

TE Verg Bescheid 2008/6/13 N/0052-BVA/06/2008-50

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.06.2008

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §123 Abs2 Z4

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §128 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §322 Abs2 Z1

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dr. Ernst Reitermaier als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Software und Lizenzen des Herstellers Autodesk, BBG GZ 3600.00813" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund) und 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), beide vertreten durch die BBG, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, Weihburggasse 9, 1010 Wien, vom 6. Mai 2008 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dr. Ernst Reitermaier als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Software und Lizenzen des Herstellers Autodesk, BBG GZ 3600.00813" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund) und 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), beide vertreten durch die BBG, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, Weihburggasse 9, 1010 Wien, vom 6. Mai 2008 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung im angefochtenen Umfang, sohin die Entscheidung vom 22. April 2008 betreffend Los 11 der B*** und betreffend Los 12 der C*** den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären", wird

1. 1.Ziffer eins

hinsichtlich des Loses 11 abgewiesen

2. 2.Ziffer 2

hinsichtlich des Loses 12 zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs. 1, 123 Abs. 2 Z 4, 125, 128 Abs. 1, 312 Abs. 2 Z 2, 322 Abs. 2 Z 1, 325 Abs. 1

BVergGRechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 123, Absatz 2, Ziffer 4, 125, 128, Absatz eins, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 322, Absatz 2, Ziffer eins, 325, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "die Antragsgegnerin zu verpflichten, der Antragstellerin die Kosten der Pauschalgebühren für das gegenständliche Verfahren sowie das gleichzeitig eingeleitete Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Handen des Antragstellervertreeters zu ersetzen bzw. ihr diese wegen gegebener Verfassungswidrigkeit vorab zu refundieren", wird insofern

stattgegeben,

als die Republik Österreich (Bund) und die BBG, beide vertreten durch die BBG, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, verpflichtet ist, der der A***, Schindlergasse 31, 1180 Wien, vertreten durch X***, die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 1.600,-- und die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 800,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 318 und 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 318 und 319 BVergG

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Antrag vom 6. Mai 2008 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Gebührenersatz und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend führte die Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Schriftsatz, mit Schriftsatz vom 29. Mai 2008 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2008 im Wesentlichen aus: Die Republik Österreich und die Bundesbeschaffung GmbH führen ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Beschaffung von Software Produkten und Lizenzen des Herstellers Autodesk nach dem Billigstbieterprinzip durch. Es sei eine Unterteilung in 9 Lose vorgesehen gewesen. Jedes Los sei in zwei Rabattgruppen (Rabattgruppe A und B) mit unterschiedlicher Gewichtung des Rabattsatzes (Rabattsatz A und B) gegliedert worden. Entsprechend den Ausschreibungsbedingungen konnten Teilangebote gelegt werden.

Im Zuge einer Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sei die Anzahl der Lose von 9 auf 12 erhöht worden. Überdies sei bei den Losen 6, 9 und 11 eine weitere Rabattgruppe (Rabattgruppe C) eingeführt worden. Demnach sei für die hier relevanten Lose 11 und 12 die Ermittlung des Billigstbieters anhand folgender Gewichtung vorzunehmen gewesen:

Los 11:

Produktgruppe	Rabattsatz	Gewichtung
Commercial New (Rabattgruppe A des Global Account Vertrages)	Rabattsatz A	20%
Commercial New (Rabattgruppe B des Global Account Vertrages)	Rabattsatz B	40%
Commercial Upgrade", "Commercial Crossgrade", Subscription New" & Subscription Renewal	Rabattsatz C	40%

Los 12:

Produktgruppe	Rabattsatz	Gewichtung
Commercial New (Rabattgruppe A oder B des Global Account Vertrages)	Rabattsatz A	25%
Commercial Upgrade", "Commercial Crossgrade", Subscription New" & Subscription Renewal	Rabattsatz C	75%

Bei der Angabe der Rabattsätze sei von den der Republik Österreich von Autodesk gewährten Rabattprozentsätzen (Rabatt nach dem Global Account Vertrag; Rabattsatz der Produktgruppe A: 42%, der Produktgruppe B: 25% und der Produktgruppe C: 20%) auszugehen und sei zu diesen Rabattsätzen der vom Bieter jeweils offerierte Prozentsatz

hinzuzurechnen. Die Addition der gewichteten Prozentsätze ergebe sodann den zur Ermittlung des Billigstbieters maßgeblichen gewichteten Gesamtrabatt.

Die Antragstellerin habe fristgerecht zu den Losen 11 und 12 Angebote gelegt. Zu Los 11 habe sie einen Rabattsatz A von 46,060%, einen Rabattsatz B von 34,084% und einen Rabattsatz C von 28,100% angeboten, was einen gewichteten Gesamtrabatt von 34,084% ergebe. Zu Los 12 habe sie einen Rabattsatz B von 32,850% und einen Rabattsatz C von 29,360% angeboten, was einen gewichteten Gesamtrabatt von 30,165% ergebe.

Mit Telefax sei die Antragstellerin am 22. April 2008 über die Zuschlagsentscheidung informiert worden. Danach sei beabsichtigt, den Zuschlag bei Los 11 an die B*** und bei Los 12 an die C*** zu erteilen.

Die B*** habe beim Los 11 in der Rabattgruppe B einen Rabattsatz von 60,000% angeboten. Es werde somit zu dem Global Account Rabatt von 25% ein zusätzlicher Händlerrabatt von 46,66% angeboten. Da nicht davon auszugehen sei, dass die B*** einen höheren Großhändlerrabatt als andere Vertragshändler erhalte, sei anzunehmen, dass dem Angebot ein nicht nachvollziehbarer, unangemessen niedriger Preis zugrunde liege. Die von Autodesk den Vertragshändlern gewährten Rabattsätze würden sich nämlich nur geringfügig unterscheiden. Der Großhändlerrabatt für die Autodesk Produkte des Loses 11 (Autocad & Autocad Raster Design) betrage nach der Einstufung der D*** 11%, ausgehend von jenem Preis, der sich durch Verminderung aufgrund des Global Account Vertrages ergebe.

Die Auftraggeber hätten zwar entgegen der ursprünglichen Annahme die Angemessenheit der Preise hinterfragt. Die im Zuge dieser Angebotsprüfung erteilte Auskunft der B***, dass die Rabatte aus einem Lagerabverkauf resultieren und dass die Software vollwertig und in der aktuellen Version ausgeliefert werde, sei allerdings unglaubwürdig und hätte mangels plausibler Zusammensetzung des Preises eine Ausscheidung des Angebotes nach sich ziehen müssen. Autodesk vertreibe seine Produkte über ein autorisiertes Vertriebsnetz. In Österreich seien alle Autodesk Produkte ausschließlich über die beiden Distributoren und damit direkten Vertriebspartner von Autodesk, die D*** und die E***, beziehbar. Nur diese könnten Einzelplatz-Lizenzen innerhalb eines Monats nach Freigabe einer neuen Version gegen auf Lager befindliche Versionen umtauschen. Netzlizenzen seien unter Nennung des Endkundennamens und Anschrift direkt bei Autodesk zu bestellen und könnten daher nicht auf Lager gelegt werden, weshalb diese auch niemals umtauschbar seien. Gegenständlich seien die neuen Versionen am 14. April 2008 (Autocad 2009) und am 18. April 2008 (Autocad Raster Design) freigegeben worden. Vor diesem Datum eingekaufte Ware sei somit als veraltet und unbrauchbar anzusehen und stelle keinen Wert dar. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeber sei entsprechend der Ausschreibung davon auszugehen, dass jeweils die aktuellste Version anzubieten sei, was aber aus einem Lagerabverkauf nicht möglich sei. Es sei überdies nicht üblich, eine Vorgängerversion zu beziehen, da mit dieser nicht auch ein Wartungsvertrag (Autodesk Subscription) abgeschlossen werden könne. Dagegen können mit der neuen Version auch Vorgängerversionen installiert werden. Folglich sei der Erwerb der Vorgängerversion und damit die Notwendigkeit eines allenfalls vorzunehmenden Upgrades die wirtschaftlich ungünstigere, weil teurere Variante. Es sei aber grundsätzlich möglich, die jeweils aktuellste Version und die Vorgängerversion zu beziehen. Für die Vergangenheit und somit auch für den mit der BBG bestehenden Vertrag könne zwar nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass auch Vorgängerversionen bezogen wurden. Allerdings handle es sich höchstens um 1 %. Schließlich sei ein Update nur möglich, wenn die Software bereits beim Kunden registriert sei. Abgesehen davon sei ein derartiges Update keinesfalls kostendeckend, da dieses auf Kosten des Händlers erfolgen müsste. Schließlich sei Lagerhaltung auch insofern nicht sinnvoll und scheitere in der Praxis, da die Lieferzeit von Autodesk Produkten im Verhältnis zum Distributor nur ein bis zwei Tage betrage. Weiters seien Importe aus Drittländern aufgrund der Vertriebsvereinbarungen nicht vorgesehen. Der Verkauf der Produkte erfolge über die lokalen Niederlassungen der beiden direkten Vertriebspartner. Der Import über ein Lager in einem Drittstaat sei daher nicht möglich. Weiters sei zu berücksichtigen, dass der Vertriebspartner bereits bei Einkauf der jeweiligen Produkte bekannt zu geben habe, ob diese Produkte für die Republik Österreich oder einen anderen Kunden angekauft werden. Nur der Vertriebspartner könne die Begünstigungen aus dem Global Account Vertrag geltend machen. Sollte nun tatsächlich ein Lager bestehen, würden die begünstigten Rabattsätze daher nicht zur Anwendung kommen, weswegen auch aus diesem Grunde ein kostendeckendes Agieren auszuschließen sei. Die Auftraggeber hätten in den Ausschreibungsunterlagen das Auftragsvolumen der einzelnen Lose nicht angeführt, sondern erst in ihrer Stellungnahme das Auftragsvolumen der Lose 11 und 12 jeweils mit € 83.333,33 angegeben. Dieser Auftragswert sei nicht nachvollziehbar. Aus der Liste der Verkäufe an die BBG für die Jahre 2006/2007, Zeitraum 4. Quartal 2006 bis 1. Quartal 2008, ergebe sich für Los 11 und 12 ein Gesamtumsatz von € 273.334,--, sodass das tatsächliche Auftragsvolumen voraussichtlich um ein Vielfaches

höher sein werde. Allein im März 2008 seien 8 Lizenzen Raster Design beim Bundesministerium für Landesverteidigung installiert worden. In den letzten 2 bis 3 Jahren seien etwa 30 Lizenzen Raster Design installiert worden. Die in der mündlichen Verhandlung geäußerte Annahme der B***, mit dem - vermeintlichen - Lagerbestand das Auslangen finden zu können, sei daher in Zweifel zu ziehen. Vielmehr erweise sich die Preisgestaltung als spekulativ, da die zu erwartenden Umsätze der B*** nicht bekannt seien. Die Auftraggeber hätten zwar entgegen der ursprünglichen Annahme die Angemessenheit der Preise hinterfragt. Die im Zuge dieser Angebotsprüfung erteilte Auskunft der B***, dass die Rabatte aus einem Lagerabverkauf resultieren und dass die Software vollwertig und in der aktuellen Version ausgeliefert werde, sei allerdings unglaublich und hätte mangels plausibler Zusammensetzung des Preises eine Ausscheidung des Angebotes nach sich ziehen müssen. Autodesk vertreibe seine Produkte über ein autorisiertes Vertriebsnetz. In Österreich seien alle Autodesk Produkte ausschließlich über die beiden Distributoren und damit direkten Vertriebspartner von Autodesk, die D*** und die E***, beziehbar. Nur diese könnten Einzelplatz-Lizenzen innerhalb eines Monats nach Freigabe einer neuen Version gegen auf Lager befindliche Versionen umtauschen. Netzlizenzen seien unter Nennung des Endkundennamens und Anschrift direkt bei Autodesk zu bestellen und könnten daher nicht auf Lager gelegt werden, weshalb diese auch niemals umtauschbar seien. Gegenständlich seien die neuen Versionen am 14. April 2008 (Autocad 2009) und am 18. April 2008 (Autocad Raster Design) freigegeben worden. Vor diesem Datum eingekaufte Ware sei somit als veraltet und unbrauchbar anzusehen und stelle keinen Wert dar. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeber sei entsprechend der Ausschreibung davon auszugehen, dass jeweils die aktuellste Version anzubieten sei, was aber aus einem Lagerabverkauf nicht möglich sei. Es sei überdies nicht üblich, eine Vorgängerversion zu beziehen, da mit dieser nicht auch ein Wartungsvertrag (Autodesk Subscription) abgeschlossen werden könne. Dagegen können mit der neuen Version auch Vorgängerversionen installiert werden. Folglich sei der Erwerb der Vorgängerversion und damit die Notwendigkeit eines allenfalls vorzunehmenden Upgrades die wirtschaftlich ungünstigere, weil teurere Variante. Es sei aber grundsätzlich möglich, die jeweils aktuellste Version und die Vorgängerversion zu beziehen. Für die Vergangenheit und somit auch für den mit der BBG bestehenden Vertrag könne zwar nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass auch Vorgängerversionen bezogen wurden. Allerdings handle es sich höchstens um 1 %. Schließlich sei ein Update nur möglich, wenn die Software bereits beim Kunden registriert sei. Abgesehen davon sei ein derartiges Update keinesfalls kostendeckend, da dieses auf Kosten des Händlers erfolgen müsste. Schließlich sei Lagerhaltung auch insofern nicht sinnvoll und scheitere in der Praxis, da die Lieferzeit von Autodesk Produkten im Verhältnis zum Distributor nur ein bis zwei Tage betrage. Weiters seien Importe aus Drittländern aufgrund der Vertriebsvereinbarungen nicht vorgesehen. Der Verkauf der Produkte erfolge über die lokalen Niederlassungen der beiden direkten Vertriebspartner. Der Import über ein Lager in einem Drittstaat sei daher nicht möglich. Weiters sei zu berücksichtigen, dass der Vertriebspartner bereits bei Einkauf der jeweiligen Produkte bekannt zu geben habe, ob diese Produkte für die Republik Österreich oder einen anderen Kunden angekauft werden. Nur der Vertriebspartner könne die Begünstigungen aus dem Global Account Vertrag geltend machen. Sollte nun tatsächlich ein Lager bestehen, würden die begünstigten Rabattsätze daher nicht zur Anwendung kommen, weswegen auch aus diesem Grunde ein kostendeckendes Agieren auszuschließen sei. Die Auftraggeber hätten in den Ausschreibungsunterlagen das Auftragsvolumen der einzelnen Lose nicht angeführt, sondern erst in ihrer Stellungnahme das Auftragsvolumen der Lose 11 und 12 jeweils mit € 83.333,33 angegeben. Dieser Auftragswert sei nicht nachvollziehbar. Aus der Liste der Verkäufe an die BBG für die Jahre 2006 bis 2007, Zeitraum 4. Quartal 2006 bis 1. Quartal 2008, ergebe sich für Los 11 und 12 ein Gesamtumsatz von € 273.334,--, sodass das tatsächliche Auftragsvolumen voraussichtlich um ein Vielfaches höher sein werde. Allein im März 2008 seien 8 Lizenzen Raster Design beim Bundesministerium für Landesverteidigung installiert worden. In den letzten 2 bis 3 Jahren seien etwa 30 Lizenzen Raster Design installiert worden. Die in der mündlichen Verhandlung geäußerte Annahme der B***, mit dem - vermeintlichen - Lagerbestand das Auslangen finden zu können, sei daher in Zweifel zu ziehen. Vielmehr erweise sich die Preisgestaltung als spekulativ, da die zu erwartenden Umsätze der B*** nicht bekannt seien.

Die Stellungnahme der B*** im Zuge der Angebotsprüfung sei aus den oben dargestellten Gründen nicht zufriedenstellend und hätte die Auftraggeber zu einer weiteren Prüfung der Preisangemessenheit iSd § 125 Abs. 3 Z 3 BVergG veranlassen müssen. Diese Prüfung hätte die Unangemessenheit des Preises und eine spekulative Preisgestaltung zum Ergebnis haben müssen. Das Angebot der B*** wäre sohin auszuschneiden gewesen. Die Stellungnahme der B*** im Zuge der Angebotsprüfung sei aus den oben dargestellten Gründen nicht

zufriedenstellend und hätte die Auftraggeber zu einer weiteren Prüfung der Preisangemessenheit iSd Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG veranlassen müssen. Diese Prüfung hätte die Unangemessenheit des Preises und eine spekulative Preisgestaltung zum Ergebnis haben müssen. Das Angebot der B*** wäre sohin auszuschneiden gewesen.

Die Zuschlagsentscheidung zu Los 12 erweise sich insofern als rechtswidrig, als der Auftraggeberin ein offensichtlicher Rechenfehler unterlaufen sei. Die C*** habe einen Rabattsatz B in Höhe von 28,000% und einen Rabattsatz C in Höhe von 30,259% angeboten. Entgegen der Berechnung der Auftraggeberin ergebe sich hieraus ein gewichteter Gesamtrabatt von 29,694%. Der gewichtete Gesamtrabatt der Antragstellerin betrage 30,165%. Die Auftraggeber hätten vorgebracht, dass selbst bei Vorliegen der behaupteten Rechtswidrigkeit hieraus für die Antragstellerin kein Schaden entstünde, weil sie nicht Billigstbieterin sei. Es fehle ihr die Antragslegitimation. Es sei allerdings nicht richtig, dass die B*** mit einem Gesamtrabattsatz von 33,5% vor der Antragstellerin zu reihen wäre. Deren Angebot stehe nämlich in Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen und wäre daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Die Geschäftsführerin der Antragstellerin, G***, sei bei der Angebotsöffnung anwesend gewesen. Für die B*** seien bei Los 12 ein Rabattsatz A und ein Rabattsatz C verlesen worden. Anzubieten wären allerdings die Rabattgruppen B und C. Maßgeblich sei alleine jene Bedeutung des Angebotsschreibens, die sich unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem objektiven Erklärungswert des Textes ergebe. Da der objektive Erklärungswert gegenständlich unmissverständlich sei, sei eine nachträgliche "Uminterpretation" unzulässig. Aber selbst wenn eine Korrektur des Angebotes zulässig wäre, sei im Hinblick auf die bewusst unrichtige Stellungnahme zu Los 11 die Zuverlässigkeit des Bieters nicht gegeben. Die Zuschlagsentscheidung zu Los 12 erweise sich insofern als rechtswidrig, als der Auftraggeberin ein offensichtlicher Rechenfehler unterlaufen sei. Die C*** habe einen Rabattsatz B in Höhe von 28,000% und einen Rabattsatz C in Höhe von 30,259% angeboten. Entgegen der Berechnung der Auftraggeberin ergebe sich hieraus ein gewichteter Gesamtrabatt von 29,694%. Der gewichtete Gesamtrabatt der Antragstellerin betrage 30,165%. Die Auftraggeber hätten vorgebracht, dass selbst bei Vorliegen der behaupteten Rechtswidrigkeit hieraus für die Antragstellerin kein Schaden entstünde, weil sie nicht Billigstbieterin sei. Es fehle ihr die Antragslegitimation. Es sei allerdings nicht richtig, dass die B*** mit einem Gesamtrabattsatz von 33,5% vor der Antragstellerin zu reihen wäre. Deren Angebot stehe nämlich in Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen und wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden. Die Geschäftsführerin der Antragstellerin, G***, sei bei der Angebotsöffnung anwesend gewesen. Für die B*** seien bei Los 12 ein Rabattsatz A und ein Rabattsatz C verlesen worden. Anzubieten wären allerdings die Rabattgruppen B und C. Maßgeblich sei alleine jene Bedeutung des Angebotsschreibens, die sich unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem objektiven Erklärungswert des Textes ergebe. Da der objektive Erklärungswert gegenständlich unmissverständlich sei, sei eine nachträgliche "Uminterpretation" unzulässig. Aber selbst wenn eine Korrektur des Angebotes zulässig wäre, sei im Hinblick auf die bewusst unrichtige Stellungnahme zu Los 11 die Zuverlässigkeit des Bieters nicht gegeben.

Die Antragstellerin wäre sohin in beiden Losen Billigstbieterin. Aufgrund der beabsichtigten Zuschlagserteilung auf Basis der rechtswidrigen "Zuschlagsentscheidungen" drohe der Antragstellerin ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Als derzeitige Lieferantin der unter Los 11 und 12 vergebenen Produkte hätte sie wesentliche Umsatzeinbußen zu erwarten. Der entgangene Gewinn belaufe sich auf € 1.800/Monat. Weiters sei ein sich aus der Beteiligung am Vergabeverfahren ergebender Schaden in Höhe von € 2.500,- entstanden. Die Antragslegitimation sei gegeben.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Ausscheidung des Angebotes der B*** mangels Vorliegens eines gesetzmäßigen Angebotes und auf Einhaltung des Billigstbieterprinzips verletzt.

In einer weiteren nach Schluss des Ermittlungsverfahrens am 11. Juni 2008 im Bundesvergabeamt eingelangten Stellungnahme führte die Antragstellerin aus, dass entgegen der Aussage von Herrn H***, der CAD-Bereich der F*** bereits per 3. Juli 2006 an die B*** verkauft worden sei. Da Autodesk Raster Design Version 2007 am 1. Mai 2006 freigegeben worden sei, sei der F*** maximal ein Zeitraum von 2 Monaten zur Verfügung gestanden, dieses Produkt anzuschaffen. Die Anschaffung von 12 Stück dieser Software sei im Hinblick auf die Aussage, dass in einem fünfjährigen Zeitraum lediglich fünf Vollversionen Autodesk Raster Design verkauft worden seien, völlig unglaublich und unrealistisch. Schließlich bestehe entgegen den Ausführungen von Herrn H*** kein vernünftiger Grund, die Software mit einem Nullwert anzusetzen. Die Existenz eines derartigen Lagers werde bestritten und es werde daher beantragt, der B*** die Vorlage der 12 Stück Autodesk Raster Design in der Version 2007 aufzutragen. Schließlich sei

im Hinblick auf die bestehende kompetitive Unternehmensgröße der B*** auch das Argument der Erweiterung des Marktanteils nicht nachvollziehbar. Es handle sich um reine Verdrängungstaktik, zumal von Herrn H*** selbst ausgeführt wurde, dass ein Gewinn ohnehin durch Dienstleistungen erwirtschaftet würde. Dies sei eine nach ständiger Rechtsprechung unzulässige Querfinanzierung. Eine solche sei lediglich innerhalb eines Angebotes zulässig. Dies sei aufgrund der Preisgestaltung, da sowohl Rabattgruppe B als auch Rabattgruppe C deutlich unter dem Einstandspreis liegen würden, nicht möglich. Es handle sich gegenständlich um eine spekulative Preisgestaltung, die zur Ausscheidung des Angebotes hätte führen müssen. Sobald das vermeintliche Lager aufgebraucht sei, sei ein Verkauf zu den Selbstkosten nicht mehr möglich. Tatsächlich werde das Produkt AutoCAD Raster Design 2009 in den Bereichen Tiefbau und GIS neu positioniert, weswegen ein wesentlicher Umsatzzuwachs für die nächsten Jahre zu erwarten sei.

Die BBG übermittelte mit Stellungnahme vom 8. Mai 2008 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber seien die Republik Österreich (Bund) und die BBG. Letztere werde auch als vergebende Stelle tätig. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG. Den Bietern sei die Zuschlagsentscheidung am 22. April 2008 nachweislich per Fax mitgeteilt worden. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit im Stadium der gesetzlichen Stillhaltefrist. Die Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Die BBG übermittelte mit Stellungnahme vom 8. Mai 2008 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber seien die Republik Österreich (Bund) und die BBG. Letztere werde auch als vergebende Stelle tätig. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG. Den Bietern sei die Zuschlagsentscheidung am 22. April 2008 nachweislich per Fax mitgeteilt worden. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit im Stadium der gesetzlichen Stillhaltefrist. Die Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden.

Zu den von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nahmen die Auftraggeber mit Schriftsatz vom 14. Mai 2008 und vom 3. Juni 2008 und im Rahmen der mündlichen Verhandlung Stellung. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien keine bestimmten Versionen der Autodesk Produkte ausgeschrieben worden, sondern lediglich Rabattsätze. Es sei nämlich nicht vorhersehbar, welche Version der jeweiligen Software abgerufen werde. Darüber hinaus sollten gerade auch die künftigen Versionen abgedeckt werden. Wesentlich sei bloß gewesen, über ein bestimmtes abrufbares Kontingent der Produkte des Loses 11 zu verfügen. Die Ausschreibungsunterlagen seien diesbezüglich unangefochten geblieben. Da die anzubietende Version nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlage sei, sei es den Auftraggebern verwehrt, die B*** aus diesem Grunde auszuschneiden. Schließlich sei der Antragstellerin entgegen zu halten, dass zu Los 11 eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden habe. Da die vergebende Stelle Unklarheiten betreffend die Angemessenheit der Preise festgestellt habe, sei die B*** zur Offenlegung ihrer Kalkulationsgrundlagen betreffend die angebotenen Rabattsätze aufgefordert worden. Es sei überprüft worden, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Hinsichtlich des Rabattsatzes B in Los 11 habe die "präsumtive Zuschlagsempfängerin" darauf hingewiesen, dass dieser Rabattsatz aus der Möglichkeit eines Lagerabverkaufs resultiere und dass die Software "natürlich vollwertig" sei und in der "aktuellen Version an den Kunden ausgeliefert" werde. Die betreffende Bieterin habe somit iSd § 125 Abs. 5 BVergG plausibel dargelegt, dass sie bei der Erbringung der Leistung über außergewöhnlich günstige Bedingungen verfüge. Daher bestehe für die Auftraggeber keine Verpflichtung zur Ausscheidung des Angebotes der B***. Die "Zuschlagsentscheidung" erweise sich damit als nicht rechtswidrig. Die Antragstellerin verkenne, dass es sich bei der vertieften Angebotsprüfung um eine Plausibilitätsprüfung handle und - auch in Anlehnung an die ständige Judikatur - die Auftraggeber nicht verpflichtet seien, die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachzuvollziehen, sondern nur grob geprüft werden müsse, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne. Auch eine bewusst unter den Selbstkosten erfolgte Kalkulation könne eine Erklärung für ungewöhnlich niedrige Angebotspreise sein, wenn dies beispielsweise zur Eroberung eines neuen Marktes oder zur Erweiterung von Marktanteilen erfolge. Zu den von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nahmen die Auftraggeber mit Schriftsatz vom 14. Mai 2008 und vom 3. Juni 2008 und im Rahmen der mündlichen Verhandlung Stellung. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien keine bestimmten Versionen der Autodesk Produkte ausgeschrieben worden, sondern lediglich Rabattsätze. Es sei nämlich nicht vorhersehbar, welche Version der jeweiligen Software abgerufen werde. Darüber hinaus sollten gerade auch die künftigen Versionen abgedeckt werden. Wesentlich sei bloß gewesen, über ein bestimmtes abrufbares Kontingent der Produkte des Loses 11 zu verfügen. Die Ausschreibungsunterlagen seien diesbezüglich unangefochten geblieben. Da die anzubietende Version nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlage sei, sei es den Auftraggebern verwehrt, die B*** aus diesem Grunde auszuschneiden. Schließlich sei der Antragstellerin

entgegen zu halten, dass zu Los 11 eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden habe. Da die vergebende Stelle Unklarheiten betreffend die Angemessenheit der Preise festgestellt habe, sei die B*** zur Offenlegung ihrer Kalkulationsgrundlagen betreffend die angebotenen Rabattsätze aufgefordert worden. Es sei überprüft worden, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Hinsichtlich des Rabattsatzes B in Los 11 habe die "präsumtive Zuschlagsempfängerin" darauf hingewiesen, dass dieser Rabattsatz aus der Möglichkeit eines Lagerabverkaufs resultiere und dass die Software "natürlich vollwertig" sei und in der "aktuellen Version an den Kunden ausgeliefert" werde. Die betreffende Bieterin habe somit iSd Paragraph 125, Absatz 5, BVergG plausibel dargelegt, dass sie bei der Erbringung der Leistung über außergewöhnlich günstige Bedingungen verfüge. Daher bestehe für die Auftraggeber keine Verpflichtung zur Ausscheidung des Angebotes der B***. Die "Zuschlagsentscheidung" erweise sich damit als nicht rechtswidrig. Die Antragstellerin verkenne, dass es sich bei der vertieften Angebotsprüfung um eine Plausibilitätsprüfung handle und - auch in Anlehnung an die ständige Judikatur - die Auftraggeber nicht verpflichtet seien, die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachzuvollziehen, sondern nur grob geprüft werden müsse, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne. Auch eine bewusst unter den Selbstkosten erfolgte Kalkulation könne eine Erklärung für ungewöhnlich niedrige Angebotspreise sein, wenn dies beispielsweise zur Eroberung eines neuen Marktes oder zur Erweiterung von Marktanteilen erfolge.

Zum Vorbringen der Antragstellerin betreffend die Unmöglichkeit von Importen aus Drittländern sowie der Unmöglichkeit der Anwendung des Global Account Vertrages auf Lagerwaren werde ausgeführt, dass sich dieses auf das Innenverhältnis zwischen den Vertriebspartnern beziehe und daher von den Auftraggebern nicht zu berücksichtigen sei. Wesentlich sei, dass gültige Lizenzen erworben werden könnten. Von wem die Produkte bezogen würden, sei irrelevant. Auch ein unter den Rabattstaffeln des Global Account Vertrages liegendes Angebot entfalte Bindungswirkung. Losgelöst davon sei nicht ausreichend dargelegt, weshalb ein Unterbieten der Rabattstaffeln nicht möglich sein sollte.

In der mündlichen Verhandlung wurde außer Streit gestellt, dass hinsichtlich des Loses 12 ein Berechnungsfehler unterlaufen ist.

Die C*** äußerte sich zum Hauptantrag mit Stellungnahme vom 8. Mai 2008.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der darauf Bezug nehmenden Beilagen, der Unterlagen der verfahrensgegenständlichen Auftragvergabe, aufgrund von Internetrecherchen, von Auskunftersuchen an die Autodesk GesmbH sowie telefonischer Auskunft von Herrn I***, Autodesk GesmbH Österreich, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2008 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die gegenständliche, in 12 Lose aufgeteilte Leistung wurde im Jänner 2008 im offenen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L- 397205-7c21; Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2008/S 7-007357). Auftraggeber sind die Republik Österreich (Bund) und die BBG. Letztere wird auch als vergebende Stelle tätig. Auftragsgegenstand ist die Lieferung von Softwareprodukten und Lizenzen des Herstellers Autodesk sowie die Erbringung damit verbundener Installations-, Support-, Schulungs- und Wartungsleistungen in ganz Österreich. Angebote können für ein Los oder für mehrere Lose eingebracht werden. Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung soll 24 Monate betragen. Die Vorgaben der Auftraggeber betreffend ein Mengengerüst beschränken sich auf die Ausführungen, dass während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung die Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Gesamtwert von insgesamt € 1.000.000,- (exkl. USt) vorgesehen sei (Allgemeine Ausschreibungsbedingungen - AAB, Rz 12; Rahmenvereinbarung - RV, Rz 12). Angaben zum Auftragsvolumen der einzelnen Lose sind in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten. Laut Stellungnahme der Auftraggeber ist sowohl für das Los 11 und das Los 12 über die gesamte Vertragslaufzeit ein Abruf im Wert von jeweils € 83.333,33 beabsichtigt. Unter Los 11 wird die Produktgruppe "AutoCAD & AutoCAD Raster Design" erfasst. Unter Los 12 wird die Produktgruppe "AutoCAD LT" erfasst. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 11. März 2008, 10.00 Uhr, vorgesehen. Die Öffnung der Angebote erfolgte am selben Tag.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden mehrfach berichtigt. So wurde ua die Zahl der Lose von 9 auf 12 Lose erhöht (Allgemeine Ausschreibungsbedingungen - AAB, Rz 10; Rahmenvereinbarung - RV, Rz 14). Innerhalb eines jeden Loses gibt es unterschiedliche Rabattsätze für Vollversionen und für Upgrades und Crossgrades und Autodesk Subscription entsprechend dem Global Account Vertrag zwischen der Firma Autodesk und der Republik Österreich. Für sämtliche

Lose sind daher die jeweils entsprechenden Rabattsätze auf Basis des Global Account Vertrages zwischen der Republik Österreich und der Firma Autodesk anzubieten (AAB, Rz 80; RV, Rz 15). Die im Angebotsschreiben anzuführenden Gesamtrabattsätze beziehen sich auf den unrabattierten Listpreis der offiziell gültigen Autodesk-Preisliste. Der Gesamtrabattsatz setzt sich aus dem Rabattsatz des Global Account-Vertrags der jeweiligen Discount-Kategorie und dem zusätzlich gewährten Händlerrabatt zusammen (AAB, Rz 82; RV, Rz 18). Als Beispiel führen die Auftraggeber im Rahmen einer Bieteranfrage einen Rabattsatz von 47% für ein Angebot der Rabattgruppe A an. Dieser Rabattsatz setzt sich aus dem Global Account Rabatt von 42% und einem zusätzlichen Händlerrabatt von 5% zusammen.

Hinsichtlich der Ermittlung der Billigstangebote wird in Punkt

8.2. der AAB folgendes ausgeführt:

"Die Ermittlung des Billigstbieters erfolgt für die Lose 6, 9 und 11 jeweils wie nachfolgend dargestellt:

Produktgruppe	Rabattsatz	Gewichtung
---------------	------------	------------

Commercial New	Rabattsatz A	20%
----------------	--------------	-----

Commercial New	Rabattsatz B	40%
----------------	--------------	-----

Commercial Upgrade",

"Commercial Crossgrade",	Rabattsatz C	40%
--------------------------	--------------	-----

Subscription New" &

Subscription Renewal

Für alle anderen Lose erfolgt die [die] Ermittlung des

Billigstbieters pro Los jeweils wie nachfolgend dargestellt:

Produktgruppe	Rabattsatz	Gewichtung
---------------	------------	------------

Commercial New	Rabattsatz A	25%
----------------	--------------	-----

Commercial Upgrade",

"Commercial Crossgrade",	Rabattsatz C	75%
--------------------------	--------------	-----

Subscription New" &

Subscription Renewal

Die Einteilung [der] entspricht den Discount-Kategorien des Global Account-Vertrags zwischen der Firma Autodesk und der Republik Österreich....

Die angebotenen Rabattsätze werden jeweils pro Los gewichtet und aufsummiert. Der Bieter mit dem höchsten gewichteten Gesamtrabattsatz pro Los erhält für dieses den Zuschlag. Bei Gleichrangigkeit der gewichteten Gesamtsumme zweier oder mehrerer Angebote pro Los erhält jener Bieter mit dem höchsten Rabattsatz A den Zuschlag. Bei fortwährender Gleichrangigkeit erhält der Bieter mit dem durchschnittlich niedrigsten Stundensatz für Dienstleistungen den Zuschlag.

Beispiel:

Beispiel:

Angebotsrabattsätze Los 1:

- -Strichaufzählung
Rabattsatz A: 43,250%,
- -Strichaufzählung
Rabattsatz B: 21,150%,

Gewichtete Gesamtsumme: $43,250 * 0,25 + 21,150 * 0,75 = 26,675\%$

Die Antragstellerin hat zu Los 11 folgende Rabattsätze angeboten:

Rabattsatz A: 46,060%, Rabattsatz B: 34,080%; Rabattsatz C:

28,100%. Die B*** hat zu Los 11 folgende Rabattsätze angeboten:

Rabattsatz A: 45,000%, Rabattsatz B: 60,000%; Rabattsatz C:
29,000%.

Die Antragstellerin hat zu Los 12 folgende Rabattsätze angeboten:

Rabattsatz B: 32,580%; Rabattsatz C: 29,360%. Die C*** hat zu Los 12 folgende Rabattsätze angeboten: Rabattsatz A:
51,259%,

Rabattsatz B: 28,000%; Rabattsatz C: 30,259%.

Im Zuge der Angebotsprüfung ersuchte die BBG aufgrund von "Unklarheiten betreffend der Angemessenheit der Rabattsätze" die B*** um Offenlegung ihrer Kalkulationsgrundlagen für alle angebotenen Rabattsätze (Telefax vom 1. April 2008). Die B*** übermittelte daraufhin eine Tabelle, die die Zusammensetzung des jeweiligen Rabattsatzes ausweist. Danach setzt sich der Rabattsatz aus dem MJA Rabatt für die Republik Österreich (di der Rabatt aus dem Global Account Vertrag), dem weitergegebenen Händlerrabatt, einer Mischkalkulation für Rabatt für 3 Jahresverträge und einem Skonto zusammen, so auch für Los 11. Unter dem MJA Rabatt für die Republik Österreich ist der Rabatt aus dem Global Account Vertrag zu verstehen.

In einem weiteren Schreiben ersuchte die BBG, da "leider noch immer Unklarheiten betreffend der Angemessenheit von Rabattsatz C in Los 7 aufgetreten" sind, um Aufklärung der Höhe dieses Rabattsatzes (Telefax vom 8. April 2008). Telefonisch erfolgte eine Korrektur auf Rabattsatz B in Los 11. Die B*** beantwortete dieses Ersuchen folgendermaßen: "Der Rabatt bei Los 11 Rabattgruppe B ergibt sich aus der Möglichkeit eines Lagerabverkaufs der B***. Die ausgelieferte Software ist natürlich vollwertig und wird in der aktuellen Version an den Kunden ausgeliefert."

Den Unterlagen des Vergabeverfahrens kann keine Niederschrift über die Angebotsprüfung entnommen werden, die auch eine verbale Begründung für die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preisgestaltung der B*** bei Rabattsatz B in Los 11 beinhaltet.

Mit Telefax-Mitteilung vom 22. April 2008, bei der Antragstellerin am 22. April 2008 eingelangt, übermittelte die BBG ein als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG" bezeichnetes Schreiben. Darin werden für jene Lose, für die die Antragstellerin ein Angebot gelegt hat, jene Unternehmen genannt, welchen der Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Billigstbieterermittlung, den Zuschlag zu erteilen, beabsichtigt. Bei Los 11 ist die B*** als Billigstbieterin genannt. Als Rabattsatz A werden 45,000%, als Rabattsatz B 60,000% und als Rabattsatz C 29,000% ausgewiesen. Der gewichtete Gesamtrabattsatz wird mit 44,600% angegeben. Bei Los 12 scheint die C*** als Billigstbieterin mit einem Rabattsatz B in der Höhe von 28,000%, einem Rabattsatz C in der Höhe von 30,259% und einem gewichteten Gesamtrabattsatz in der Höhe von 35,509% auf. Mit Telefax-Mitteilung vom 22. April 2008, bei der Antragstellerin am 22. April 2008 eingelangt, übermittelte die BBG ein als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG" bezeichnetes Schreiben. Darin werden für jene Lose, für die die Antragstellerin ein Angebot gelegt hat, jene Unternehmen genannt, welchen der Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Billigstbieterermittlung, den Zuschlag zu erteilen, beabsichtigt. Bei Los 11 ist die B*** als Billigstbieterin genannt. Als Rabattsatz A werden 45,000%, als Rabattsatz B 60,000% und als Rabattsatz C 29,000% ausgewiesen. Der gewichtete Gesamtrabattsatz wird mit 44,600% angegeben. Bei Los 12 scheint die C*** als Billigstbieterin mit einem Rabattsatz B in der Höhe von 28,000%, einem Rabattsatz C in der Höhe von 30,259% und einem gewichteten Gesamtrabattsatz in der Höhe von 35,509% auf.

Am 6. Mai 2008 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Mit Bescheid vom 13. Mai 2008, N/0052-BVA/06/2008-11, wurde den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 17. Juni 2008, untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren hinsichtlich der Lose 11 und 12 die betreffende Rahmenvereinbarung abzuschließen. Ein Widerruf des Vergabeverfahrens wurde bislang nicht ausgesprochen.

Die B*** und die C*** wurden mit Schreiben vom 6. Mai 2008 persönlich vom Eingang des gegenständlichen Nachprüfungsantrages verständigt. Während sich die C*** zum Hauptantrag mit Stellungnahme vom 8. Mai 2008 äußerte, erhob die B*** keine Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung.

Mit Schreiben vom 9. Juni 2008 informierte die vergebende Stelle das Bundesvergabeamt, dass die

"Zuschlagsentscheidung" für das Los 12 mit Telefax-Mitteilung an alle Bieter vom selben Tag zurückgenommen wurde. Dies wurde auch seitens der Antragstellerin bestätigt. Die Antragstellerin hält den diesbezüglichen Nachprüfungsantrag weiterhin aufrecht.

Seit 19. September 1997 besteht zwischen der Republik Österreich und der Autodesk GesmbH eine Rahmenlizenzvereinbarung (VOLDACH017; nunmehr ATN9709010), welche in den Ausschreibungsunterlagen als Global Account Vertrag bezeichnet wird. Auf Basis dieser Rahmenlizenzvereinbarung wurde die Anwendung eines Rabattsatzes von 42% für Produkte der Rabattkategorie A, von 25% für Produkte der Rabattkategorie B und von 20% für Upgrades, Crossgrades und Subscription vereinbart. Das Produkt AutoCAD Raster Design ist aktuell der Produktkategorie B zugeordnet.

Die Aktualisierung einer bestimmten Vorgängerversion einer Software erfordert ein Upgrade, das entweder gesondert zu erwerben ist oder im Rahmen einer Subskription (Autodesk Subscription; Servicevertrag) miteingefasst ist. Der Abschluss eines Servicevertrages kann auf 1, 2 oder 3 Jahre und nur bei gleichzeitigem Erwerb der aktuellsten Version der Software oder bei einem Upgrade auf die aktuellste Version erfolgen. Der Abschluss einer Autodesk Subscription ist günstiger als der Erwerb eines einzelnen Upgrades. Je älter eine Version ist, die auf den Stand der neusten Version gebracht werden soll, desto teurer wird das Upgrade. Durch ein "bloßes" Upgrade außerhalb eines Servicevertrages wird die aktuellere Version aktiviert und die alte Version deaktiviert. Auf die Vorgängerversion kann sodann nicht mehr zugegriffen werden. Bei einem Servicevertrag besteht hingegen die Möglichkeit, die Vorgängerversionen weiterhin zu verwenden.

Die derzeit verfügbare aktuellste Version von AutoCAD Raster Design ist die Version 2009. Die deutsche Sprachversion wurde im April 2008 erstmals zum Vertrieb freigegeben. Überdies ist beim Hersteller Autodesk die Version 2008 derzeit noch gelistet. Ein Upgrade auf die Version 2009 ist für die Vollversionen 2006, 2007 und 2008 verfügbar. Ein Upgrade auf die Version 2008 ist für die Vollversionen 2006 und 2007 verfügbar. Autodesk Raster Design Version 2007 wurde am 1. Mai 2006 freigegeben.

Die B*** verfügt über ein Lager, welches 12 Stück der Software Autodesk Raster Design 2007 beinhaltet. Die B*** wird mittels eines von ihr finanzierten Upgrades die in der Version 2007 existierende Software den Kunden in der jeweils gewünschten Version zur Verfügung stellen. Auf der Homepage der F*** wird ausgeführt, dass per 3. Juli 2006 der CAD-Bereich an die B*** verkauft wurde.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Hinsichtlich der Entscheidungserheblichkeit des Sachverhaltes war zu berücksichtigen, dass die Prüfung der Preisgestaltung als bloße Plausibilitätsprüfung ausgestaltet ist [VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0032 = RPA 2005, 28 (mit Anmerkung Hörl)]. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Besondere Bedeutung ist der Aussage des Herrn H*** in der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2008 beizumessen, welchem als einem der geschäftsführenden Gesellschafter jedenfalls ausreichende Kenntnis über allfällige Lagerbestände zukommt. Wenngleich Herr H*** ganz allgemein und untechnisch von der Übernahme der F*** im Jahr 2007 gesprochen hat und tatsächlich nur der CAD-Bereich der F*** bereits im Jahr 2006 aufgekauft wurde, vermag diese "Unschärfe" die Glaubwürdigkeit der Aussage, über ein 12 Stück umfassendes Lager von Autodesk Raster Design 2007 zu verfügen, nicht zu erschüttern. Für den erkennenden Senat besteht kein Grund es als unrealistisch und nicht plausibel anzusehen, dass anlässlich des Ankaufs des CAD-Bereichs von der F*** ein Lagerbestand übernommen wurde. Der F*** stand jedenfalls ein ausreichender Zeitraum (Mai und Juni 2006) zur Verfügung, die Software der Version 2007 zu erwerben. Die Beweggründe für die Anschaffung der betreffenden Software sind insofern unerheblich. Auch die Annahme, dass die Lagerware bilanztechnisch wertlos wäre, erscheint insofern schlüssig, als jedenfalls ein wesentlich geringerer Wert für die Version 2007 im Verhältnis zur Version 2009 anzusetzen ist. Die Antragstellerin selbst bezeichnet entgegen ihrem nunmehrigen Vorbringen vom 9. Juni 2008 in ihrer Stellungnahme vom 29. Mai 2008 vor dem Freigabedatum der neuesten Version eingekaufte und nicht weiter verkaufte Ware als veraltet, die keinen Wert mehr darstelle. Angesichts der Tatsache, dass diese "veraltete" Vorgängerversion derzeit noch durch ein Upgrade aktualisiert werden kann, waren für den erkennenden Senat auch die Aussagen des Herrn H***, auf diese Weise die auf Lager befindliche Software doch noch als vollwertig verkaufen zu können, nachvollziehbar und glaubwürdig. Die nach Schluss des Ermittlungsverfahrens mit Schriftsatz vom 9. Juni 2008 erhobenen Behauptungen der Antragstellerin, die sich als reine Mutmaßungen darstellen und für die kein stichhaltiger Beleg geliefert wird, liefern keine hinreichend fundierten Anhaltspunkte, die den Senat veranlassen hätten müssen,

das Beweisergebnis in Frage zu stellen.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Die BBG ist als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs. 2 Z 2 BVergG zu qualifizieren. Sie wurde gemäß § 2 Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BB-GmbH-Gesetz), BGBl. I Nr. 39/2001 idgF, zu dem besonderen Zweck gegründet, Aufgaben auf dem Gebiet des Beschaffungswesens mit dem Ziel einer ökonomisch sinnvollen Volumens- und Bedarfsbündelung zur Optimierung der Einkaufsbedingungen des Bundes nach wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien wahrzunehmen. Sie erfüllt insofern im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind. Die auf Grund ihrer rechtlichen Konstruktion als GmbH und damit als juristische Person einzustufende Auftraggeberin erfüllt jedenfalls die in § 3 Abs. 1 Z 2 lit. b BVergG geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Gemäß § 1 Abs. 2 BB-GmbH-Gesetz stehen die Anteile der Gesellschaft zu 100 % im Eigentum des Bundes. Hinsichtlich ihrer Tätigkeit unterliegt die BBG der ausschließlichen Aufsichts- und Weisungskompetenz des Bundesministers für Finanzen (§ 8 BB-GmbH-Gesetz). Damit ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG erfüllt. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Die BBG ist als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu qualifizieren. Sie wurde gemäß Paragraph 2, Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BB-GmbH-Gesetz), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 39 aus 2001, idgF, zu dem besonderen Zweck gegründet, Aufgaben auf dem Gebiet des Beschaffungswesens mit dem Ziel einer ökonomisch sinnvollen Volumens- und Bedarfsbündelung zur Optimierung der Einkaufsbedingungen des Bundes nach wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien wahrzunehmen. Sie erfüllt insofern im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind. Die auf Grund ihrer rechtlichen Konstruktion als GmbH und damit als juristische Person einzustufende Auftraggeberin erfüllt jedenfalls die in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Gemäß Paragraph eins, Absatz 2, BB-GmbH-Gesetz stehen die Anteile der Gesellschaft zu 100 % im Eigentum des Bundes. Hinsichtlich ihrer Tätigkeit unterliegt die BBG der ausschließlichen Aufsichts- und Weisungskompetenz des Bundesministers für Finanzen (Paragraph 8, BB-GmbH-Gesetz). Damit ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG erfüllt.

Vertragsgegenstand der gegenständlichen Rahmenvereinbarung ist die in Lose aufgeteilte Lieferung von Softwareprodukten und Lizenzen des Herstellers Autodesk sowie die Erbringung damit verbundener Installations-, Support-, Schulungs- und Wartungsleistungen in ganz Österreich. Die gegenständliche Beschaffung von Standardsoftware ist als Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG zu qualifizieren. Es finden sich keine Anhaltspunkte, die ein wertmäßiges Überwiegen jener Leistungen, die als Softwarewartung und Schulung der Kategorie 7 des Anhangs III BVergG (Prioritäre Dienstleistungen) zugeordnet werden können, nahe legen würden. Es ist daher auch gemäß § 9 BVergG vom Vorliegen eines Lieferauftrages auszugehen. Vertragsgegenstand der gegenständlichen Rahmenvereinbarung ist die in Lose aufgeteilte Lieferung von Softwareprodukten und Lizenzen des Herstellers Autodesk sowie die Erbringung damit verbundener Installations-, Support-, Schulungs- und Wartungsleistungen in ganz Österreich. Die gegenständliche Beschaffung von Standardsoftware ist als Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG zu qualifizieren. Es finden sich keine Anhaltspunkte, die ein wertmäßiges Überwiegen jener Leistungen, die als Softwarewartung und Schulung der Kategorie 7 des Anhangs römisch drei BVergG (Prioritäre Dienstleistungen) zugeordnet werden können, nahe legen würden. Es ist daher auch gemäß Paragraph 9, BVergG vom Vorliegen eines Lieferauftrages auszugehen.

Nach Durchführung eines offenen Verfahrens soll getrennt für jedes Los eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer abgeschlossen werden. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeber € 1.000.000,- (exkl. USt), sodass es sich gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG jedenfalls um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006. Nach Durchführung eines offenen Verfahrens soll getrennt für jedes Los eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer abgeschlossen werden. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeber € 1.000.000,- (exkl. USt), sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG jedenfalls um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag fällt somit

in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006.

Nach Auskunft der Auftraggeber befindet sich das Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend Los 11 im Stadium der gesetzlichen Stillhaltefrist. Demnach wurde die Rahmenvereinbarung betreffend Los 11 noch nicht abgeschlossen und es wurden keine Aufträge aufgrund dieser Rahmenvereinbarung vergeben. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen, weswegen das Bundesvergabeamt gemäß § 291 Abs. 2 BVergG iVm § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers grundsätzlich zuständig ist. Nach Auskunft der Auftraggeber befindet sich das Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend Los 11 im Stadium der gesetzlichen Stillhaltefrist. Demnach wurde die Rahmenvereinbarung betreffend Los 11 noch nicht abgeschlossen und es wurden keine Aufträge aufgrund dieser Rahmenvereinbarung vergeben. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen, weswegen das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers grundsätzlich zuständig ist.

Hinsichtlich des Loses 12 ist zu berücksichtigen, dass die Auftraggeber am 9. Juni 2008 die "Zuschlagsentscheidung" vom 22. April 2008 (Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung betreffend Los 12 abgeschlossen werden soll), mittels Telefax-Mitteilung der BBG aufgrund eines unbestrittener Maßen vorliegenden Berechnungsfehlers zurückgenommen haben. Gemäß § 2 Z 48 BVergG handelt es sich bei der Zuschlagsentscheidung um die nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Ein Auftraggeber kann diese Erklärung daher - bis zur Zuschlagserteilung - jederzeit ändern oder zurückzunehmen, etwa wenn er erkennt, dass er den falschen Bieter als Bestbieter ermittelt hat (siehe VwGH vom 26. April 2007, 2005/04/0222 unter Verweis auf das Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, 2005/04/0202). Hinsichtlich des Loses 12 ist zu berücksichtigen, dass die Auftraggeber am 9. Juni 2008 die "Zuschlagsentscheidung" vom 22. April 2008 (Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung betreffend Los 12 abgeschlossen werden soll), mittels Telefax-Mitteilung der BBG aufgrund eines unbestrittener Maßen vorliegenden Berechnungsfehlers zurückgenommen haben. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG handelt es sich bei der Zuschlagsentscheidung um die nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Ein Auftraggeber kann diese Erklärung daher - bis zur Zuschlagserteilung - jederzeit ändern oder zurückzunehmen, etwa wenn er erkennt, dass er den falschen Bieter als Bestbieter ermittelt hat (siehe VwGH vom 26. April 2007, 2005/04/0222 unter Verweis auf das Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, 2005/04/0202).

Die Antragstellerin hielt nach entsprechender Rückfrage durch das Bundesvergabeamt den auf dieses Los bezogenen Nachprüfungsantrag weiterhin aufrecht. Der vorliegende Nachprüfungsantrag wendet sich somit gegen eine Auftraggeberentscheidung, die nicht mehr besteht. Es ist dem Bundesvergabeamt verwehrt, eine nicht mehr existente Entscheidung des Auftraggebers für nichtig zu erklären. Für die begehrte Entscheidung ist das Bundesvergabeamt nicht mehr zuständig (siehe etwa BVA vom 14. Juni 2005, 17N-46/05-32). Der Nachprüfungsantrag ist daher, soweit er sich auf die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung bezüglich des Loses 12 abgeschlossen werden soll, bezieht, zurückzuweisen (Spruchpunkt I 2.). Die Antragstellerin hielt nach entsprechender Rückfrage durch das Bundesvergabeamt den auf dieses Los bezogenen Nachprüfungsantrag weiterhin aufrecht. Der vorliegende Nachprüfungsantrag wendet sich somit gegen eine Auftraggeberentscheidung, die nicht mehr besteht. Es ist dem Bundesvergabeamt verwehrt, eine nicht mehr existente Entscheidung des Auftraggebers für nichtig zu erklären. Für die begehrte Entscheidung ist das Bundesvergabeamt nicht mehr zuständig (siehe etwa BVA vom 14. Juni 2005, 17N-46/05-32). Der Nachprüfungsantrag ist daher, soweit er sich auf die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung bezüglich des Loses 12 abgeschlossen werden soll, bezieht, zurückzuweisen (Spruchpunkt römisch eins 2.).

Hinsichtlich der Anfechtung der Auftraggeberentscheidung zu Los 11 wird festgehalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Weiters genügt der Nachprüfungsantrag den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs. 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Antragstellerin hat die von den Auftraggebern als Zuschlagsentscheidung bezeichnete Entscheidung vom 22. April 2008, den Zuschlag hinsichtlich des Loses 11 an die B*** erteilen zu wollen, als gesondert anfechtbare Entscheidung benannt. Im Sinne der Ausführungen im Zuge des Bescheids zur Erlassung der einstweiligen Verfügung wird festgehalten, dass die vermeintlich als Zuschlagsentscheidung bezeichnete Entscheidung nur als jene Entscheidung im Rahmen des Verfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung verstanden werden

kann, mit der iSd § 151 Abs. 3 BVergG über die Auswahl der Partei der Rahmenvereinbarung informiert wird und die gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ii BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung definiert ist. Dass sich die Antragstellerin bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung der von den Auftraggebern herangezogenen Terminologie bedient, kann die Zulässigkeit des Antrages (auch unter Berücksichtigung des aus der Rechtsgeschäftslehre stammenden Grundsatzes *falsa demonstratio non nocet*) nicht hindern, zumal aus dem gesamten Antragsvorbringen die angefochtene Entscheidung zweifelsfrei hervorgeht und sich diese insofern als genau bezeichnet darstellt. Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde bei Antragstellung in entsprechender Höhe entrichtet. Hinsichtlich der Anfechtung der Auftraggeberentscheidung zu Los 11 wird festgehalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Weiters genügt der Nachprüfungsantrag den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Antragstellerin hat die von den Auftraggebern als Zuschlagsentscheidung bezeichnete Entscheidung vom 22. April 2008, den Zuschlag hinsichtlich des Loses 11 an die B*** erteilen zu wollen, als gesondert anfechtbare Entscheidung benannt. Im Sinne der Ausführungen im Zuge des Bescheids zur Erlassung der einstweiligen Verfügung wird festgehalten, dass die vermeintlich als Zuschlagsentscheidung bezeichnete Entscheidung nur als jene Entscheidung im Rahmen des Verfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung verstanden werden kann, mit der iSd Paragraph 151, Absatz 3, BVergG über die Auswahl der Partei der Rahmenvereinbarung informiert wird und die gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung definiert ist. Dass sich die Antragstellerin bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung der von den Auftraggebern herangezogenen Terminologie bedient, kann die Zulässigkeit des Antrages (auch unter Berücksichtigung des aus der Rechtsgeschäftslehre stammenden Grundsatzes *falsa demonstratio non nocet*) nicht hindern, zumal aus dem gesamten Antragsvorbringen die angefochtene Entscheidung zweifelsfrei hervorgeht und sich diese insofern als genau bezeichnet darstellt. Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde bei Antragstellung in entsprechender Höhe entrichtet.

II. Inhaltliche Beurteilung der Anträge römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung der Anträge

I. Zu Spruchpunkt I 1. römisch eins. Zu Spruchpunkt römisch eins 1.

Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt hat. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe zuletzt ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Folglich kann die Beurteilung der Frage, ob der Ausschreibung ein den gesetzlichen Anforderungen - insb. des § 79 Abs. 3 BVergG - entsprechendes Mengengerüst zugrunde liegt, grundsätzlich nicht mehr aufgegriffen werden. Die Angebote waren auf Basis des sog. Global Account Vertrages [Rahmenlizenzvereinbarung zwischen Autodesk und der Republik Österreich, VOLDACH017 (ATN9709010)] zu erstellen und als Ausgangspunkt war die offizielle Autodesk-Preisliste (unverbindliche Preisempfehlung) zugrunde zu legen. Trotz fehlender Bekanntgabe der voraussichtlich abzurufenden Menge kann insofern vom Vorliegen weitgehend vergleichbarer Angebote ausgegangen werden, die einer im nachhinein objektiv nachvollziehbaren, plausiblen Bestbietermittlung zugrunde gelegt werden können. Der erkennende Senat war daher auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Angebotsprüfung, welche der angefochtenen Auftraggeberentscheidung zugrunde liegt, beschränkt. Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt hat. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe zuletzt ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Folglich kann die Beurteilung der Frage, ob der Ausschreibung ein den gesetzlichen Anforderungen - insb. des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG - entsprechendes Mengengerüst zugrunde liegt, grundsätzlich nicht mehr aufgegriffen werden. Die Angebote waren auf Basis des sog. Global Account Vertrages [Rahmenlizenzvereinbarung zwischen Autodesk und der Republik Österreich, VOLDACH017 (ATN9709010)] zu erstellen und als Ausgangspunkt war die offizielle Autodesk-Preisliste (unverbindliche Preisempfehlung) zugrunde zu legen. Trotz fehlender Bekanntgabe der voraussichtlich abzurufenden Menge kann insofern vom Vorliegen weitgehend vergleichbarer Angebote ausgegangen werden, die einer im nachhinein objektiv

nachvollziehbaren, plausiblen Bestbietermittlung zugrunde gelegt werden können. Der erkennende Senat war daher auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Angebotsprüfung, welche der angefochtenen Auftraggeberentscheidung zugrunde liegt, beschränkt.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die gegenständliche Rahmenvereinbarung ausschließlich Software der jeweils aktuellsten Version zum Gegenstand habe, ist zu entgegnen, dass den - bestandsfesten - Ausschreibungsunterlagen kein Hinweis auf den Abruf einer bestimmten Version bzw. auf den Abruf der jeweils aktuellsten Version zu entnehmen ist. Bei Anwendung der auch im Vergaberecht zu beachtenden Regeln der §§ 914f ABGB, ist dieses Fehlen konkreter Angaben zu einer Version dahingehend zu interpretieren, dass grundsätzlich all jene Versionen abgerufen werden können, die zum Abrufzeitpunkt verfügbar sind. Wie im Rahmen der mündlichen Verhandlung von den Bietern einhellig bestätigt wurde und wie die Auskunft von Herrn I*** belegt, wird neben der neuesten Version der verfahrensgegenständlichen Software "AutoCAD Raster Design" jedenfalls auch die Vorgängerversion durch den Hersteller vertrieben und kann daher auch weiterhin bezogen werden. Es ist überdies nicht ausgeschlossen, auch auf allfällige Bestände älterer Versionen zurückzugreifen. Selbst das Anbieten nicht aktueller bzw. nicht aktualisierter Software entspricht daher den Vorgaben der Ausschreibung. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die gegenständliche Rahmenvereinbarung ausschließlich Software der jeweils aktuellsten Version zum Gegenstand habe, ist zu entgegnen, dass den - bestandsfesten - Ausschreibungsunterlagen kein Hinweis auf den Abruf einer bestimmten Version bzw. auf den Abruf der jeweils aktuellsten Version zu entnehmen ist. Bei Anwendung der auch im Vergaberecht zu beachtenden Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB, ist dieses Fehlen konkreter Angaben zu einer Version dahingehend zu interpretieren, dass grundsätzlich all jene Versionen abgerufen werden können, die zum Abrufzeitpunkt verfügbar sind. Wie im Rahmen der mündlichen Verhandlung von den Bietern einhellig bestätigt wurde und wie die Auskunft von Herrn I*** belegt, wird neben der neuesten Version der verfahrensgegenständlichen Software "AutoCAD Raster Design" jedenfalls auch die Vorgängerversion durch den Hersteller vertrieben und kann daher auch weiterhin bezogen werden. Es ist überdies nicht ausgeschlossen, auch auf allfällige Bestände älterer Versionen zurückzugreifen. Selbst das Anbieten nicht aktueller bzw. nicht aktualisierter Software entspricht daher den Vorgaben der Ausschreibung.

Die Antragstellerin argumentiert, dass die Auftraggeber das Angebot der B*** betreffend Los 11 mangels plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises hätten ausscheiden müssen, zumal die Stellungnahme des betreffenden Bieters unzureichend, unglaubwürdig und betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar sei.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen erfolgen. Folge dessen ist die Angemessenheit der Preise gemäß § 123 Abs. 2 Z 4 BVergG im Zuge der Angebotsprüfung entsprechend zu prüfen. Die Angemessenheit der Preise ist gemäß § 125 Abs. 1 BVergG in bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Bei dieser Prüfung ist gemäß § 125 Abs. 2 BVergG von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Wenn nach dieser Prüfung ua. begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen, hat der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 4 und 5 BVergG anzuschließen. Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Im Zuge dieser vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen (§ 125 Abs. 5 BVergG). Schließlich ist gemäß § 128 Abs. 1 BVergG über die Prüfung der Angebote eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Gemäß § 129 Z 3 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen erfolgen. Folge dessen ist die Angemessenheit der Preise gemäß Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG im Zuge der Angebotsprüfung entsprechend zu prüfen. Die Angemessenheit der Preise ist gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG in bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Bei dieser

Prüfung ist gemäß Paragraph 125, Absatz 2, BVergG von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Wenn nach dieser Prüfung ua. begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen, hat der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 4 und 5 BVergG anzuschließen. Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Im Zuge dieser vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen (Paragraph 125, Absatz 5, BVergG). Schließlich ist gemäß Paragraph 128, Absatz eins, BVergG über die Prüfung der Angebote eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Gemäß Paragraph 129, Ziffer 3, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, auszuschneiden.

Der Ausscheidenstatbestand des § 129 Z 3 BVergG ist als Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung anzusehen, dh dass dieser immer dann erfüllt ist, wenn mit den Preisen "etwas nicht in Ordnung ist" (siehe BVA vom 3. September 2004, 10N-57/04-34). Wie sich aus den Materialien des BVergG 2006 zu § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 ergibt, ist durch die Wortfolge "nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise (§ 125 Abs 3 Z 2 BVergG 2006) erfasst, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen (vgl 1171 BlgNr XXII GP, 85). Im Ergebnis zieht sohin die Unangemessenheit einer Einzelposition die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises nach sich. Der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Ziffer 3, BVergG ist als Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung anzusehen, dh dass dieser immer dann erfüllt ist, wenn mit den Preisen "etwas nicht in Ordnung ist" (siehe BVA vom 3. September 2004, 10N-57/04-34). Wie sich aus den Materialien des BVergG 2006 zu Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 ergibt, ist durch die Wortfolge "nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise (Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG 2006) erfasst, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen (vergleiche 1171 BlgNr römisch 22 GP, 85). Im Ergebnis zieht sohin die Unangemessenheit einer Einzelposition die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises nach sich.

Die Überprüfung der Preise setzt bei der (scheinbaren) Unangemessenheit eines Preises an. Hinterfragt werden muss, ob der angebotene Preis mit der der Ausschreibung zugrundeliegenden Leistung in einem adäquaten Verhältnis steht. Lässt sich ein ungewöhnlich niedriger Preis betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar begründen, so ist selbst ein Unterpreis als angemessener Preis zu qualifizieren (siehe Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) 399). Die Qualifikation eines Angebotes als "Unterangebot" darf nicht durch den Vergleich mit den Preisen der konkurrierenden Bieter erfolgen. Bei der Prüfung, ob ein Unterpreis vorliegt, kann es nur darauf ankommen, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln kostendeckend kalkuliert hat. Hierbei sind sämtliche individuelle Umstände zu berücksichtigen (siehe etwa BVA vom 16. Jänner 2004, 14N-97/03-58).

Die B*** hat zu Los 11 folgende Rabattsätze angeboten: Rabattsatz A: 45,000%, Rabattsatz B: 60,000%; Rabattsatz C: 29,000%. Ausgehend von dem Rabattsatz aus dem Global Account Vertrag für die Produktgruppe B von 25% und im Vergleich zu dem von den übrigen Bietern angebotenen Rabattsatz, der zwar nicht die relevanten Marktverhältnisse widerspiegelt, aber dennoch ein Indiz für eine vertiefte Angebotsprüfung abgeben kann, mussten den Auftraggebern begründete Zweifel an der Angemessenheit des betreffenden Rabattsatzes entstehen (siehe BVA vom 21. April 2008, N/0030-BVA/10/2008-36).

Vorliegend haben die Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung die B*** um Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen betreffend die angebotenen Rabattsätze gebeten. Nach Vorlage einer entsprechenden Aufschlüsselung der Rabattsätze, ersuchten die Auftraggeber weiters um Aufklärung betreffend den Rabattsatz B in Los 11. Mit dieser Vorgangsweise sind die Auftraggeber zwar der gesetzlichen Pflicht, bei begründeten Zweifeln an der Angemessenheit von Preisen um schriftliche Aufklärung zu ersuchen, nachgekommen. Mit der bloßen Einholung einer Auskunft kann allerdings eine vertiefte Angebotsprüfung nicht ihr Auslangen finden, dies insbesondere dann nicht, wenn die erteilte Auskunft eine abschließende Prüfung der Preisangemessenheit noch nicht zulässt.

Die Preisangemessenheitsprüfung ist als Plausibilitätsprüfung ausgestaltet, nach der eine minutiöse Überprüfung der

gesamten Kalkulation nicht erforderlich ist (siehe VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0032 = RPA 2005, 28 (mit Anmerkung Hörl); in diesem Sinne auch Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) 399). Dennoch erfordert die vertiefte Angebotsprüfung eine derartige "Tiefe" der Prüfung, die eine ausreichend begründete Schlussfolgerung, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann, ermöglicht.

Gegenständlich erlaubt die bloße Zusammensetzung der Rabattsätze und die nicht näher dargestellte Möglichkeit eines Lagerabverkaufs allein noch keine Rückschlüsse auf die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise. Grundsätzlich vermag die Möglichkeit eines Lagerabverkaufs durchaus die Erstellung eines besonders günstigen Angebotes begründen und insofern die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar machen. Allerdings musste die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit in der konkreten Konstellation fragwürdig erscheinen. Angesichts des Umstandes, dass auf Basis der unangefochten gebliebenen Ausschreibungsunterlagen unterschiedlich aktuelle Versionen der Software abgerufen werden können, hätten die Auftraggeber dieses Argument zumindest hinterfragen müssen. Dies auch, weil die B*** aus einem Lagerbestand vollwertige aktuelle Software zu liefern bereit ist, was ohne nähere Erklärungen und Hintergrundinformationen nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist.

Die Auftraggeber haben sohin die vertiefte Angebotsprüfung nicht mit der erforderlichen Intensität zu Ende geführt. Darüber hinaus ist - wohl auch als Konsequenz der unzureichenden Nachforschung - eine die Nachvollziehbarkeit gewährleistende endgültige Beurteilung der Angemessenheit des Gesamtpreises der für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommenen Bieterin im Vergabeakt nicht dokumentiert, womit die Auftraggeber gegen die Verpflichtung des § 128 Abs. 1 BVergG verstoßen haben. Durch diese in der unvollständigen Angebotsprüfung liegende Rechtswidrigkeit wird auch die Entscheidung, den "Zuschlag" der B*** erteilen zu wollen, mit Rechtswidrigkeit belastet. Die Auftraggeber haben sohin die vertiefte Angebotsprüfung nicht mit der erforderlichen Intensität zu Ende geführt. Darüber hinaus ist - wohl auch als Konsequenz der unzureichenden Nachforschung - eine die Nachvollziehbarkeit gewährleistende endgültige Beurteilung der Angemessenheit des Gesamtpreises der für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommenen Bieterin im Vergabeakt nicht dokumentiert, womit die Auftraggeber gegen die Verpflichtung des Paragraph 128, Absatz eins, BVergG verstoßen haben. Durch diese in der unvollständigen Angebotsprüfung liegende Rechtswidrigkeit wird auch die Entscheidung, den "Zuschlag" der B*** erteilen zu wollen, mit Rechtswidrigkeit belastet.

Gemäß § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG hat diese Rechtswidrigkeit allerdings nur dann die Nichtigerklärung der betreffenden Auftraggeberentscheidung zur Folge, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Konnte nämlich die B*** den betreffenden Rabattsatz im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nachvollziehbar erklären, hätte dies zur Folge, dass der von den Auftraggebern produzierte Vergabeverfahrensmangel nicht wesentlich wäre und darüber hinaus der angebotene Rabattsatz doch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar wäre (BVA vom 3. September 2004, 10N-57/04-34). Insofern beschränkt sich die Prüfung des Bundesvergabeamtes, nicht nur auf die Frage, ob der Auftraggeber vertieft geprüft hat, sondern ist unter Zugrundelegung der auch den Auftraggebern vorliegenden Unterlagen auch eine Grobprüfung der Preisangemessenheit in Form einer Plausibilitätsprüfung vorzunehmen [siehe VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0032 = RPA 2005, 28 (mit Anmerkung Hörl); zu den Grenzen der Nachprüfung siehe auch VwGH vom 21. April 2004, 2004/04/0016 = ZVB 2005/40 (mit Anmerkung Gruber)]. Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat diese Rechtswidrigkeit allerdings nur dann die Nichtigerklärung der betreffenden Auftraggeberentscheidung zur Folge, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Konnte nämlich die B*** den betreffenden Rabattsatz im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nachvollziehbar erklären, hätte dies zur Folge, dass der von den Auftraggebern produzierte Vergabeverfahrensmangel nicht wesentlich wäre und darüber hinaus der angebotene Rabattsatz doch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar wäre (BVA vom 3. September 2004, 10N-57/04-34). Insofern beschränkt sich die Prüfung des Bundesvergabeamtes, nicht nur auf die Frage, ob der Auftraggeber vertieft geprüft hat, sondern ist unter Zugrundelegung der auch den Auftraggebern vorliegenden Unterlagen auch eine Grobprüfung der Preisangemessenheit in Form einer Plausibilitätsprüfung vorzunehmen [siehe VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0032 = RPA 2005, 28 (mit Anmerkung Hörl); zu den Grenzen der Nachprüfung siehe auch VwGH vom 21. April 2004, 2004/04/0016 = ZVB 2005/40 (mit Anmerkung Gruber)].

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde der B***, Beteiligte gemäß § 8 AVG, Gelegenheit gegeben, die mit der Möglichkeit eines Lagerabverkaufs begründete Kalkulation des Rabattsatzes B in Los 11 zu erläutern. Im Rahmen der

mündlichen Verhandlung wurde der B***, Beteiligte gemäß Paragraph 8, AVG, Gelegenheit gegeben, die mit der Möglichkeit eines Lagerabverkaufs begründete Kalkulation des Rabattsatzes B in Los 11 zu erläutern.

Ausgehend von dem gemäß § 125 Abs. 1 BVergG zu berücksichtigenden Umstand, dass ein Lager über 12 Stück der Software Autodesk Raster Design 2007 zur Verfügung steht, erscheint es aus betriebswirtschaftlicher Sicht nachvollziehbar und geradezu naheliegend, diesen veralteten Lagerbestand, "abstoßen" zu wollen und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem die Ware noch auf den neuesten Stand gebracht werden kann. Denn entsprechend den Informationen von Herrn I***, Autodesk GesmbH Österreich, die auch durch die unverbindliche Preisempfehlung belegt werden, können nur die drei letzten Releases durch ein Upgrade, das überdies preislich je nach Alter der Vorgängerversion gestaffelt ist, aktualisiert werden. Kann daher die Software nicht rechtzeitig verkauft werden, erweist sie sich tatsächlich als wertloser Ladenhüter. Selbst wenn die Vornahme eines Upgrades auf Kosten des Händlers mit dem Risiko eines geringen Verlustes verbunden sein sollte, wovon im konkreten Fall allerdings nicht auszugehen ist, kann diese Vorgangsweise im Hinblick auf die Wahrung einer Chance, Lagerware "los zu werden" und damit nicht gänzlich "abschreiben" zu müssen, als betriebswirtschaftlich vertretbar angesehen werden. Ein derartiges Vorgehen mag möglicherweise nicht gewinnbringend und mitunter nicht gänzlich kostendeckend sein, sie erweist sich aber doch als Verlust minimierend und insofern sinnvoll. Dass der Wert der Lagerware möglichenfalls entgegen der Annahme von Herrn H*** nicht bei Null anzusetzen ist, steht den obigen Schlussfolgerungen nicht entgegen. Ausgehend von dem gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG zu berücksichtigenden Umstand, dass ein Lager über 12 Stück der Software Autodesk Raster Design 2007 zur Verfügung steht, erscheint es aus betriebswirtschaftlicher Sicht nachvollziehbar und geradezu naheliegend, diesen veralteten Lagerbestand, "abstoßen" zu wollen und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem die Ware noch auf den neuesten Stand gebracht werden kann. Denn entsprechend den Informationen von Herrn I***, Autodesk GesmbH Österreich, die auch durch die unverbindliche Preisempfehlung belegt werden, können nur die drei letzten Releases durch ein Upgrade, das überdies preislich je nach Alter der Vorgängerversion gestaffelt ist, aktualisiert werden. Kann daher die Software nicht rechtzeitig verkauft werden, erweist sie sich tatsächlich als wertloser Ladenhüter. Selbst wenn die Vornahme eines Upgrades auf Kosten des Händlers mit dem Risiko eines geringen Verlustes verbunden sein sollte, wovon im konkreten Fall allerdings nicht auszugehen ist, kann diese Vorgangsweise im Hinblick auf die Wahrung einer Chance, Lagerware "los zu werden" und damit nicht gänzlich "abschreiben" zu müssen, als betriebswirtschaftlich vertretbar angesehen werden. Ein derartiges Vorgehen mag möglicherweise nicht gewinnbringend und mitunter nicht gänzlich kostendeckend sein, sie erweist sich aber doch als Verlust minimierend und insofern sinnvoll. Dass der Wert der Lagerware möglichenfalls entgegen der Annahme von Herrn H*** nicht bei Null anzusetzen ist, steht den obigen Schlussfolgerungen nicht entgegen.

Im Vergaberecht gibt es auch kein Verbot des Verkaufs unter den Selbstkosten. Auch eine bewusst unter den Selbstkosten erfolgte Kalkulation von Angebotspreisen kann eine Erklärung für ungewöhnlich niedrige bzw. unangemessene Angebotspreise sein, wenn dies beispielsweise zur Eroberung eines neuen Marktes oder zur Erweiterung von Marktanteilen erfolgt (siehe BVA vom 8. Oktober 1997, N-18/97-17; vom 16. Juni 2003, 09N-49/03-8; vom 3. September 2004, 10N-57/04-34). Kann folglich die Kalkulation betriebswirtschaftlich nachvollziehbar erklärt werden, ist auch im Falle eines nicht kostendeckenden Preises von dessen Angemessenheit iSd BVergG auszugehen.

Die der B*** vorliegenden Informationen über den österreichischen AutoCAD-Markt stehen zwar im Widerspruch zu den Ausführungen der Antragstellerin über die von ihr in den letzten drei Jahren abgesetzte Menge der betreffenden Software. Aufgrund des Umstandes, dass den - bestandsfesten - Ausschreibungsunterlagen keine voraussichtlich abzurufende Menge zu entnehmen war, kann hier aber nicht der Vorwurf erhoben werden, die B*** sei von einem völlig unrealistischen Auftragsvolumen ausgegangen. Sämtliche Bieter mussten ihrer Kalkulation ein hypothetisches Mengengerüst zugrunde legen. Dies führt aber nicht in jedem Fall zu einer ein Ausscheiden rechtfertigenden spekulativen Preisgestaltung. Die Annahme, dass mit einem Lager von 12 Stück über die gesamte Vertragslaufzeit das Auslangen gefunden werden kann, stellt sich sohin als nicht unzulässige Annahme dar.

Die allenfalls notwendige Beschaffung weiterer Software der jeweils aktuellsten Version zu einem höheren Einstandspreis steht der infolge der Möglichkeit eines Lagerabverkaufs gegebenen betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preisgestaltung dieser Produktgruppe nicht entgegen. Denn ein gewisses betriebswirtschaftliches Risiko, welches hier darin zu erblicken ist, dass der tatsächliche Bedarf mitunter höher sein könnte als der geschätzte Bedarf, ist dem Betrieb eines Unternehmens immanent.

Im Übrigen finden sich keine Indizien, dass die B*** Liquiditätsprobleme hätte bzw. solche infolge der hohen

Rabattsätze drohen würden, sodass auch aus diesem Blickwinkel kein Widerspruch zur betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der Preise besteht (siehe Gölls in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 94 Rz 69). Im Übrigen finden sich keine Indizien, dass die B*** Liquiditätsprobleme hätte bzw. solche infolge der hohen Rabattsätze drohen würden, sodass auch aus diesem Blickwinkel kein Widerspruch zur betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der Preise besteht (siehe Gölls in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 94, Rz 69).

Das Bestreben, das - und hier ist der Antragstellerin wohl zuzustimmen - in der EDV-Branche eher unübliche Lager zu leeren, erklärt somit das auf dem Rabattsatz B liegende Schwergewicht, welches sich auch bei der Zusammensetzung des Rabattsatzes deutlich zeigt. Demgegenüber erweisen sich der Rabattsatz A und entgegen der Behauptung der Antragstellerin auch der Rabattsatz C in Los 11 als nicht auffallend und waren daher auch nicht weiter zu hinterfragen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, die B*** nehme eine unzulässige Querfinanzierung vor, entbehrt eines geeigneten Nachweises. Abgesehen davon ist aus dem bloßen Umstand, dass die B*** im Bereich ihres Dienstleistungsangebotes Gewinne erwirtschaftet, jedenfalls nicht auf eine unzulässige spekulative Preisgestaltung zu schließen (siehe auch BVA vom 16. Juni 2003, 9N-49/03-8).

Der erkennende Senat kommt sohin zu der Schlussfolgerung, dass mit der Möglichkeit eines Lagerabverkaufs in der vorliegenden Konstellation die Preisgestaltung betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar dargelegt werden konnte. Damit erweist sich die Rechtswidrigkeit im Ergebnis selbst bei rechtmäßiger Vorgangsweise der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung als nicht relevant für den Ausgang des Vergabeverfahrens (siehe etwa VwGH vom 21. April 2004, 2004/04/0016 = ZVB 2005/40 (mit Anmerkung Gruber)).

II. Zu Spruchpunkt IIrömisch zwei. Zu Spruchpunkt römisch zwei

Gemäß § 318 Abs. 1 Z 1 BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 BVergG jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, welche gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten ist. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten. Für Anträge gemäß § 328 Abs. 1 BVergG ist eine Gebühr in der Höhe von 50vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 BVergG jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, welche gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten ist. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten. Für Anträge gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG ist eine Gebühr in der Höhe von 50vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

Gemäß § 74 Abs. 1 AVG hat jeder Beteiligte die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten. Entsprechend Abs. 2 leg.cit. steht einem Beteiligten gegenüber einem anderen Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch zu, wenn dies in der betreffenden Verwaltungsvorschrift vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 74, Absatz eins, AVG hat jeder Beteiligte die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten. Entsprechend Absatz 2, leg.cit. steht einem Beteiligten gegenüber einem anderen Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch zu, wenn dies in der betreffenden Verwaltungsvorschrift vorgesehen ist.

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Gebührenersatz, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Gebührenersatz, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag)

stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung

stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Über den Gebührenersatz hat gemäß § 319 Abs. 3 BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. stattgegeben wurde

oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Über den Gebührenersatz hat gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme in der Höhe von insgesamt Euro 2.400,--, wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet.

Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zumindest teilweise, nämlich hinsichtlich des Loses 12 infolge Rücknahme der "Zuschlagsentscheidung" klaglos gestellt wurde und dieses teilweise Klaglosstellen ebenso wie das teilweise Obsiegen iSd § 319 Abs. 1 BVergG als teilweise Rechtsdurchsetzung für den Gebührenersatz hinreicht, war dem Antrag im Hinblick auf den begehrten Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag statt zu geben [siehe zum Gebührenersatz insbesondere BVA vom 4. Oktober 2006, N/0069-BVA/04/2006-28 = bbl 2007/32 = ZVB 2006/94 (mit Anmerkung Stiefelmeyer); siehe zur Klaglosstellung durch Rücknahme der angefochtenen Auftraggeberentscheidung ua. BVA vom 14. November 2007, N/0097-BVA/05/2007-38]. Ebenso ist dem Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG stattzugeben. Diesem wurde mit Bescheid vom 13. Mai 2008, N/0052-BVA/06/2008-EV11, zwar ebenso nur teilweise stattgegeben. Das zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandselement gemäß § 319 Abs 2 Z 2 BVergG (Stattgeben des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) ist aber gleichermaßen in jenen Fällen erfüllt, in denen dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur teilweise stattgegeben wurde (siehe unlängst BVA vom 18. Dezember 2007, N/0089- BVA/11/2007-28 mwN). Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zumindest teilweise, nämlich hinsichtlich des Loses 12 infolge Rücknahme der "Zuschlagsentscheidung" klaglos gestellt wurde und dieses teilweise Klaglosstellen ebenso wie das teilweise Obsiegen iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG als teilweise Rechtsdurchsetzung für den Gebührenersatz hinreicht, war dem Antrag im Hinblick auf den begehrten Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag statt zu geben [siehe zum Gebührenersatz insbesondere BVA vom 4. Oktober 2006, N/0069-BVA/04/2006-28 = bbl 2007/32 = ZVB 2006/94 (mit Anmerkung Stiefelmeyer); siehe zur Klaglosstellung durch Rücknahme der angefochtenen Auftraggeberentscheidung ua. BVA vom 14. November 2007, N/0097-BVA/05/2007-38]. Ebenso ist dem Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG stattzugeben. Diesem wurde mit Bescheid vom 13. Mai 2008, N/0052-BVA/06/2008-EV11, zwar ebenso nur teilweise stattgegeben. Das zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandselement gemäß Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG (Stattgeben des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) ist aber gleichermaßen in jenen Fällen erfüllt, in denen dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur teilweise stattgegeben wurde (siehe unlängst BVA vom 18. Dezember 2007, N/0089-BVA/11/2007-28 mwN).

Zuletzt aktualisiert am

15.09.2008

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