

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/7/23 W134 2242488-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.07.2021

## Entscheidungsdatum

23.07.2021

## Norm

BVergG 2018 §141 Abs1

BVergG 2018 §149

BVergG 2018 §150 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §334

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W134 2242488-2/26E

W134 2242488-3/3E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

1)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. Yara Hofbauer als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Rosemarie Schön als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Digitale Endgeräte für Schülerinnen, GZ. 3401.03677“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den BMBWF, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch die Haslinger / Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, vom 17.05.2021 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 09.06.2021 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag, „das BVwG möge zu Los 3: die Widerrufsentscheidung für nichtig erklären“ wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

II. Der Antrag, „das BVwG möge zu Los 4: die Entscheidung des Auftraggebers, die Rahmenvereinbarung mit der XXXX abschließen zu wollen, für nichtig erklären“ wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

III. Der Antrag, „das BVwG möge zu Los 5: die Entscheidung des Auftraggebers, die Rahmenvereinbarung mit der XXXX abschließen zu wollen, für nichtig erklären“ wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

2)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Digitale Endgeräte für Schülerinnen, GZ. 3401.03677“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den BMBWF, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch die Haslinger / Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, vom 17.05.2021 folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird gemäß § 341 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

## **Text**

Entscheidungsgründe:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 17.05.2021, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Entscheidungen vom 07.05.2021 zu den Losen 4 und 5 mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll und die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung zu Los 3, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde von der Antragstellerin unter Bezugnahme auf die angefochtenen Lose 3, 4 und 5 Folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin beabsichtige den Abschluss der Rahmenvereinbarung „Digitale Endgeräte für Schülerinnen, GZ. 3401.03677“ in fünf Losen nach Durchführung eines offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Bei dem gegenständlichen Auftrag handle es sich um einen Lieferauftrag. Angefochtene Entscheidung sei die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarungen in den Losen 4 und 5 und die Widerufsentscheidung zu Los 3.

Zur Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung zu Los 3 gab die Antragstellerin zusammengefasst Folgendes an:

1. Ein sachlicher Grund für den Widerruf des Vergabeverfahrens sei nicht ersichtlich. Ein Widerruf unter Berufung auf eine „Unwirtschaftlichkeit“ scheide aus. Das Angebot der Antragstellerin sei im Vergleich zu den anderen Angeboten nicht „unwirtschaftlich“. Die Widerrufsentscheidung sei folglich für nichtig zu erklären.

2. Das Angebot der Antragstellerin zu Los 3 sei nicht ausgeschieden worden und sei auch nicht auszuscheiden.

Zur Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung zu Los 4 und Los 5 gab die Antragstellerin zusammengefasst Folgendes an:

Die Billigstbieterin habe einen Eingabestift angeboten, der den technischen Anforderungen der bestandsfesten Ausschreibung nicht entspreche. Der angebotene Stift weise keine Drucksensoren auf und sei nicht geeignet, mit dem Tablet technisch zu interagieren. Das Angebot der Billigstbieterin zu den Losen 4 und 5 hätte daher ausgeschieden

werden müssen. Die Auswahlentscheidung sowohl zu Los 4 als auch zu Los 5 sei rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 19.05.2021 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den BMBWF, diese vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren mit EU-weiter Bekanntmachung nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden solle. Die Vergabe erfolge in 5 Losen. Die Bekanntmachung in der EU sei am 23.12.2020 und in Österreich am 21.12.2020 erfolgt. Am 07.05.2021 sei die Auswahlentscheidung für Los 4 und 5, mit welchem Partner die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll zugunsten der XXXX . den Bietern über die Vergabeplattform mitgeteilt worden. Die Widerrufsentscheidung für Los 3 sei am 07.05.2021 den Bietern über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellt worden.

Mit Schreiben der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin XXXX . vom 25.05.2021 erhab diese begründete Einwendungen betreffend die Lose 4 und 5.

Mit einstweiliger Verfügung des BVwG vom 26.05.2021, W134 2242488-1/3E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren die Rahmenvereinbarung für die Lose 4 und 5 abzuschließen sowie für Los 3 den Widerruf des Vergabeverfahrens zu erklären.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 26.05.2021 brachte diese vor, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle, da ihre Angebote in den Losen 3 bis 5 zwingend auszuscheiden gewesen wären, da sie für die Leistung „Vertragen“ in allen 3 Losen jeweils den Preis von null Euro angeboten hätte, was eine unzulässige Mischkalkulationen und spekulative Preisgestaltung darstelle.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 04.06.2021 erstattete diese eine Stellungnahme.

Am 09.06.2021 fand darüber im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

„ XXXX : Wir gehen davon aus, dass die mitbeteiligte Partei einen Stift mit Gummikappe angeboten hat, der nicht ausschreibungskonform ist. Wir schließen dies daraus, dass die Antragstellerin bei Apple beste Konditionen bekommt als Apple Premium Reseller und Apple Authorized Education Partner und ein ausschreibungskonformer Stift deutlich mehr kostet als durch den Angebotspreis der mitbeteiligten Partei (Tablet plus Stift) abgebildet werden kann. Wir ersuchen den Senat, zu prüfen, ob der Auftraggeber eine entsprechende Prüfung des angebotenen Stiftes vorgenommen hat und auch dokumentiert hat in einem Prüfbericht. Wir legen vor 3 verschiedene Eingabestifte: einen weißen Stift, der von uns angeboten wurde und ca. 10 Euro kostet und allen Ausschreibungskriterien entspricht, sowie 2 weitere Stifte, welche lediglich jeweils ca. 2 Euro kosten und eine Gummikappe aufweisen. Die schwarzen Stifte eignen sich im Wesentlichen nur dazu, um damit zu tippen, Malen, Zeichnen und Schreiben ist mit solchen billigen Stiften nicht möglich.

XXXX : Für die Prüfung der Ausschreibungskonformität der Angebote sind lediglich die bestandsfesten Festlegungen relevant, die sich in der Ausschreibung finden. Hierzu wird auf die oben im Protokoll dargelegten Festlegungen verwiesen. Nach wie vor behauptet die Antragstellerin tatsachenwidrig, dass die mitbeteiligte Partei einen Stift mit Gummikappe angeboten habe. Diesbezüglich wird auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

Die Verhandlung wird um 10:09 Uhr unterbrochen und die Antragstellerin ersucht, den Verhandlungssaal in der Pause zu verlassen, was diese auch tut.

R: Während der unterbrochenen Verhandlung wird von der mitbeteiligten Partei die von ihr angebotenen Tablets und Eingabestifte betreffend Los 4 und 5 demonstriert. Darüber wird zur Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der mitbeteiligten Partei eine vertrauliche Beilage ./1 angefertigt. Dies erbrachte folgendes Ergebnis: Ad Los 4 und 5: Zu sehen ist, dass mit den Eingabestiften der mitbeteiligten Partei sowohl auf dem IPad (Los 4) als auch auf dem Android Tablet (Los 5) geschrieben und gemalt/gezeichnet werden kann. Die von der mitbeteiligten Partei vorgezeigten Stifte enthalten keine Gummikappe.

R: Wie weiß der Auftraggeber, welchen Stift die mitbeteiligte Partei angeboten hat?

XXXX : Eine Bekanntgabe im Angebot über die genaue Bezeichnung des Stiftes war nicht gefordert.

XXXX : Wir legen dem Gericht vor betreffend Los 4 die Rechnung unseres Lieferanten aus welchem sich der Einkaufspreis des im Los 4 angebotenen Eingabestiftes ergibt. Betreffend Los 5 geben wir an, dass es sich bei dem angebotenen Eingabestift um den Originalstift des Herstellers handelt und dieser Eingabestift bereits im Lieferumfang des Android Tablets enthalten ist.

R fragt XXXX : Werden mit dem obigen Absatz Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der mitbeteiligten Partei verletzt?

XXXX : Nein.

Die Verhandlung wird um 10:52 Uhr wieder aufgenommen. Vorher wurde bereits der Antragstellerin ein Ausdruck über die obigen Absätze ausgefolgt.

XXXX : Gibt es einen Prüfbericht der Auftraggeberin darüber?

XXXX : Es gibt natürlich ein Angebotsprüfungsprotokoll über das Angebot der mitbeteiligten Partei, in welchem festgehalten ist, dass ihr Angebot voll umfänglich den bestandsfesten Festlegungen entspricht.

XXXX : Wurde von der Auftraggeberin geprüft, ob der jetzt in der Verhandlung vermutlich vorgelegte Stift bei Los 4 auch tatsächlich angeboten wurde? Wurde überprüft, ob der für den Eingabestift ausgewiesene Einkaufspreis auch in der Position für den Gerätelpreis betriebswirtschaftlich erklärbar angeboten wurde? Wir ersuchen den Senat, sich von der Auftraggeberin die entsprechende Prüfschritte aus den zitierten Angebotsprüfungsprotokoll zeigen zu lassen.

XXXX : Der Vergabeakt liegt naturgemäß voll umfänglich dem Gericht vor. Wie bereits mehrfach ausgeführt, war eine konkrete Benennung des Produktes bezogen auf den Eingabestift nicht erforderlich und bekämpft die Antragstellerin nach wie vor die bestandsfesten Ausschreibungssunterlagen. Wir haben nicht gewusst, welcher konkrete Stift im Los 4 angeboten wurde, da die Bezeichnung des genauen Stifts in der Ausschreibung auch nicht verlangt wurde. Daher haben wir auch den von der mitbeteiligten Partei im Los 4 angebotenen Stift und seinen Preis keiner Angebotsprüfung unterzogen.

XXXX : Der Preis des Stiftes kann naturgemäß nur in der Position für den Preis des Gerätes abgebildet sein, eine andere geeignete Position gibt es nicht (es gab nur 3 Positionen, die beiden anderen Positionen betrafen Vertragen und vor Ort Garantie). Die Auftraggeberin hat es unterlassen, zu prüfen, ob der für den Eingabestift anzusetzende zu zahlende Preis auch tatsächlich in dem angebotenen Positionspreis für das Gerät enthalten war. Die Entscheidung über die Auswahl des Rahmenvereinbarungspartners ist daher rechtswidrig.

XXXX : Dies wird bestritten und wiederholt, dass für die Prüfung der Ausschreibungskonformität der Angebote lediglich die bestandsfesten Bedingungen heranzuziehen waren und in keinem verfahrensgegenständlichen Los eine vertiefte Preisprüfung indiziert gewesen ist. Lediglich das Angebot der Antragstellerin war auf Grund mehrere Auffälligkeiten einer entsprechenden vertieften Preisprüfung zu unterziehen.

XXXX : Bei einer Art der Ausschreibung wie der vorliegenden, in der es eine einzige Position für den Preis des Gerätes samt dem im Lieferumfang enthaltenen Zubehör (wie insbesondere dem Eingabestift) gibt, ist der Auftraggeber dazu verpflichtet, den hierfür angebotenen Preis darauf zu prüfen, ob sämtliche notwendigen Bestandteile auch tatsächlich angeboten wurden. Bei Festlegungen, die unklar sind hinsichtlich des angeforderten Umfangs wie dies beim Stift nach dem Vorbringen der Auftraggeberin der Fall ist, ist die Vergleichbarkeit der Angebote in Frage gestellt. Wie soll der Auftraggeber in diesem Fall kontrollieren, ob die angebotenen Zubehörbestandteile auch tatsächlich den Funktionen entsprechen und ordnungsgemäß in der einzigen dafür vorgesehenen Preisposition abgebildet sind? Bei der im Los 4 auszupreisenden Preistabelle gab es 3 Positionen: Überragende Bedeutung dabei hat eine einzige Position, das ist die Position „Umsatz Hardware“ für den Gerätelpreis. Die beiden anderen Positionen waren „Vertragen“ und „vor Ort-Garantie“. Die Bedeutung des Positionspreises ergibt sich daraus, dass dieser Positionspreis für „Umsatz Hardware“ über 99 % des relevanten Gesamtpreises ausmacht. Bei dieser Position waren – mangels anderer Positionen – auch die Preise für sämtliches im Lieferumfang enthaltene Zubehör wie insbesondere der Eingabestift einzupreisen. Es wäre daher die Verpflichtung der Auftraggeberin gewesen, wenn schon der Eingabestift selbst nicht zu bezeichnen war, zu überprüfen, ob im Rahmen der angegebenen Preise sämtliche Bestandteile auch betriebswirtschaftlich erklärbar abgebildet sind. Bei Los 4 besteht anbieterseitig die Besonderheit darin, dass aufgrund der einzigartig stringenten Geschäftspolitik von Apple nur die sogenannten „Apple Premium Reseller“ und Apple Authorized Education Partner die besten und diesen Bietern bekannten für alle oben genannten Partner gleichen Preise bekommen. Aus diesem Grund weiß die Antragstellerin, dass sich die für den Eingabestift separat auszuweisenden Kosten nicht kostendeckend für die mitbeteiligte Partei in dem von ihr gebotenen Preis anbieten lassen. Die Auftraggeberin hat es unterlassen, wie sie selbst zugesteht, die einzige wichtige Preisposition „Umsatz Hardware“ auf wirtschaftliche Erklärbarkeit der sie

umfassenden Elemente zu prüfen. Innerhalb des Positionspreises „Umsatz Hardware“ beträgt das Verhältnis zwischen dem Gerätelpreis für sich und dem mitzuliefernden Zubehör (insbesondere auch Eingabestift, aber auch Tastatur) rund 90 zu 10 %. Aus diesem Grund kann nur eine Prüfung dieses Positionspreises ergeben, ob sämtliche darin einzupreisenden Bestandteile ordnungsgemäß abgebildet sind, was bei dem Angebot der mitbeteiligten Partei nicht der Fall sein kann und wie von der Antragsgegnerin selbst ausgeführt, von ihr nicht geprüft wurde. Denn die bloße Gegenüberstellung des Positionspreises „Umsatzhardware“ vermag darüber genau keine Aufschlüsse zu geben.

XXXX : Das Vorbringen der Antragstellerin betreffend die Prüfpflicht der Antragsgegnerin entspringt einem Wunschgedanken und ergibt sich diese Prüfpflicht weder aus den Ausschreibungsunterlagen noch aus dem Bundesvergabegesetz. Die Antragstellerin hätte daher die Ausschreibungsunterlagen rechtzeitig bekämpfen müssen. Hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Eingabestiftes ist festzuhalten, dass gemäß Randzahl 67 Rahmenvereinbarung die Leistung gemäß den technischen Spezifikationen im Leistungsverzeichnis auszuführen sind, Randzahl 160 Rahmenvereinbarung ist zu entnehmen, dass der Auftragnehmer dafür gewährleistet, dass seine Produkte den ausdrücklich bedungenen Eigenschaften entsprechen. Des weiteren hat die BBG die Einzelpreise der Angebote der mitbeteiligten Partei gegenübergestellt (damit ist jetzt nicht Gesamtpreis gemeint, sondern Einzelpreise) und keine Auffälligkeiten festgestellt. Eine weitere Prüfpflicht ist eben nicht gegeben.

XXXX und XXXX : Wir bestreiten das Vorbringen der Antragstellerin.

Die Verhandlung wird unterbrochen und sowohl die mitbeteiligte Partei als auch die Antragstellerin ersucht, den Verhandlungssaal zu verlassen, um mit der Auftraggeberin vertraulich abklären zu können, welche Positionspreise die Bieter angeboten haben.

Angefertigt wird die vertrauliche Beilage ./2, welche die einen Vergleich der Positionspreise der Position „Umsatzhardware“ der beiden verfahrensbeteiligten Bieter in den Losen 4 und 5 und eine Stellungnahme der Auftraggeberin dazu aufzeigt.

Es wird die mitbeteiligte Partei um 12:15 Uhr ersucht, in den Saal zu kommen. Es wird eine Ergänzung in Beilage ./1 vorgenommen und die mitbeteiligte Partei ersucht, ihren Positionspreis in der Position Hardware in Los 4 genau aufzuschlüsseln.

Es wird um 12:25 Uhr die mitbeteiligte Partei ersucht, den Saal zu verlassen und die Antragstellerin ersucht, in den Saal zu kommen, um ihren Positionspreis in der Position Hardware in Los 4 genau aufzuschlüsseln. Dies wird in Beilage ./3 zu Protokoll genommen.

Die Verhandlung wird fortgesetzt um 12:40 Uhr und alle Parteien in den Verhandlungssaal gebeten.

XXXX : Die Angebotspreise der mitbeteiligten Partei betreffend Los 4 Position Umsatz Hardware sind jedenfalls plausibel und bestätigt sich, dass keine Auffälligkeiten vorliegen und eine vertiefte Preisprüfung nicht notwendig ist, weil das Verhältnis der Preisdifferenz der Preispositionen Umsatz Hardware im Los 4 der Antragstellerin bzw. Der mitbeteiligten Partei jedenfalls und deutlich unter 15 % liegt.

XXXX : Die Antragsgegnerin hat offensichtlich keine ordnungsgemäße Prüfung der Preisangemessenheit durchgeführt. Insbesondere nicht der entscheidenden Position Umsatz Hardware. Es befindet sich eine solche Prüfung auch nicht im Vergabeakt, eine mündliche Auseinandersetzung im Rahmen einer Verhandlung vor der Nachprüfungsbehörde vermag die ordnungsgemäße Prüfung im Rahmen des Vergabeverfahrens vor Bekanntgabe der Auswahlentscheidung nicht zu substituieren.

XXXX : Die Prüfung im Sinne einer Gegenüberstellung der Preisposition Umsatz Hardware ist entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin im Vergabeakt enthalten, unabhängig davon selbst wenn das Vorbringen der Antragstellerin für richtig erachtet werden würde, zeigen die obigen Ausführungen im Protokoll und vorgenommenen Prüfungen, dass das Vorbringen der Antragstellerin falsch ist.

R: Ich würde die Lose 4 und 5 nun in der Verhandlung gerne abschließen. Gibt es noch weitere Wortmeldungen dazu?

Alle Parteien: Nein.

R: Wir kommen nun zu Los 3.

Die mitbeteiligte Partei verlässt den Verhandlungssaal um 12:57 Uhr.

R fragt die Auftraggeberin: Was sind die Gründe für den Widerruf?

XXXX : Es gibt einen fakultativen und einen zwingenden Widerrufsgrund. Zum fakultativen Widerrufsgrund ist

festzuhalten, dass wie auf Seite 19 in der Stellungnahme vom 26.05. bereits ausgeführt selbst bei in Betracht ziehen des Angebotes der Antragstellerin ein Differenzbetrag in Millionenhöhe (2,2 Mio Euro) entstehen würde. Offensichtlich hat die Auftraggeberin den geschätzten Auftragswert mit 36 Mio Euro falsch, weil viel zu hoch, eingeschätzt, nachdem alle abgegebenen Angebote zum Teil deutlich darunter liegen. Selbst bei in Betracht ziehen des Angebotes der Antragstellerin würde daher dem Steuerzahler ein Schaden in Millionenhöhe entstehen. Bereits aus diesem Grund ist das Los 3 zu widerrufen. Zum zwingenden Widerrufsgrund hat sich die Auftraggeberin zusätzlich dazu entschlossen, eine Neuaußschreibung unter geänderten Rahmenbedingungen bzw. technischen Anforderungen, wie auf Seite 17, in der Stellungnahme vom 26.05.2021 ausgeführt (Kamera statt 5 Megapixel, 2 Megapixel gefordert; Arbeitsspeicher soll von DDR 4 auf DDR 3 abgesenkt werden) durchzuführen.

XXXX : Es liegen weder ein fakultativer noch ein zwingender Widerrufsgrund vor. Zum angeblichen fakultativen Widerrufsgrund: Das Angebot der Antragstellerin in Los 3 weicht nur geringfügig vom Angebot der ausgeschiedenen erstgereichten Bieterin ab, es liegt zusätzlich deutlich unterhalb der vom Auftraggeber im Vorfeld bekanntgegebenen Auftragswertschätzung (deutlich über 30 %). Der nun im Nachprüfungsverfahren nachgeschobene fakultative Widerrufsgrund vermag nicht zu verfangen.

Zum zwingenden Widerrufsgrund: Das Angebot der Antragstellerin ist entgegen den Behauptungen der Antragsgegnerin weder spekulativ, noch aus einem anderen Grund auszuscheiden. Tatsächlich wurde es auch zu Los 3 nicht ausgeschieden. Die wiederum erstmals im Nachprüfungsverfahren nachgeschobenen, angeblichen Gründe der Absenkung des Arbeitsspeichers sowie der Anforderungen an die Kamera(front) sind keine echten Gründe. Sie wurden im Rahmen des Vergabeverfahrens mehrfach ausdrücklich von der Auftraggeberin als erforderlich bestätigt und dieselben Anforderungen führten bei den anderen Tablets – Losen nicht zu einem Widerruf. Es ist völlig unglaublich, dass gerade bei Los 3 die Anforderungen reduziert werden sollen, wenn diese unverändert bei den anderen Tablet – Losen gelten sollen und in den anderen Losen eine Vergabe erfolgen soll. Die nun im Nachprüfungsverfahren nachgeschobenen Gründe wurden seitens der Antragsgegnerin in ihren Begründungen ihres Widerrufs (Schreiben zur Auswahlentscheidung Beilage 5, sowie Stellungnahme zur Widerrufsentscheidung Los 3 Beilage 6) nicht angegeben. Aus diesem Grund ist die Widerrufsentscheidung rechtswidrig.

XXXX : Ich bestreite und verweise auf mein bisheriges Vorbringen.“

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den BMBWF, hat für die Lose 1-5 den Lieferauftrag „Digitale Endgeräte für Schülerinnen, GZ. 3401.03677“ im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Es ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung beabsichtigt. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 21.12.2020 und in der EU am 23.12.2020 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 19.05.2021).

Der verfahrenswesentliche Text der Ausschreibungsunterlagen betreffend die Anforderungen an die Eingabestifte von Los 4 und 5 lautet wie folgt:

„Leistungsverzeichnis (im Vergabeakt unter: 05 Ausschreibungsunterlagen / Formblätter / 3401.03677 Digitale Endgeräte für SchülerInnen Leistungsverzeichnis\_BER4.xlsx):

Los 4 - Apple Tablet

1.2.

Eingabestift im Lieferumfang enthalten

Los 5 – Android Tablet

1.4

Bedienbar mit Stift

6.2

Eingabestift im Lieferumfang enthalten (inkl. allfällig notwendiger Batterien)

1. Fragenbeantwortung & 1. Berichtigung vom 21.01.2021 (im Vergabeakt unter: 06 Bewerberanfragen / 3401.03677\_1. FB & 1. BR / 3401.03677\_1\_Fragebeantwortung und Berichtigung.pdf):

## 5.1 Alle Lose:

### 5.1.1. Eingabestift

Welche technischen Spezifikationen (Konnektivität, Beschaffenheit der Spitze, usw.) muss der Eingabestift erfüllen?

Antwort:

An den Stift werden keine genauen Anforderungen gestellt. Wichtig ist, dass er mit dem Gerät funktioniert.

4. Fragenbeantwortung & 4. Berichtigung vom 19.02.2021 (im Vergabeakt unter: 06 Bewerberanfragen / 3401.03677\_4\_FB & 4. BR / 3401.03677\_4\_Fragebeantwortung und Berichtigung.pdf):

### 3.6. Apple Tablet – Leistungsverzeichnis 1.2. und 1.3 Eingabestift und Tastaturcover

Der Bieter ersucht höflich um klare Spezifikationen zu Stift und Tastaturcover. Vor allem wird ersucht einen aktiven Stift zu wählen, um den vollen Funktionsumfang zu ermöglichen. Dies könnte für den Stift wie folgt aussehen:

- Lithium-Ionen-Akku
- Bis zu 7,5 Stunden aktive Schreibdauer
- Aufladen über Lightning-Kabel für iPad
- Ladeanschluss ist mit einer austauschbaren, fest verbundenen Kappe abgedeckt
- Austauschbare Spitze
- Neigungswinkel-empfindlich für dynamisches Anpassen der Strichstärke
- Handballenerkennung

Antwort:

Apple-Tablet Eingabestift: Der Stift muss es ermöglichen, dass auf dem iPad geschrieben und – mit einer entsprechenden App – gemalt/gezeichnet werden kann. Ob der Stift dafür aktiv oder passiv ist, wie er geladen wird und ob die Spitze austauschbar ist, bleibt dem Bieter überlassen.

### 3.8. Frage zu Eingabe-Stift

Gehen wir recht in der Annahme, dass bei dem geforderten Eingabe-Stift generell ein Stift gefordert ist der nachweislich vom angebotenen Hersteller des Grundgerätes kommt bzw. ein prof. Stift der vom Hersteller unterstützt / zertifiziert ist gefordert wird? Nur so kann wirklich ein prof. Einsatz im Sinne des Schülers garantiert werden und es kommt zu keiner Lieferung von "Kugelschreibern mit Gummi-Hut".

Antwort:

Ein „Kugelschreiber mit Gummi-Hut“ ist kein Eingabestift im Sinne der Ausschreibung. Es ist jedoch nicht gefordert, dass der Eingabestift vom Hersteller des Tablets für den Einsatz mit demselben zertifiziert ist. Wichtig ist, dass die grundlegende Funktion gewährleistet ist.“ (Akt des Vergabeverfahrens; Verhandlungsschrift vom 09.06.2021)

Das Schreiben der Auftraggeberin vom 07.05.2021 lautet auszugsweise wie folgt:

„Widerruf Los 3

Der Auftraggeber beabsichtigt, das Vergabeverfahren in Los 3 zu widerrufen, da folgende sachliche Gründe bestehen (§ 149 Abs. 2 Z. 3 BVerG 2018):

Eine Vergabe erscheint im laufenden Verfahren nicht möglich, da nach zwingendem Ausscheiden der erstgereichten Angebote das Angebot des verbleibenden Bieters aufgrund des hohen Gesamtpreises unwirtschaftlich ist.“ (Akt des Vergabeverfahrens)

Bei den Angeboten der Antragstellerin wurde in den Losen 3, 4 und 5 jeweils bei der Position „Vertragen“ ein Preis von null Euro angeboten. (Akt des Vergabeverfahrens)

Die Widerrufsentscheidung zu Los 3 wurde am 07.05.2021 erklärt. Die Entscheidung mit der Omega Handelsgesellschaft mbH. die Rahmenvereinbarung zu den Losen 4 und 5 abschließen zu wollen wurde am 07.05.2021 versendet. (Schreiben der Auftraggeberin vom 19.05.2021).

## 2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht. Weiters sind die Feststellungen unstrittig.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052).

Wurden Daten im Nachprüfungsverfahren vertraulich behandelt, hat die Abwägung des Zugangsrechtes der Antragstellerin zu allen beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten dieses Vergabeverfahren betreffenden Informationen und somit dem Recht auf ein faires Verfahren gegen das Recht der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ein Überwiegen des Rechts der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ergeben, da ansonsten die Stellung der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin im Wettbewerb unverhältnismäßig beeinträchtigt würde.

### 3.a) Zu Spruchpunkt 1 A I. (Los 3, Widerrufsentscheidung):

Die Antragstellerin brachte zusammengefasst vor, dass kein sachlicher Grund für den Widerruf des Vergabeverfahrens vorliegen würde. Die Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung ergebe sich bereits aus deren mangelnder Begründung. Auch die von der Auftraggeberin ins Treffen geführte Unwirtschaftlichkeit bilde keinen sachlichen Grund für den Widerruf, da das Angebot der Antragstellerin um mehr als 33% unter dem von der Auftraggeberin angegebenen geschätzten Auftragswert liege. Das Angebot der Antragstellerin sei jedenfalls nicht ausgeschieden worden und sei auch nicht auszuscheiden.

Die Auftraggeberin hat die im Sachverhalt wiedergegebene Widerrufsentscheidung erlassen und begründet diese mit der Unwirtschaftlichkeit aufgrund des hohen Gesamtpreises. Diese Begründung erfüllt alle Voraussetzungen des § 150 Abs. 1 BVergG 2018, da damit die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt gegeben wurden.

Die Auftraggeberin hat in der mündlichen Verhandlung Folgendes angegeben: „Offensichtlich hat die Auftraggeberin den geschätzten Auftragswert mit 36 Mio Euro falsch, weil viel zu hoch, eingeschätzt, nachdem alle abgegebenen Angebote zum Teil deutlich darunter liegen. Selbst bei in Betracht ziehen des Angebotes der Antragstellerin würde daher dem Steuerzahler ein Schaden in Millionenhöhe entstehen.“ Dies ist angesichts der angebotenen Preise (vgl. Schreiben der Auftraggeberin vom 19.05.2021, Pkt. I. 16., auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden ist und das Angebot der Billigstbieterin ausgeschieden wurde) schlüssig und nachvollziehbar.

Aus dem Beschluss des EuGH vom 16.10.2003, C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy, ergibt sich, „dass ein öffentlicher Auftraggeber ein von ihm eingeleitetes Verfahren zur Vergabe eines Auftrags nach Maßgabe des niedrigsten Preises abbrechen kann, ohne den Auftrag zu vergeben, wenn er nach Prüfung und Vergleich der Angebote feststellt, dass die Ausschreibungsbedingungen es aufgrund von Fehlern, die ihm selbst bei seiner vorher durchgeföhrten Bewertung unterlaufen sind, nicht zulassen, den Auftrag in der wirtschaftlich günstigsten Weise zu vergeben, sofern er bei seiner Entscheidung die Grundregeln des gemeinschaftlichen Vergaberechts wie den Grundsatz der Gleichbehandlung beachtet“.

Ein mit dem oben zitierten Beschluss des EuGH vergleichbarer Fall liegt im gegenständlichen Fall vor, da hier die Auftraggeberin einen Fehler bei der Einschätzung des geschätzten Auftragswertes sowie Unwirtschaftlichkeit als Widerrufsgrund angibt. An die Bestimmung des § 149 BVergG 2018 ist im Übrigen kein strenger Maßstab anzulegen, denn nach dem EuGH ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig (EB RV 69 Blg NR 26. GP 160). Auch der von der Auftraggeberin zusätzlich angegebene Widerrufsgrund, eine neue Ausschreibung unter geänderten technischen Anforderungen (Kamera statt 5 Megapixel, 2 Megapixel gefordert; Arbeitsspeicher soll von DDR 4 auf DDR 3 abgesenkt werden) durchführen zu

wollen, stellt einen sachlichen Widerrufsgrund dar. Es handelt sich bei dem gegenständlichen Widerrufsgrund daher um einen sachlichen Grund im Sinne des § 149 Abs. 2 Z. 3 BVerG 2018. Die gegenständliche Widerrufentscheidung ist daher zu Recht erfolgt.

3.b) Zu den Spruchpunkten 1) A) II. und 1) A) III. (Lose 4 und 5, Entscheidungen, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll):

Die Antragstellerin brachte zusammengefasst zu den Losen 4 und 5 vor, die präsumtive Rahmenvereinbarungsunternehmerin habe ausschreibungswidrige Stifte angeboten, die die von der Auftraggeberin bestandskräftig festgelegten Anforderungen nicht erfüllen würden, da die Stifte das geforderte Schreiben und Malen/Zeichnen nicht ermöglichen würden. Die Antragstellerin nehme an, dass die präsumtive Rahmenvereinbarungsunternehmerin jeweils einen ausschreibungswidrigen Stift mit Gummikappe angeboten habe.

Die Auftraggeberin gab dazu an, dass die präsumtive Rahmenvereinbarungsunternehmerin sowohl im Los 4 als auch im Los 5 jeweils einen ausschreibungskonformen Stift angeboten habe.

Der erkennende Senat hat sich in der mündlichen Verhandlung von der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin die von ihr angebotenen Tablets und Eingabestifte betreffend Los 4 und 5 demonstrieren lassen. Dies erbrachte folgendes Ergebnis: Mit den Eingabestiften der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin konnte sowohl auf dem iPad (Los 4) als auch auf dem Android Tablet (Los 5) geschrieben und gemalt/gezeichnet werden. Weiters wurde mit dem privaten iPad eines Senatsmitgliedes ausprobiert, ob der Eingabestift der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin auch hier funktioniert, wie in der Ausschreibung gefordert, was der Fall war. Die von der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin vorgezeigten Stifte enthielten keine Gummikappe. Es ist somit kein von der Antragstellerin vorgebrachter Grund und auch kein sonstiger Grund hervorgekommen, warum das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin betreffend die Lose 4 und 5 ausschreibungswidrig sein sollte. Die Entscheidungen der Auftraggeberin betreffend die Lose 4 und 5, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, waren daher nicht für richtig zu erklären.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, die Auftraggeberin hätte es unterlassen zu prüfen, ob die in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Stifte auch angeboten worden seien, übersieht sie, dass den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen ist, dass der jeweilige Bieter in den jeweiligen Losen die Bezeichnung der angebotenen Stifte anzugeben hat. Wenn die Auftraggeberin somit nicht wusste, welcher konkrete Stift in den einzelnen Losen angeboten wurde, ist dies ausschreibungskonform und somit nicht rechtswidrig.

Die Antragstellerin brachte weiters vor, die Auftraggeberin habe es unterlassen zu prüfen, ob der für den Eingabestift anzusetzende zu zahlende Preis auch tatsächlich in dem angebotenen Positionspreis für das Gerät enthalten war. Die Auftraggeberin brachte dazu vor, dass in keinem verfahrensgegenständlichen Los eine vertiefte Preisprüfung indiziert gewesen sei. Dies ist schlüssig und nachvollziehbar. Eine Prüfung durch den Senat während der mündlichen Verhandlung (siehe auch die vertraulichen Beilagen ./1, ./2 und ./3 zur mündlichen Verhandlung) hat ergeben, dass die Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung: „Die Angebotspreise der mitbeteiligten Partei betreffend Los 4 Position Umsatz Hardware sind jedenfalls plausibel und bestätigt sich, dass keine Auffälligkeiten vorliegen und eine vertiefte Preisprüfung nicht notwendig ist, weil das Verhältnis der Preisdifferenz der Preispositionen Umsatz Hardware im Los 4 der Antragstellerin bzw. der mitbeteiligten Partei jedenfalls und deutlich unter 15 % liegt“ plausibel sind. Es ist für den Senat weder im Los 4 noch im Los 5 betreffend das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin ein plausibler Grund für eine vertiefte Angebotsprüfung erkennbar.

3.c) Ausscheiden der Angebote der Antragstellerin:

Die Auftraggeberin brachte vor, dass die Angebote der Antragstellerin in den Losen 3, 4 und 5 auszuscheiden gewesen wären, weil bei den Angeboten der Antragstellerin zu diesen Losen jeweils bei der Position „Vertragen“ ein Preis von null Euro angeboten worden sei.

Bei den Angeboten der Antragstellerin wurde in den Losen 3, 4 und 5 jeweils bei der Position „Vertragen“ ein Preis von null Euro angeboten.

Im Rahmen einer vertiefte Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin hat die Antragstellerin dazu angegeben, dass sie bewusst einen Verkaufsstundensatz von € 0,- kalkuliert habe und dies im diesbezüglichen Erlös im Rahmen der durchgeföhrten Mischkalkulationen bereits im Verkaufspreis der Hardware mit eingepreist habe.

Obwohl die Leistungsposition „Vertragen“ bestandsfest als eigenständige und gesonderte abrufbare Leistungsposition in der Ausschreibung bei den Losen 3, 4 und 5 festgelegt wurde, hat die Antragstellerin diese Kosten in die Hardware mit eingerechnet und daher eine den Ausschreibungsunterlagen widersprechende Mischkalkulation und spekulative Preisgestaltung vorgenommen, weshalb Ihre Angebote in den Losen 3, 4 und 5 gem. § 141 Abs 1 Z 3 und 7 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen wären (vgl. BVwG 04.05.2020, W134 2229948-2/31E).

3.d) Zu Spruchpunkt 2.) A) - Gebührenersatz:

Da die Antragstellerin nicht obsiegt hat, hat sie gemäß § 341 BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin.

B) Revision (Spruchpunkte 1) B) und 2) B)):

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Nach Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

## **Schlagworte**

Angebot ausschreibungswidrig Auslegung der Ausschreibung Auswahlentscheidung bestandfeste Ausschreibung

Inhalt des Angebots Lieferauftrag mündliche Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren

Nachvollziehbarkeit Nichtigerklärung objektiver Erklärungswert öffentlicher Auftraggeber Plausibilität Preisvergleich

Rahmenvereinbarung sachlicher Grund Schätzung des Auftragswertes Schlüssigkeit Vergabeverfahren vertiefte

Angebotsprüfung Widerruf des Vergabeverfahrens Widerrufsentscheidung Widerrufsgrund

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:W134.2242488.2.00

## **Im RIS seit**

22.11.2021

## **Zuletzt aktualisiert am**

22.11.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)