Angebotsprüfung dem "Geschäftsgeheimnis" des ermittelten Bestbieters unterliegen. Deren Bekanntgabe stünde im Widerspruch zu berechtigten Geschäftsinteressen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Im Einklang mit den gemäß Paragraph 131, 4. Satz, letzter Gliedsatz BVergG bestehenden Grenzen der Begründungspflicht, hat der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung darauf hingewiesen, dass etwa die Ergebnisse der vertieften Angebotsprüfung dem "Geschäftsgeheimnis" des ermittelten Bestbieters unterliegen. Deren Bekanntgabe stünde im Widerspruch zu berechtigten Geschäftsinteressen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 erfüllt somit die in § 131 BVergG aufgestellten Anforderungen und stellt einen zulässigen Anfechtungsgegenstand gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG dar. Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 erfüllt somit die in Paragraph 131, BVergG aufgestellten Anforderungen und stellt einen zulässigen Anfechtungsgegenstand gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG dar.

Im gegenständlichen Verhandlungsverfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung der Anträge zuständig.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 7.1.2010 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zu. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 7.1.2010 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

1. 2. Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

1. a) Litera a

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Soweit der Auftraggeber und die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorbringen, der Antragstellerin fehle es an der Antragslegitimation ist von den hinreichend konkreten Einwänden der Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren auszugehen. Die Antragstellerin hat bereits im verfahrenseinleitenden Schriftsatz auf Widersprüche und Ausschreibungswidrigkeiten im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hingewiesen, so etwa zum - im Vergleich zum Zweitgereichten und dem eigenen bereits knapp kalkulierten Angebot - niedrigen Angebotspreis des Angebotes der Bestbieterin. Der nicht plausibel zusammengesetzte Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lasse sich, wie sie anhand eines - ausgehend von ihrer eigenen Kalkulation zum verfahrensgegenständlichen Auftrag - dargestellten Rechenbeispiels bekräftigte, nur durch "unterkollektivvertragliche" Personalkosten erklären. Mit Schriftsatz vom 24.1.2010 konkretisierte sie nicht nur ihre Vorbringen zu den inhaltlichen Mängeln und Rechtswidrigkeiten im Angebot der Zweitgereichten, sondern brachte ua vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Subunternehmer anbiete, ohne dessen Befugnis und berufliche Zuverlässigkeit im Angebot nachgewiesen zu haben.

1. b)Litera b

Zur Bewertung der Angebote allgemein:

In der Ausschreibung, Teil: "Vergaberechtliche Bestimmungen `Betrieb von Commodity IT-Services in der Austro Control GmbH`" ist zu "Prüfung und Auswertung der Angebote" unter Pkt. 4.5.

insbesondere festgelegt: "... folgt deren Überprüfung und

Auswertung durch ACG nach den Vorschriften des BVergG... Die

inhaltliche Bewertung der in die engere Wahl gekommenen Angebote

erfolgt gemäß den Zuschlagskriterien (Punkt 4.6.)... Die

Sachverständigenjury verteilt die Punkte je nachdem ...".

Unter Punkt 4.6. "Zuschlagskriterien", findet sich mit der Überschrift "ad Zuschlagskriterium `Qualität`", für das "Subkriterium `Soll LV`" der Hinweis, dass dieses Kriterium "nicht von der Fachjury, sondern von sachverständigen Mitarbeitern des Auftraggebers bewertet" wird. Beim Subkriterium "Konzepte" heißt es: "die Angebote werden durch eine Sachverständigenjury des Auftraggebers pro Detailkonzept gem. LV

und gem. Pkt. 4.5. (VR) bewertet werden ... Bewertet werden die

Detailkonzepte (Allg. Betriebs- und Migrationskonzept, Client, File/Mail/Plattform, Netzwerk, Drucker, Rechenzentrum) durch die Fachjury ...".

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 uva.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter

verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006- 28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 uva.).

Dafür, dass den Bietern die konkrete Zusammensetzung der Sachverständigenjury des Auftraggebers bis zu einem bestimmten Zeitpunkt - wie die Antragstellerin vermeint - bekannt zu geben war, liefert die Ausschreibung keinerlei Anhaltspunkt. Klar festgeschrieben ist, dass die Angebotsprüfung und -auswertung durch den Auftraggeber erfolgt. Ein bestimmter Teil der Qualitätsprüfung, und zwar beim Zuschlagskriterium "Qualität", das "Subkriterium `Soll LV`" ist laut Ausschreibung durch "sachverständige Mitarbeiter" wahrzunehmen. Die Beurteilung des "Subkriteriums `Konzepte`", konkret die Bewertung der Detailkonzepte Allg. Betrieb und Migration, Client, File/Mail/Plattform, Netzwerk, Drucker, Rechenzentrum gemäß dem Leistungsverzeichnis (vgl. VR Pkt. 1.4., wonach LV die Kurzbezeichnung für Leistungsverzeichnis darstellt) und gemäß Pkt. 4.5. der Vergaberechtlichen Bestimmungen (vgl. VR Pkt. 1.4., wonach VR die Kurzbezeichnung für Vergaberechtliche Bestimmungen darstellt) hat hingegen durch eine "Sachverständigenjury" bzw. "Fachjury" zu erfolgen. Dafür, dass den Bietern die konkrete Zusammensetzung der Sachverständigenjury des Auftraggebers bis zu einem bestimmten Zeitpunkt - wie die Antragstellerin vermeint - bekannt zu geben war, liefert die Ausschreibung keinerlei Anhaltspunkt. Klar festgeschrieben ist, dass die Angebotsprüfung und -auswertung durch den Auftraggeber erfolgt. Ein bestimmter Teil der Qualitätsprüfung, und zwar beim Zuschlagskriterium "Qualität", das "Subkriterium `Soll LV`" ist laut Ausschreibung durch "sachverständige Mitarbeiter" wahrzunehmen. Die Beurteilung des "Subkriteriums `Konzepte`", konkret die Bewertung der Detailkonzepte Allg. Betrieb und Migration, Client, File/Mail/Plattform, Netzwerk, Drucker, Rechenzentrum gemäß dem Leistungsverzeichnis vergleiche VR Pkt. 1.4., wonach LV die Kurzbezeichnung für Leistungsverzeichnis darstellt) und gemäß Pkt. 4.5. der Vergaberechtlichen Bestimmungen vergleiche VR Pkt. 1.4., wonach VR die Kurzbezeichnung für Vergaberechtliche Bestimmungen darstellt) hat hingegen durch eine "Sachverständigenjury" bzw. "Fachjury" zu erfolgen.

Mangels Anfechtung innerhalb der Frist des § 321 BVergG ist die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bestandsfest geworden (vgl. dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072- BVA/08/2006-65 u.a.). Demnach haben sich nicht nur die Bieter (bei ihrer Angebotserstellung), sondern hat sich insbesondere auch der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung an diese Ausschreibung in ihrer bestandsfest gewordenen Fassung zu halten (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118- BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 uva.). Mangels Anfechtung innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG ist die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bestandsfest geworden vergleiche dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Demnach haben sich nicht nur die Bieter (bei ihrer Angebotserstellung), sondern hat sich insbesondere auch der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung an diese Ausschreibung in ihrer bestandsfest gewordenen Fassung zu halten vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118- BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 uva.).

Gemäß § 122 BVergG ist die Prüfung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen. Gemäß Paragraph 122, BVergG ist die Prüfung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Bei den als Jurymitglied zur Angebotsbewertung herangezogenen Personen handelt es sich - wie in der bestandfesten Ausschreibung festgelegt - um Mitarbeiter des Auftraggebers. Die Beurteilung des "Allg. Betriebs- und Migrationskonzepts", des "Clientkonzepts" und des "File-/Mail-/Plattformkonzepts" wurde von den Mitarbeitern Hornbostel (Servicemanager), Dörsch (Projektleiter der gegenständlichen Ausschreibung) und Mölzer (IT-Abteilung) vorgenommen. Beim "Netzwerkkonzept" bestand die Jury aus den Mitgliedern Hornbostel, Dörsch und Dundler (AES/SI/COM/Networking) und beim "Rechenzentrumskonzept" wurde als viertes Mitglied, der Beschaffungsmanager

Mölzer hinzugezogen. Ausgeschrieben wurde die Konzeptionierung, die Umsetzung und der anschließende Betrieb von Teilbereichen des Commodity IKT-Services beim Auftraggeber und zwar insbesondere der Helpdesk, die Netzwerkunterstützung, das Mail- & Fileservice, das Clientservice, das Druckservice sowie die dafür erforderlichen Rechenzentrumsleistungen und die Anmietung der erforderlichen Endgeräte (vgl. Ausschreibung: VR Pkt. 1.2.). Das Tätigkeitsfeld aller im Bereich des IT-Services beschäftigten Jurymitglieder als Servicemanager, als Projektleiter, als Beschaffungsmanager oder beim AES/SI/COM/Networking steht unstrittig in unmittelbarem Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe. Dies bestätigt insbesondere die in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin zuletzt gleichfalls unbestritten gebliebene Tatsache, dass der Auftraggeber - zwar nicht die schon zuvor an Dritte vergebenen Leistungen des Helpdesks (Volumen EURO 300.000,--) betrieben hat - diese Mitarbeiter jedoch bisher mit den übrigen erst jetzt ausgeschrieben Leistungen mit einem Volumen von EURO 500.000 betraut waren. Bei den als Jurymitglied zur Angebotsbewertung herangezogenen Personen handelt es sich - wie in der bestandfesten Ausschreibung festgelegt - um Mitarbeiter des Auftraggebers. Die Beurteilung des "Allg. Betriebs- und Migrationskonzepts", des "Clientkonzepts" und des "File-/Mail-/Plattformkonzepts" wurde von den Mitarbeitern Hornbostel (Servicemanager), Dörsch (Projektleiter der gegenständlichen Ausschreibung) und Mölzer (IT-Abteilung) vorgenommen. Beim "Netzwerkkonzept" bestand die Jury aus den Mitgliedern Hornbostel, Dörsch und Dundler (AES/SI/COM/Networking) und beim "Rechenzentrumskonzept" wurde als viertes Mitglied, der Beschaffungsmanager Mölzer hinzugezogen. Ausgeschrieben wurde die Konzeptionierung, die Umsetzung und der anschließende Betrieb von Teilbereichen des Commodity IKT-Services beim Auftraggeber und zwar insbesondere der Helpdesk, die Netzwerkunterstützung, das Mail- & Fileservice, das Clientservice, das Druckservice sowie die dafür erforderlichen Rechenzentrumsleistungen und die Anmietung der erforderlichen Endgeräte (vgl. Ausschreibung: VR Pkt. 1.2.). Das Tätigkeitsfeld aller im Bereich des IT-Services beschäftigten Jurymitglieder als Servicemanager, als Projektleiter, als Beschaffungsmanager oder beim AES/SI/COM/Networking steht unstrittig in unmittelbarem Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe. Dies bestätigt insbesondere die in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin zuletzt gleichfalls unbestritten gebliebene Tatsache, dass der Auftraggeber - zwar nicht die schon zuvor an Dritte vergebenen Leistungen des Helpdesks (Volumen EURO 300.000,--) betrieben hat - diese Mitarbeiter jedoch bisher mit den übrigen erst jetzt ausgeschrieben Leistungen mit einem Volumen von EURO 500.000 betraut waren.

Dass die Antragstellerin für den Helpdesk anstelle der bisher eingesetzten 3 nunmehr 4 1/2 Personen kalkuliert hat, stellt ebenso wenig die geforderte fachliche Qualifikation der Jurymitglieder der Bewertungskommission in Frage, wie der Umstand, dass die Antragstellerin eine Abteilung mit insgesamt 7 Fachleuten mit Expertise beschäftigt. Zur gesetzlich gebotenen fachlichen Bewertung der Qualität der von den Bietern angebotenen Konzepte hat der Auftraggeber Personen mit dem zur Beurteilung (!) erforderlichen fachlichen Wissen und Eignung einzusetzen. Das BVergG fordert hingegen nicht, dass diese Personen selbst in der Lage sein müssen, die Konzepte im Detail nach den Ausschreibungsvorgaben auszuarbeiten.

Nach den nachvollziehbaren Angaben des Auftraggebers wird sowohl der Standard der Flugsicherungsleistungen, als auch das auftragsgegenständliche IT-Services laufend einer international anerkannten Prüfung unterzogen. Teil der Überprüfung ist notwendigerweise auch die Qualifikation und Fachkunde von in diesem Bereich tätigem Personal. Nach allgemeiner Erfahrung ist die Erfüllung der internationalen Flugsicherungsstandards dauerhaft nur zu gewährleisten, wenn die dabei im IT-Servicebereich zum Einsatz kommenden Mitarbeiter beim Auftraggeber über eine entsprechende Qualifikation und Fachkunde sowie eine mehrjährige Praxis verfügen.

Zur Behauptung der Antragstellerin, der IT-Servicemanager bzw der IT-Projektleiter der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung seien nicht in der Lage sämtliche Konzepte fachmännisch zu beurteilen, ist zum einem darauf hinzuweisen, dass durch den Einsatz von diesen beiden Mitarbeitern bei allen zu beurteilenden Konzepten auch die Bewertung der Qualität des Angebots in seiner Gesamtheit sichergestellt wurde und zum anderen eine für das einzelne Fach-Konzept mit zusätzlichen weiteren Fachleuten auf 3 bzw. 4 Mitglieder verstärkte Jury auch über das für den konkret zu beurteilenden Gegenstand notwendige Fachwissen verfügt. So kam zB beim "Netzwerkkonzept" der Mitarbeiter Dundler, welcher sich nach den Angaben der Antragstellerin mit AES/SI/COM/Networking beschäftigt und beim "Rechenzentrumskonzept", wo es ua um die Beschaffung von Hardware geht, zusätzlich der Beschaffungsmanager Mölzer zum Einsatz. Bei den übrigen Konzepten wurde das Duo von einem Mitarbeiter der IT-Abteilung ergänzt.

Solange der Auftraggeber eigenes Personal mit entsprechendem Sachverstand zur Verfügung hat, steht es ihm zu,

dieses Personal vorrangig mit der Prüfung und der Beurteilung zu betrauen. Eine Verpflichtung für den Auftraggeber unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen, besteht gemäß § 122 Satz 2 BVergG nur dann (arg. "erforderlichenfalls"), wenn er selbst nicht ausreichend über solche Fachleute verfügt (vgl. Gölles, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar2 § 122 Rz 2 und 10). Die vom Auftraggeber für die Angebotsbewertung eingesetzten Mitglieder der Sachverständigenjury erfüllen somit die in § 122 BVergG geforderten fachlichen Voraussetzungen. Solange der Auftraggeber eigenes Personal mit entsprechendem Sachverstand zur Verfügung hat, steht es ihm zu, dieses Personal vorrangig mit der Prüfung und der Beurteilung zu betrauen. Eine Verpflichtung für den Auftraggeber unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen, besteht gemäß Paragraph 122, Satz 2 BVergG nur dann (arg. "erforderlichenfalls"), wenn er selbst nicht ausreichend über solche Fachleute verfügt vergleiche Gölles, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar2 Paragraph 122, Rz 2 und 10). Die vom Auftraggeber für die Angebotsbewertung eingesetzten Mitglieder der Sachverständigenjury erfüllen somit die in Paragraph 122, BVergG geforderten fachlichen Voraussetzungen.

Das Vorbringen, die vom Auftraggeber zur Beurteilung der Qualität der Konzepte eingesetzte Jury habe das Angebot der Antragstellerin im Vergleich zu den Mitbewerbern zu niedrig bewertet, ist wie ua eine Durchsicht der ausführlichen und übersichtlichen Unterlagen der Angebotsbewertung durch den erkennenden Senat ergab und im Folgenden dargestellt ist, nicht schlüssig.

So erhielt die Antragstellerin für das Bundesvergabeamt nachvollziehbar etwa beim Beurteilungskriterium "Netzwerkkonzept" 90 von 100 möglichen Punkten. Die Bewertungskommission ließ sich dabei - in Übereinstimmung mit den in der Ausschreibung bei der Bewertung zu berücksichtigenden und bestandfest gewordenen vier Gedanken, nämlich 1. Risiko in der Umsetzung, 2. Planbarkeit der Ressourcen, 3. Anwendbarkeit in der Praxis und 4. Schlüssigkeit des Konzeptes leiten (vgl. Ausschreibung VR, Pkt. Zuschlagskriterien, S 16 oben). Bei zwei zu beurteilenden Aspekten merkte sie im Beurteilungsbogen zu den erreichten Punkten an, dass das Risiko des Aufwands für den Auftraggeber sowohl bei der Umsetzung als auch im Betrieb schlechter planbar ist, als bei den Mitbewerbern, und dass sich beim Aspekt "Beschreibung des Personals und der Organisation hinsichtlich Flächendeckung, Ausstattung, Ausbildung und persönliche Erreichbarkeit" die Abzüge im Konzept aufgrund der weniger schlüssigen Nachvollziehbarkeit ergeben (vgl. Bewertungsbogen, Bieter A***, lfd. Nr 4, Netzwerkkonzept). Aus dem Bewertungsbogen zum Netzwerkkonzept der an 2. Stelle gereihten Bieterin - die für ihr Konzept mit insgesamt 98 von 100 Punkten die beste Bewertung erhielt - ist im direkten Vergleich ersichtlich, dass dieses Netzwerkkonzept bei zwei von vier Aspekten als "TOP" mit maximaler Punkteanzahl beurteilt wurde und hinsichtlich der nicht voll bepunkteten zwei Aspekte, hielt die Bewertungsjury lediglich fest, dass das Konzept "betr. Betriebskennzahlen geringfügig unklar" geblieben ist und dass der Einsatz von "Cisco als IP SLA ein Risiko birgt" (vgl. Bewertungsbogen, Bieter C***, lfd. Nr 1, Netzwerkkonzept). Beim Aspekt "Zum Einsatz kommenden Netzwerkmanagementsystems (NMS). Angebotenes Lizenzmodell des zum Einsatz kommenden NMS. Datenübergabe bei Vertragsende" wurden beide Konzepte von der Bewertungsjury, jeweils unter Hinweis auf die festgestellten "Mängel" (vgl. Bewertungsbögen, Bieter A***, lfd. Nr 4 und Bieter C***, lfd. Nr 1, Netzwerkkonzept) mit exakt derselben Punkteanzahl bewertet. Offenbar ist es der Antragstellerin, trotzdem der Auftraggeber schon Nutzer von deren Netzen ist, in den beiden Verhandlungsrunden und in den insgesamt abgegebenen 3 Angeboten nicht gelungen, die Mitglieder der Bewertungsjury davon zu überzeugen, dass das von ihr eingesetzte Tool zu einem im Vergleich zu den Mitbewerbern nicht schlechter planbaren Integrations- und Ressourcenaufwand beim Auftraggeber führt. So erhielt die Antragstellerin für das Bundesvergabeamt nachvollziehbar etwa beim Beurteilungskriterium "Netzwerkkonzept" 90 von 100 möglichen Punkten. Die Bewertungskommission ließ sich dabei - in Übereinstimmung mit den in der Ausschreibung bei der Bewertung zu berücksichtigenden und bestandfest gewordenen vier Gedanken, nämlich 1. Risiko in der Umsetzung, 2. Planbarkeit der Ressourcen, 3. Anwendbarkeit in der Praxis und 4. Schlüssigkeit des Konzeptes leiten vergleiche Ausschreibung VR, Pkt. Zuschlagskriterien, S 16 oben). Bei zwei zu beurteilenden Aspekten merkte sie im Beurteilungsbogen zu den erreichten Punkten an, dass das Risiko des Aufwands für den Auftraggeber sowohl bei der Umsetzung als auch im Betrieb schlechter planbar ist, als bei den Mitbewerbern, und dass sich beim Aspekt "Beschreibung des Personals und der Organisation hinsichtlich Flächendeckung, Ausstattung, Ausbildung und persönliche Erreichbarkeit" die Abzüge im Konzept aufgrund der weniger schlüssigen Nachvollziehbarkeit ergeben vergleiche Bewertungsbogen, Bieter A***, lfd. Nr 4, Netzwerkkonzept). Aus dem Bewertungsbogen zum Netzwerkkonzept der an 2. Stelle gereihten Bieterin - die für ihr Konzept mit insgesamt 98 von 100 Punkten die beste Bewertung erhielt - ist im direkten Vergleich ersichtlich, dass dieses Netzwerkkonzept bei zwei

von vier Aspekten als "TOP" mit maximaler Punkteanzahl beurteilt wurde und hinsichtlich der nicht voll bepunkteten zwei Aspekte, hielt die Bewertungsjury lediglich fest, dass das Konzept "betr. Betriebskennzahlen geringfügig unklar" geblieben ist und dass der Einsatz von "Cisco als IP SLA ein Risiko birgt" vergleiche Bewertungsbogen, Bieter C***, lfd. Nr 1, Netzwerkkonzept). Beim Aspekt "Zum Einsatz kommenden Netzwerkmanagementsystems (NMS). Angebotenes Lizenzmodell des zum Einsatz kommenden NMS. Datenübergabe bei Vertragsende" wurden beide Konzepte von der Bewertungsjury, jeweils unter Hinweis auf die festgestellten "Mängel" vergleiche Bewertungsbögen, Bieter A***, lfd. Nr 4 und Bieter C***, lfd. Nr 1, Netzwerkkonzept) mit exakt derselben Punkteanzahl bewertet. Offenbar ist es der Antragstellerin, trotzdem der Auftraggeber schon Nutzer von deren Netzen ist, in den beiden Verhandlungsrunden und in den insgesamt abgegebenen 3 Angeboten nicht gelungen, die Mitglieder der Bewertungsjury davon zu überzeugen, dass das von ihr eingesetzte Tool zu einem im Vergleich zu den Mitbewerbern nicht schlechter planbaren Integrations- und Ressourcenaufwand beim Auftraggeber führt.

Auch beim File/Mail/Plattform- sowie bei dem Allg. Betriebs- und Migrationskonzept zeigt sich ein nachvollziehbares Bewertungsergebnis und zwar sowohl hinsichtlich der von der Antragstellerin bzw. der Zweitgereihten jeweils erreichten Teil- und Gesamtpunkteanzahl, als auch hinsichtlich der damit übereinstimmenden vom Auftraggeber vorgenommenen und in den Bewertungsbögen beim jeweiligen Konzept schriftlich festgehaltenen Begründungen. Die unsubstantiierte und nicht nachgewiesene Behauptung der Antragstellerin, die Sichtweise des Auftraggebers sei gegenüber der Zweitgereihten eingeschränkt, findet demnach keinerlei Bestätigung in den Angebotsbewertungen.

Auszuschließen ist ferner, dass die Antragstellerin bei der Beurteilung des Druckerkonzepts infolge der Ablehnung des von ihr in der zweiten Verhandlungsrunde angebotenen Optimierungspotentials gegenüber den Mitbewerbern benachteiligt wurde. Wie in der mündlichen Verhandlung vom Auftraggeber klargestellt wurde, wurde keines der von den drei Bietern vorgelegten "optimierten" Druckerkonzepte angenommen. Bei diesem Konzept rechtfertigt die TOP-Qualität in sieben von insgesamt neun beurteilten Aspekten des von der Zweitgereihten angebotenen Konzepts, das Erreichen von 98 von möglichen 100 Punkten. Der Punkteabzug ergibt sich - wie auch diesmal aus der Beurteilung des Auftraggebers im Bewertungsbogen ableitbar ist - nur daraus, dass bei der "Beschreibung des Personals und der Organisation hinsichtlich Flächendeckung, Ausstattung, Ausbildung und persönliche Erreichbarkeit" der Personaleinsatz in den Bundesländern unklar geblieben ist und dass das Konzept beim Aspekt "Migration der Druckservices ..." infolge der "nur organisatorischen Umsetzung" das Risiko einer "Fehlerquelle" beinhaltet. Demgegenüber wurde das Druckerkonzept der Antragstellerin nicht, wie diese vorbringt, "negativ bewertet", sondern nur in vier von neun Aspekten als "TOP" mit voller Punkteanzahl bewertet. Die Punkteverluste erklären sich aus den bei den verschiedenen Aspekten zum Teil mehrfach verzeichneten erläuternden Anmerkungen, nämlich dem "höheren Risiko" von weiteren Schnittstellen (bei 2 Aspekten), dem "gegenüber Mitbewerbern weniger genutzten Optimierungspotential" (bei 2 Aspekten) und dem jeweils bei einem Aspekt hervorgekommenen "größeren Prozessaufwand", der "nicht klaren Geräteaufstellung" und den auch bei diesem Konzept "gegenüber den Mitbewerbern höheren ACG-Ressourcen" (vgl. Bewertungsbögen, Bieter C***, lfd. Nr 1 und Bieter A***, lfd. Nr 4, Druckerkonzept). Auszuschließen ist ferner, dass die Antragstellerin bei der Beurteilung des Druckerkonzepts infolge der Ablehnung des von ihr in der zweiten Verhandlungsrunde angebotenen Optimierungspotentials gegenüber den Mitbewerbern benachteiligt wurde. Wie in der mündlichen Verhandlung vom Auftraggeber klargestellt wurde, wurde keines der von den drei Bietern vorgelegten "optimierten" Druckerkonzepte angenommen. Bei diesem Konzept rechtfertigt die TOP-Qualität in sieben von insgesamt neun beurteilten Aspekten des von der Zweitgereihten angebotenen Konzepts, das Erreichen von 98 von möglichen 100 Punkten. Der Punkteabzug ergibt sich - wie auch diesmal aus der Beurteilung des Auftraggebers im Bewertungsbogen ableitbar ist - nur daraus, dass bei der "Beschreibung des Personals und der Organisation hinsichtlich Flächendeckung, Ausstattung, Ausbildung und persönliche Erreichbarkeit" der Personaleinsatz in den Bundesländern unklar geblieben ist und dass das Konzept beim Aspekt "Migration der Druckservices ..." infolge der "nur organisatorischen Umsetzung" das Risiko einer "Fehlerquelle" beinhaltet. Demgegenüber wurde das Druckerkonzept der Antragstellerin nicht, wie diese vorbringt, "negativ bewertet", sondern nur in vier von neun Aspekten als "TOP" mit voller Punkteanzahl bewertet. Die Punkteverluste erklären sich aus den bei den verschiedenen Aspekten zum Teil mehrfach verzeichneten erläuternden Anmerkungen, nämlich dem "höheren Risiko" von weiteren Schnittstellen (bei 2 Aspekten), dem "gegenüber Mitbewerbern weniger genutzten Optimierungspotential" (bei 2 Aspekten) und dem jeweils bei einem Aspekt hervorgekommenen "größeren

Prozessaufwand", der "nicht klaren Geräteaufstellung" und den auch bei diesem Konzept "gegenüber den Mitbewerbern höheren ACG-Ressourcen" vergleiche Bewertungsbögen, Bieter C***, lfd. Nr 1 und Bieter A***, lfd. Nr 4, Druckerkonzept).

Vor diesem Hintergrund geht auch das Vorbringen der Antragstellerin, die Zweitgereichte habe für ihre im Vergleich zur Antragstellerin eher global gehaltene Beschreibung der Konzepte eine zu hohe Bewertung erhalten, ins Leere, zumal sich die Antragstellerin zum Nachweis dafür nur allgemein auf ihre Erfahrung und ihre Kompetenz bzw. Stellung als mit Abstand größter, professionellster und innovativster Anbieter in Österreich beruft.

Insgesamt ist die Bewertung der Angebote durch den Auftraggeber sehr ausführlich und nachvollziehbar beschrieben. Teil des umfangreichen Vergabevermerks, der eine Dokumentation sämtlicher im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens vorgenommenen Bewertungen beinhaltet, sind die für jeden beurteilten Bieter angelegten Bewertungsbögen, in welchen betreffend die Qualität der angebotenen Konzepte für jedes Beurteilungskriterium sowohl punktuelle als auch schlagwortartige verbale Beurteilungen enthalten sind. Die Ergebnisse der während des Verhandlungsverfahrens zu drei unterschiedlichen Zeitpunkten durchgeführten Bewertungen (Erst- und Zweitangebot, Last and best Offer) wurden mit unterschiedlichen Farbstiften (rot, blau und grün) in die einzelnen Bewertungsbögen händisch eingetragen. Auf den Seiten 21 bis 53 des Vergabevermerks wurden die Ergebnisse der Verhandlungsrunden und die erhobenen Beurteilungen, strukturiert und getrennt nach den drei daran teilnehmenden Bietern vom Auftraggeber zusammengefasst. Demnach ist die vom Auftraggeber durchgeführte Angebotsbewertung schlüssig und nachvollziehbar.

1. c)Litera c

Zum Angebot der Zweitgereichten:

Maßstab für die Ausschreibungskonformität der Angebote sind vor allem die im Technischen

Leistungsverzeichnis festgelegten und bestandfest gewordenen Muss-Anforderungen, wobei nur die

Nichterfüllung von Muss-Anforderungen zwingend das Ausscheiden des Angebotes bedingt und eine Nicht- oder

Schlechterfüllung einer Soll-Anforderung zu einer schlechteren Bewertung führt (vgl. VR, Pkt 2.3. Muss- und

Sollanforderungen).Maßstab für die Ausschreibungskonformität der Angebote sind vor allem die im Technischen

Leistungsverzeichnis festgelegten und bestandfest gewordenen Muss-Anforderungen, wobei nur die

Nichterfüllung von Muss-Anforderungen zwingend das Ausscheiden des Angebotes bedingt und eine Nicht- oder

Schlechterfüllung einer Soll-Anforderung zu einer schlechteren Bewertung führt vergleiche VR, Pkt 2.3. Muss- und Sollanforderungen).

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass das Angebot der Zweitgereichten Mängel und Widersprüche aufweise und zählt beispielsweise auf, das Angebot enthalte nach ihrer Kenntnis keine Lizenzen wie im Muss-Kriterium 3.5-05 gefordert, erfülle nicht das Muss-Kriterium 10-01 (Zwischenspeicherungen von Webinhalten für das Protokoll HTTPS), beim Muss-Kriterium 10-06, werde die Filterung von URLs auf Basis von Kategorien nicht unterstützt und Daten von unterschiedlichen Kunden würden im Widerspruch zum Muss-Kriterium 3.5-12 auf denselben physischen Medien gespeichert.

Dies trifft nicht zu. Im Anforderungskatalog ihres Angebotes hat die Zweitgereichte - wie vom erkennenden Senat im Zuge einer Überprüfung festgestellt wurde - bei sämtlichen zuvor genannten Muss-Kriterien die Erfüllung der jeweilige Forderung eindeutig mit einem "x" in der Spalte "Ja" bestätigt (die Spalte "Nein" ist leer) und bei den Muss-Kriterien 3.5-05 und 3.5-12 findet sich darüber hinaus noch ergänzend die Anmerkung: "Dem geforderten Kriterium wird entsprochen".

Wie zunächst gleichfalls schon aus dem mit einem für Erfüllung

stehenden "x" in der Spalte "Ja" gekennzeichneten Muss-Kriterium

14.3.7-03 im Anforderungskatalog ersichtlich ist, bietet die

Zweitgereichte nicht nur eine zur "unter Windows XP standardmäßig

zur Verfügung stehenden Verschlüsselung ... alternative Lösung"

an, sondern sie nennt auch - wie in der Ausschreibung gefordert

- den "Produktnamen" und legt eine "technische Kurzbeschreibung

für dieses Produkt ... dem Angebot bei" (vgl. Anmerkung zum Muss-

Kriterium im Anforderungskatalog im Angebot der Antragstellerin, Seite 40 sowie im Angebot vom 22.5.2009 die Beschreibung im Clientkonzept, Pkt. 3.3. Seite 15; hinsichtlich der Vorgaben im LV, Pkt. 14.3.7., MUSS-14.3.7-03).

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin entspricht das Angebot der Zweitgereihten auch beim Pay-per-Page Konzept bzw. bei den Multifunktionsgeräten hinsichtlich deren Anzahl und deren technischen Anforderungen sowie beim Server hinsichtlich dessen Storage-Funktion den in der Ausschreibung festgelegten Vorgaben. Nach der ausdrücklichen Bestätigung der Erfüllung des Muss-Kriteriums 15.3.-01 (vgl. Angebot der Zweitgereihten vom 22.5.2009, Anforderungskatalog Seite 47) bietet die Zweitgereichte die in der Ausschreibung unter Punkt 15.3 "Drucker-Mengengerüst" geforderte Stückzahl an Druckern der Gerätetypen A, B und C (vgl. LV "MUSS-15.3-01") an. Entsprechend der Bestätigung zu den Muss-Kriterien 15.5.2-17, 15.5.3-31 und 15.5.4-01 (vgl. Angebot der Zweitgereihten vom 22.5.2009, Anforderungskatalog Seiten 49-51) entsprechen diese angebotenen Geräte auch den für die Drucker der Typen A und B sowie für die (zusätzlich als Multifunktionsgeräte bezeichneten) Drucker der Type C im Leistungsverzeichnis jeweils aufgestellten Spezifikationen (vgl. LV "MUSS-15.5.2-17", "MUSS-15.5.3-31" und "MUSS-15.5.4-01"). Ausgeschrieben wurde, wie in der Ausschreibung nachzulesen ist und worauf der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung zutreffend hingewiesen hat, kein bestimmtes Servermodell. Der Auftraggeber formuliert vielmehr im Leistungsverzeichnis unter Punkt 13 "Fileservice" - ausgehend von den Eingangs zur Information der Bieter dargestellten vom Auftraggeber in der Zentrale und an den übrigen vom Auftraggeber betriebenen 6 Standorten benötigten "Speicherkapazitäten" (vgl. LV "INFO-13-01") - insgesamt sechs Muss-Anforderungen zB betreffend die Leistungsmerkmale des anzubietenden Fileservices oder betreffend die Verfügbarkeit der Daten (vgl. LV "MUSS-13-05", "MUSS-13-06" und "MUSS-13-07"). Nachdem die Zweitgereichte in ihrem Angebot die Erfüllung aller in Pkt. 13 des Leistungsverzeichnisses aufgestellten Muss-Kriterien teilweise ergänzt mit dem Hinweis auf das dem Angebot angefügte Dokument "File/Mail/Plattformkonzept" bestätigt hat (vgl. Angebot der Zweitgereihten vom 22.5.2009, Anforderungskatalog Seiten 28, 29) erübrigt sich das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin. Auch fehlt es an der Grundlage für die nach Meinung der Antragstellerin angebotene mangelnde Güte des von der Zweitgereihten - anstelle des wie sie unzutreffend angibt im Mid-Range Bereich geforderten - nur im Low-End Bereich angesiedelten Servers. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin entspricht das Angebot der Zweitgereihten auch beim Pay-per-Page Konzept bzw. bei den Multifunktionsgeräten hinsichtlich deren Anzahl und deren technischen Anforderungen sowie beim Server hinsichtlich dessen Storage-Funktion den in der Ausschreibung festgelegten Vorgaben. Nach der ausdrücklichen Bestätigung der Erfüllung des Muss-Kriteriums 15.3.-01 vergleiche Angebot der Zweitgereihten vom 22.5.2009, Anforderungskatalog Seite 47) bietet die Zweitgereichte die in der Ausschreibung unter Punkt 15.3 "Drucker-Mengengerüst" geforderte Stückzahl an Druckern der Gerätetypen A, B und C vergleiche LV "MUSS-15.3-01") an. Entsprechend der Bestätigung zu den Muss-Kriterien 15.5.2-17, 15.5.3-31 und 15.5.4-01 vergleiche Angebot der Zweitgereihten vom 22.5.2009, Anforderungskatalog Seiten 49-51) entsprechen diese angebotenen Geräte auch den für die Drucker der Typen A und B sowie für die (zusätzlich als Multifunktionsgeräte bezeichneten) Drucker der Type C im Leistungsverzeichnis jeweils aufgestellten Spezifikationen vergleiche LV "MUSS-15.5.2-17", "MUSS-15.5.3-31" und "MUSS-15.5.4-01"). Ausgeschrieben wurde, wie in der Ausschreibung nachzulesen ist und worauf der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung zutreffend hingewiesen hat, kein bestimmtes Servermodell. Der Auftraggeber formuliert vielmehr im Leistungsverzeichnis unter Punkt 13 "Fileservice" - ausgehend von den Eingangs zur Information der Bieter dargestellten vom Auftraggeber in der Zentrale und an den übrigen vom Auftraggeber betriebenen 6 Standorten benötigten "Speicherkapazitäten" vergleiche LV "INFO-13-01") - insgesamt sechs Muss-Anforderungen zB betreffend die Leistungsmerkmale des anzubietenden Fileservices oder betreffend die Verfügbarkeit der Daten vergleiche LV "MUSS-13-05", "MUSS-13-06" und "MUSS-13-07"). Nachdem die Zweitgereichte in ihrem Angebot die Erfüllung aller in Pkt. 13 des Leistungsverzeichnisses aufgestellten Muss-Kriterien teilweise ergänzt mit dem Hinweis auf das dem Angebot angefügte Dokument "File/Mail/Plattformkonzept" bestätigt hat vergleiche Angebot der Zweitgereihten vom 22.5.2009, Anforderungskatalog Seiten 28, 29) erübrigt sich das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin. Auch fehlt es an der Grundlage für die nach Meinung der Antragstellerin angebotene mangelnde Güte des von der Zweitgereihten - anstelle des wie sie unzutreffend angibt im Mid-Range Bereich geforderten - nur im Low-End Bereich angesiedelten Servers.

Die mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 24.2.2010 vorgebrachten Behauptungen, zum einen habe die Zweitgereichte die Rahmenbedingungen bei der virtuelle Software nicht ausreichend beschrieben, relativierte die Antragstellerin

selbst in der am darauffolgenden Tag stattgefundenen mündlichen Verhandlung dahingehend, dass sie hiezu kein konkretes Muss-Kriterium nennen könne. Zum zweiten musste die Antragstellerin ausdrücklich eingestehen, dass - entgegen ihrem schriftlichem Vorbringen vom Tag zuvor das Printing-Policy- und das Zonenkonzept seien im Angebot der Zweitgereihten nicht nachvollziehbar und nicht klar dargestellt - keines der beiden Konzepte in der Ausschreibung gefordert wird.

Schließlich liegt auch die in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin ergänzend vorgebrachte Ausschreibungswidrigkeit beim Angebot der Zweitgereihten wegen des von ihr im mehr als 150 km entfernten Kapfenberg befindlichen Rechenzentrums nicht vor. Wie im Rechenzentrumskonzept im Angebot der Zweitgereihten vom 22.5.2009 beschrieben, greift die Zweitgereichte auf zwei "sich im Stadtgebiet von Wien" befindliche Rechenzentren eines Subunternehmers zurück, welche voneinander nur "ca. 10 km Luftlinie entfernt sind" (vgl. Rechenzentrumskonzept, Seiten 3- 5). Demnach erfüllt sie sowohl die in der Ausschreibung aufgestellte Muss-Forderung, dass das Primär- und das Ausfallsrechenzentrum nicht mehr als 150 km vom Standort Wien des Auftraggebers entfernt sein dürfen, als auch die Soll-Anforderung, dass die Distanz zwischen den beiden Rechenzentren nicht größer als 40 km sein soll (vgl. LV "MUSS-5.1-01" und "SOLL-5.1-02"). Schließlich liegt auch die in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin ergänzend vorgebrachte Ausschreibungswidrigkeit beim Angebot der Zweitgereihten wegen des von ihr im mehr als 150 km entfernten Kapfenberg befindlichen Rechenzentrums nicht vor. Wie im Rechenzentrumskonzept im Angebot der Zweitgereihten vom 22.5.2009 beschrieben, greift die Zweitgereichte auf zwei "sich im Stadtgebiet von Wien" befindliche Rechenzentren eines Subunternehmers zurück, welche voneinander nur "ca. 10 km Luftlinie entfernt sind" (vergleiche Rechenzentrumskonzept, Seiten 3- 5). Demnach erfüllt sie sowohl die in der Ausschreibung aufgestellte Muss-Forderung, dass das Primär- und das Ausfallsrechenzentrum nicht mehr als 150 km vom Standort Wien des Auftraggebers entfernt sein dürfen, als auch die Soll-Anforderung, dass die Distanz zwischen den beiden Rechenzentren nicht größer als 40 km sein soll (vergleiche LV "MUSS-5.1-01" und "SOLL-5.1-02").

Die zu verschiedenen Teilen und Konzepten des Angebotes der Zweitgereihten vom Bundesvergabeamt stichprobenartig durchgeführte Überprüfung der Angebotsbewertung hat somit ergeben, dass sich die aufgezeigten Mängel im Angebot der Zweitgereihten ausschließlich auf Vermutungen und pauschale Behauptungen der Antragstellerin gründen. Deren Stichhaltigkeit konnte in keinem einzigen untersuchten Fall vom erkennenden Senat in den Angebotsunterlagen der Zweitgereihten in Zusammenschau mit den bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen nachgewiesen werden. Das Angebot der Zweitgereihten wurde daher vom Auftraggeber zu Recht als ausschreibungskonform bewertet.

Die Maßstäbe für die Prüfung der Angemessenheit der Preise in einem Angebot sind in § 125 BVergG enthalten. Gemäß Abs 1 leg cit ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ anzubietende Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dabei ist gemäß Abs 2 leg cit von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Die Maßstäbe für die Prüfung der Angemessenheit der Preise in einem Angebot sind in Paragraph 125, BVergG enthalten. Gemäß Absatz eins, leg cit ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ anzubietende Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dabei ist gemäß Absatz 2, leg cit von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

Zum Argument der Antragstellerin, einzelne Preispositionen im Angebot der Zweitgereihten seien unplausibel und nicht nachvollziehbar, ist darauf hinzuweisen, dass - wie sich aus den Preisblättern ergibt - bei den einzelnen Bietern die Preise in den abgegebenen 9 Angeboten abwechselnd zu verschiedenen Positionen großen Schwankungen unterliegen. Schon daraus ist der Schluss zu ziehen, dass es bei den verfahrensgegenständlich ausgeschriebenen IT-Dienstleistungen bzw. insbesondere bei der anzubietenden Hard- und Software über die Zeit (hier während der Dauer des Verhandlungsverfahrens) zu beträchtlichen Preisveränderungen, meist zu Preisreduzierungen kommt, die von den Bietern umgehend in ihren Angeboten berücksichtigt und an den Auftraggeber weitergegeben werden. Trotzdem besteht in der gegenständlichen Fallkonstellation zwischen dem jeweils im Last and best Offer von der Antragstellerin und der Zweitgereihten angebotenen Gesamtpreisen nur eine geringfügige Differenz von unter einem Prozent. Die im einstelligen Millionenbereich liegenden Gesamtpreise der beiden Anbieter sind somit als gleich hoch anzusehen. Es ist

kein Grund erkennbar, dass die im Angebot der Zweitgereihten ausgewiesenen Preise betriebswirtschaftlich nicht erklär- oder nachvollziehbar sind. Zudem bestand für den Auftraggeber nach der Judikatur beider Obersten Gerichtshöfe öffentlichen Rechts keine Verpflichtung zur Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung (vgl. VfGH 22.9.2003, B1211/01; VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090). Zum Argument der Antragstellerin, einzelne Preispositionen im Angebot der Zweitgereihten seien unplausibel und nicht nachvollziehbar, ist darauf hinzuweisen, dass - wie sich aus den Preisblättern ergibt - bei den einzelnen Bietern die Preise in den abgegebenen 9 Angeboten abwechselnd zu verschiedenen Positionen großen Schwankungen unterliegen. Schon daraus ist der Schluss zu ziehen, dass es bei den verfahrensgegenständlich ausgeschriebenen IT-Dienstleistungen bzw. insbesondere bei der anzubietenden Hard- und Software über die Zeit (hier während der Dauer des Verhandlungsverfahrens) zu beträchtlichen Preisveränderungen, meist zu Preisreduzierungen kommt, die von den Bietern umgehend in ihren Angeboten berücksichtigt und an den Auftraggeber weitergegeben werden. Trotzdem besteht in der gegenständlichen Fallkonstellation zwischen dem jeweils im Last and best Offer von der Antragstellerin und der Zweitgereihten angebotenen Gesamtpreisen nur eine geringfügige Differenz von unter einem Prozent. Die im einstelligen Millionenbereich liegenden Gesamtpreise der beiden Anbieter sind somit als gleich hoch anzusehen. Es ist kein Grund erkennbar, dass die im Angebot der Zweitgereihten ausgewiesenen Preise betriebswirtschaftlich nicht erklär- oder nachvollziehbar sind. Zudem bestand für den Auftraggeber nach der Judikatur beider Obersten Gerichtshöfe öffentlichen Rechts keine Verpflichtung zur Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung (vergleiche VfGH 22.9.2003, B1211/01; VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090).

Zum Vorbringen der Antragstellerin das Angebot der Zweitgereihten sei infolge der bei den weiteren Verhandlungsrunden abgegebenen nur mehr verbesserten bzw. geänderten Angebotsteile wegen Verletzung von in den vergaberechtlichen Bestimmungen der Ausschreibung festgehaltenen Regelungen zur "Form der Angebote" auszuschneiden, ist zunächst auf die für die Beurteilung dieser Frage rechtserheblichen Ausschreibungsbestimmungen einzugehen.

In der Ausschreibungsunterlage, Vergaberechtliche Bestimmungen (VR), heißt es wie folgt:

"2.6. Form der Angebote

M

Die Angebote sind schriftlich (brieflich) unter Verwendung der Ausschreibungsunterlage sowie aller sonst nach dieser Ausschreibung erforderlichen Beilagen (wie Eignungsnachweise etc.) zu legen. Die Abgabe elektronischer Angebote ist nicht zulässig.

Die Angebote sind in zweifacher Ausfertigung in deutscher Sprache einzureichen.

Die Bietererklärung gem. Beilage 2 ist zu datieren und

rechtsverbindlich/rechtsgültig zu fertigen. Sofern keine

firmenmäßige Fertigung vorliegt, haben die Bieter ... spätestens

zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung den schriftlichen Nachweis der

Bevollmächtigung jener Personen zu erbringen, die die

Bietererklärung ... gefertigt haben. Das Fehlen solcher

Nachweise/Vollmacht zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gilt als nicht verbesserungsfähiger Mangel, der das Ausscheiden des Angebots des Bieters zur Folge hat.

...

3.1. Alternativangebote

M Alternativangebote sind

unzulässig

3.2. Abänderungsangebote

M Abänderungsangebote sind

unzulässig."

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes sind die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der § 914ff ABGB auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1999, 1). Nach ständiger Rechtsprechung

des Bundesvergabebeamtes sind die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraph 914 f, f, AGBG auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1999, 1).

Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst zum Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH 29.03.2006, Zl. 2004/04/0144, 0156, 0157, ebenso BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, 26.11.2008, N/0130-BVA/11/2008-28 uva). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst zum Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 29.03.2006, Zl. 2004/04/0144, 0156, 0157, ebenso BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, 26.11.2008, N/0130-BVA/11/2008-28 uva).

Wie aus den Festlegungen unter 2.6 "Form der Angebote" in ihrer Gesamtheit im Zusammenhalt mit den Regelungen zu Alternativ- und Abänderungsangeboten unter den Pkten. 3.1. und 3.2. eindeutig hervorgeht, sind Angebote in diesem verfahrensgegenständlichen Verhandlungsverfahren unter Anlage der Ausschreibungsunterlagen und allen erforderlichen Beilagen schriftlich und in zweifacher Ausfertigung in deutscher Sprache zu legen. Ausdrücklich als unzulässig ausgeschlossen werden nur elektronische Angebote sowie Alternativ- und Abänderungsangebote. Für die gleichfalls vorzulegenden Bietererklärungen sind noch explizit Besonderheiten vorgesehen, deren Nichteinhaltung nochmals ausdrücklich mit dem Ausscheiden des betroffenen Angebotes sanktioniert wird. Die genannte Beschreibung bezieht sich - wie schon die Überschrift klar macht - auf die Angebotsform. Zur inhaltlichen Ausgestaltung und damit auch dem inhaltlichen Umfang bleibt die Ausschreibung im Unterschied dazu vergleichsweise vage. Sie nimmt nur allgemein und unbestimmt auf "alle sonst nach dieser Ausschreibung erforderlichen Beilagen" Bezug und nennt zur näheren Erläuterung demonstrativ lediglich eine Beilage, nämlich die "Eignungsnachweise".

Dies mit gutem Grund, denn entsprechend dem gewöhnlichen Ablauf eines Verhandlungsverfahrens hat der Auftraggeber mit den eingeladenen drei Bieter zwei Verhandlungsrunden durchgeführt und nach beiden Runden zu einem überarbeiteten Angebot aufgefordert, wobei zuletzt von den Bieter ein Last and best Offer abzugeben war. Der Auftraggeber näherte sich also im Verhandlungsverfahren dem optimalen Leistungsbild, indem er die Bieter zu Nachbesserungen bzw zu Optimierungen ihrer Leistungen aufforderte. Bei einem Auftrag, wie in diesem Fall, wo der 5 Teile umfassende Katalog der Ausschreibungsunterlagen aus mehreren hundert Seiten besteht (vgl. VR Pkt. 1.4), war die Ausschreibung unter Einbeziehung der objektiven Beurteilung der Sachlage von jedem redlichen Erklärungsempfänger, so auch von den Bieter dahingehend zu verstehen, dass sich die Festlegung unter Pkt. 2.6. "Form der Angebote" nur auf die Form der Erstangebote bezieht. Es kann dem Auftraggeber nicht unterstellt werden, dass er damit auch die Form der abzugebenden weiteren insgesamt 6 Angebote gemeint hat, welche entsprechend den Ergebnissen der vorgelagerten Verhandlungen sowohl dem Inhalt als auch dem Umfang nach davon abweichend zu gestalten waren. Dies mit gutem Grund, denn entsprechend dem gewöhnlichen Ablauf eines Verhandlungsverfahrens hat der Auftraggeber mit den eingeladenen drei Bieter zwei Verhandlungsrunden durchgeführt und nach beiden Runden zu einem überarbeiteten Angebot aufgefordert, wobei zuletzt von den Bieter ein Last and best Offer abzugeben war. Der Auftraggeber näherte sich also im Verhandlungsverfahren dem optimalen Leistungsbild, indem er die Bieter zu Nachbesserungen bzw zu Optimierungen ihrer Leistungen aufforderte. Bei einem Auftrag, wie in diesem Fall, wo der 5 Teile umfassende Katalog der Ausschreibungsunterlagen aus mehreren hundert Seiten besteht vergleiche VR Pkt. 1.4), war die Ausschreibung unter Einbeziehung der objektiven Beurteilung der

Sachlage von jedem redlichen Erklärungsempfänger, so auch von den Bietern dahingehend zu verstehen, dass sich die Festlegung unter Pkt. 2.6. "Form der Angebote" nur auf die Form der Erstangebote bezieht. Es kann dem Auftraggeber nicht unterstellt werden, dass er damit auch die Form der abzugebenden weiteren insgesamt 6 Angebote gemeint hat, welche entsprechend den Ergebnissen der vorgelagerten Verhandlungen sowohl dem Inhalt als auch dem Umfang nach davon abweichend zu gestalten waren.

Auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 04.12.2003, Rs C-448/01 (Evn-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.02.2005, 2004/04/0030; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, ua.] war die Ausschreibungsunterlage dahingehend zu interpretieren, dass er etwa die 134 Seiten umfassende Ausschreibungsunterlage sowie allfällige für die Beurteilung des weiteren Angebotes oder des Bestangebotes nicht mehr notwendige oder schon anlässlich des Erstangebotes abgegebene und unverändert gebliebene Konzeptbeschreibungen nochmals erneut vorzulegen hatte. Die Ausschreibungsunterlagen sind grundsätzlich in ihrer Gesamtheit zu lesen und als Interpretationsgrundlage im Zusammenhalt mit dem konkret ausgeschriebenen Auftrag bzw. der konkret durchzuführenden Art des Vergabeverfahrens heranzuziehen.

Sämtliche vom Auftraggeber einer Beurteilung und Bewertung unterzogenen Angebote der Zweitgereihten so wie auch jene der Bestbieterin (auch die zuletzt abgegebenen Bestangebote) widersprechen somit nicht den Vorgaben in der Ausschreibung und stellen - wie sich der erkennende Senat bei der Durchsicht der Angebotsunterlagen der 3 Bieter überzeugen konnte - verbindliche Angebote gemäß § 2 Z 3 BVergG dar. Sämtliche vom Auftraggeber einer Beurteilung und Bewertung unterzogenen Angebote der Zweitgereihten so wie auch jene der Bestbieterin (auch die zuletzt abgegebenen Bestangebote) widersprechen somit nicht den Vorgaben in der Ausschreibung und stellen - wie sich der erkennende Senat bei der Durchsicht der Angebotsunterlagen der 3 Bieter überzeugen konnte - verbindliche Angebote gemäß Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG dar.

d) Schlussfolgerungen:

Gemäß § 325 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Rechten verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Rechten verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Auf Grund der oben unter Punkt b und c dargestellten Ergebnisse, wonach das Angebot der Zweitantragstellerin vom Auftraggeber in einem rechtskonformen und objektiv nachvollziehbaren Bewertungsverfahren zu Recht nicht ausgeschieden, sondern vielmehr als an die 2. Stelle zu reihendes Angebot beurteilt wurde, konnte die Antragstellerin, deren Angebot nur an der dritten und letzten Stelle liegt, in keinem der von ihr geltend gemachten Rechte, nämlich dem Recht auf Ausscheidung nicht ausschreibungskonformer Angebote, dem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote und insbesondere dem Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt sein. Das Vergabeverfahren dient nicht der objektiven Rechtskontrolle, sondern der Prüfung, ob die Antragstellerin in den geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden ist (vgl. VwGH 23.5.2007, 2005/04/0124). Auf Grund der oben unter Punkt b und c dargestellten Ergebnisse, wonach das Angebot der Zweitantragstellerin vom Auftraggeber in einem rechtskonformen und objektiv nachvollziehbaren Bewertungsverfahren zu Recht nicht ausgeschieden, sondern vielmehr als an die 2. Stelle zu reihendes Angebot beurteilt wurde, konnte die Antragstellerin, deren Angebot nur an der dritten und letzten Stelle liegt, in keinem der von ihr geltend gemachten Rechte, nämlich dem Recht auf Ausscheidung nicht ausschreibungskonformer Angebote, dem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote und insbesondere dem Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt sein. Das Vergabeverfahren dient nicht der objektiven Rechtskontrolle, sondern der Prüfung, ob die Antragstellerin in den geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden ist (vergleiche VwGH 23.5.2007, 2005/04/0124).

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung war daher im Hinblick auf die von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte - in deren Rahmen das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Zuschlagserteilung zuständig ist - nicht für nichtig zu erklären (vgl. BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009- 41; 1.4.2005, 04N-06/05-76). Die angefochtene Zuschlagsentscheidung war daher im Hinblick auf die von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte - in deren Rahmen das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Zuschlagserteilung zuständig ist - nicht für nichtig zu erklären vergleiche BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009- 41; 1.4.2005, 04N-06/05-76).

Nach der herrschenden Judikatur ist ein Nachprüfungsantrag eines Bieters, der auch bei Unterbleiben der von ihm behaupteten Rechtsverletzungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, weil nicht der in Aussicht genomme Zuschlagsempfänger, sondern ein anderer vor ihm gereihter Bieter zum Zug gekommen wäre, abzuweisen (vgl. VwGH 30.4.2008, 2006/04/0065). Nach der herrschenden Judikatur ist ein Nachprüfungsantrag eines Bieters, der auch bei Unterbleiben der von ihm behaupteten Rechtsverletzungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, weil nicht der in Aussicht genomme Zuschlagsempfänger, sondern ein anderer vor ihm gereihter Bieter zum Zug gekommen wäre, abzuweisen vergleiche VwGH 30.4.2008, 2006/04/0065).

Auf das übrige Vorbringen der Antragstellerin zu mehreren, teilweise auf dieselben Angebotsinhalte wie bei der Zweitgereihten abzielenden Rechtswidrigkeiten im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin war daher, nicht mehr einzugehen. Aufgrund der eindeutigen Ermittlungsergebnisse konnte von der von der Antragstellerin begehrten Bestellung eines Sachverständigen und die Einvernahme der angebotenen Zeugen abgesehen werden.

Schlagworte

Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, Interpretation der Ausschreibung, Ausschreibung bestandfest, Zuschlagsentscheidung, Antragslegitimation, Angebotsbewertung, keine Chance auf Zuschlagserteilung, keine subjektive Rechtsverletzung;

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at