



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/077/3802/2017-6
X. G.m.b.H.

Wien, 25.4.2017

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der X. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "GZ: 2011/070.003-Wilhelminenspital Neubau Teilprojekt 1 Objekt 3 - ZOPII + Pathologie, Gewerk 5X4012-Labor Mikroskope", der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG,

am 20.4.2017 durch mündliche Verkündung zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 2.3.2017 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Einleitende Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG und des § 1 Abs. 1 Z 1 WVRG und führt als solche ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages nach dem Bestbieterprinzip. Ausschreibungsgegenstand ist die Lieferung von Labormikroskopen.

Die Angebotsöffnung war am 5.10.2016. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot abgegeben.

Angefochtene Entscheidung:

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 2.3.2017 mitgeteilt, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden werden müsse. Als Begründung wurde im Wesentlichen dargelegt, das Angebot erfülle aus fachtechnischer Sicht nicht die Mindestanforderungen. Die Forderung der Position 1.4.20 im Leistungsverzeichnis Seite 52 laute „kompatibles Betriebssystem: MAC OS X“. Die vom Bieter angebotene Lösung mit der Installation eines Windows-Betriebssystems auf einer separaten Position auf Apple/MAC-Hardware (vorbereitet über Boot-Camp) stelle einen Workaround dar, der zwar die Kompatibilität zur vorhandenen Hardware gewährleiste, jedoch nicht die geforderte Kompatibilität zum vorhandenen Betriebssystem. Dies sei jedoch explizit gefordert. Die Forderung aus dem Leistungsverzeichnis werde somit aus fachtechnischer Sicht nicht erfüllt.

Hinzu komme der Aspekt, dass ein direkter Datenaustausch zwischen den beiden Betriebssystemen aufgrund der unterschiedlichen Dateisysteme, die mit dem angebotenen System nicht parallel offenbar seien, nicht ohne weiteres möglich sei. Eine Behelfsmethode über Cloud-Dienste, externe Datenträger o.Ä. sei im klinischen Umfeld hinsichtlich Datenschutz nicht möglich.

Nachprüfungsantrag:

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Antragstellerin.

Dieser Antrag wurde am 13.3.2017 zur Post gegeben und ist am 15.3.2017 beim Verwaltungsgericht Wien eingelangt. Der 12.3.2017 war ein Sonntag, weshalb die Antragsfrist am 13.3.2017 endete. Die Frist wurde mit der Postaufgabe am 13.3.2017 gewahrt. Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin nicht von der Einbringung des Nachprüfungsantrages verständigt.

Die Antragstellerin legte in ihrem Nachprüfungsantrag zunächst den bisherigen Gang des Vergabeverfahrens und den ihr durch das Ausscheiden ihres Angebotes drohenden (bzw. eingetretenen) Schaden dar.

Sodann führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, die Ausschreibungsunterlagen hätten nicht definiert, was unter der Anforderung „kompatibles Betriebssystem MAC OS X“ zu verstehen sei. Im Zweifelsfall würden undeutliche Ausschreibungsbestimmungen zu Lasten des Auftraggebers gehen. Grundsätzlich verstehe man unter dem Begriff „kompatibel“, dass zwei Systeme miteinander verträglich/vereinbar sein müssten. Der Begriff der „Kompatibilität“ bzw. „kompatibel“ könne im IT-Bereich unterschiedlich ausgelegt werden.

Man unterscheide Kompatibilität zwischen Betriebssystemen oder Applikationen und/oder Kompatibilität zwischen mehreren Hardware-Komponenten und/oder Hard- und Softwarekomponenten. Im Mikroskopiegeschäft werde z.B. der Begriff „kompatibel“ dann verwendet, wenn auf demselben Rechner zwei unterschiedliche Kameras gefahren werden müssen, wie z.B. eine Farb- und eine Schwarz/Weiß-Kamera. Da komme es immer vor, dass eine Kamera nicht richtig funktioniere bzw. gar nicht darauf anspreche, da der Firewire-Treiber die Kamera „abschieße“. Das heiße, sie seien am selben Rechner nicht kompatibel.

Da die Situation hier ähnlich sei, nämlich, dass eine Kompatibilität mit dem MAC System notwendig sei, sei eine Lösung gesucht worden, die die Kamera mit dem

MAC System kompatibel mache. Deswegen sei auch die Lösung mit dem Boot-Camp angeboten worden, weil damit die Software kompatibel mit MAC OS X sei. Dies sei das Verständnis eines normalen Mikroskope-Anbieters, da es nicht auf die Kompatibilität zum vorhandenen Betriebssystem ankomme, sondern auf die Kompatibilität zur vorhandenen Hardware, die auf diesem Rechner angesteuert werden könne. Darüber hinaus habe der Auftraggeber selbst dargelegt, wie er den Begriff verstehe, nämlich es müsse eine Steuerung des Systems über eine Software gewährleistet sein, die mit MAC OS X kompatibel sei, wie auch aus dem Schreiben vom 6.12.2016 vom öffentlichen Auftraggeber so selbst gefordert: „Software kompatibel mit MAC OS X bzw. im OS X aufrufbar und Daten in Software speicherbar?“

Dies sei das typische Verständnis eines typischen Anbieters von Mikroskopen. Hinzu komme noch, dass Apple diese Boot-Camp-Lösung selbst anbiete bzw. diese Lösung auch „state of the art“ sei, und entsprechend genau in solchen Situationen zur Anwendung gelange. Aufgrund dessen, da dies ein standardisiertes System sei, und auch im ersten Ausschreibungsgang diese Lösung nie thematisiert worden sei, hätte die Antragstellerin entsprechend dem Verständnis, welches in dieser Branche herrsche, den Begriff „kompatibles Betriebssystem MAC OS X Daten in Software speicherbar“ die Erklärung „Software kompatibel mit MAC OS X bzw. in OS X aufrufbar und Daten in Software speicherbar“ zu Grunde legen können - wie es der Auftraggeber auch schlussendlich getan habe.

Die Ausschreibungsunterlagen hätten keinen Hinweis enthalten, dass eine Cloud-Lösung nicht zulässig sei. Wenn keine Cloud Lösung gewünscht werde bzw. das Angebot ausgeschieden werde, dann hätte dies der öffentliche Auftraggeber explizit festhalten müssen, da gerade in diesem Bereich sehr oft mit Cloud-Lösungen gearbeitet werde. Wohl nur als vorgeschobenes Argument könne angesehen werden, dass im Krankenanstaltenbereich eine Cloud-Lösung aus datenschutzrechtlichen Überlegungen nicht zulässig wäre. Es komme hier allein auf die Verschlüsselung des Cloud-Systems an, und es könne wohl der Antragstellerin nicht unterstellt werden, dass sie ein System anbiete, welches eine nicht korrekte Handhabung der Daten gewährleisten würde. Ein gut verschlüsseltes Cloud-System sei wesentlich besser als ein ungesicherter Zugang

von sämtlichen Personen auf die Daten der Patienten über einen Server. Cloud-Lösungen seien somit in den Ausschreibungsunterlagen nicht verboten, sie seien daher zulässig, solange eine entsprechende Verschlüsselung gewährleistet sei.

Der damit dargestellte Rechtsverstoß sei für den Ausgang des gegenständlichen Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da einem Begriff ein Inhalt unterstellt worden sei, der nicht dem üblichen redlichen Verkehr entspreche. Die Nichtigerklärung des dargestellten Rechtsverstoßes könne konkret zu einem anderen Ergebnis des Vergabeverfahrens führen, weil der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin bei der Zuschlagsentscheidung zu berücksichtigen habe. Ohne den dargestellten Rechtsverstoß sei der Zuschlag der Antragstellerin zu erteilen, die das kostengünstigste Angebot gelegt habe. Damit sei der wesentliche Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens evident.

Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Beschluss vom 22.3.2017, ZI. VGW-123/V/077/3803/2017, abgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, dass ein Bieter im Fall einer Ausscheidensentscheidung während des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren verbleibe, ihm daher eine gegebenenfalls während des Nachprüfungsverfahrens ergehende Zuschlagsentscheidung mitgeteilt werden muss und folglich ein Schaden durch eine Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter nicht unmittelbar drohe.

Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 28.3.2017:

Die Antragsgegnerin hielt der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 28.3.2017 insbesondere Folgendes entgegen:

Im Zuge der Angebotsprüfung hätten sich Zweifel ergeben, ob das von der Antragstellerin angebotene Produkt sämtliche der in Position 1.4.20 des Leistungsverzeichnisses festgelegten Mindestanforderungen erfülle. Die Antragsgegnerin habe daher mit E-Mail vom 6.12.2016 zur Vorlage von entsprechenden Nachweisen aufgefordert. Unter anderem sei auch ein Nachweis

zu folgendem Punkt gefordert worden: *„Kompatibles Betriebssystem: MAC OS X – Software kompatibel mit MAC OSX bzw. im OSX aufrufbar und Daten in Software speicherbar?“*

Die Antragstellerin habe mit E-Mail vom 10.1.2017 folgende Aufklärung erstattet: *„Wie gesagt, hat dazu unsere Mandantin eine Boot-Camp-Lösung angeboten. Dies ermöglicht eine Steuerung des Systems über eine Software, die mit MAC OSX kompatibel ist (...) Diese Lösung wird auch standardmäßig eingesetzt, ist durch den Boot-Camp-Assistenten einfach umzusetzen, es wird also durch diesen Assistenten Microsoft Windows mit Hilfe von Apple Boot Camp auf einem Mac mit OS X installiert und je nach System wird auch schon die korrekte Partition gleich mitausgewählt. Die eingesetzte Software ist daher, wie von Apple selbst angeführt wird, mit MAC OS X kompatibel.“*

Nach diesen Ausführungen bestehe die von der Antragstellerin angebotene Lösung in der Installation eines Windows-Betriebssystems auf einer separaten Partition auf Apple/MAC-Hardware, also einem sogenannten „Workaround“. Mit anderen Worten habe die Antragstellerin in ihrer Aufklärung erklärt, dass eine Installation des angebotenen Produktes direkt auf dem MAC OS X – Betriebssystem nicht möglich sei. Vielmehr müsse erst das Windows-Betriebssystem „zwischengeschaltet“ werden, um eine Installation zu ermöglichen.

Ein solcher Workaround möge zwar die Kompatibilität zur vorhandenen Hardware (Apple) gewährleisten, allerdings nicht die unter Position 1.4.20 des Leistungsverzeichnisses ausdrücklich geforderte Kompatibilität zum vorhandenen Betriebssystem MAC OS X. Eine solche würde nach Ansicht der Antragsgegnerin nur dann vorliegen, wenn das Produkt direkt – also ohne „Zwischenschaltung“ – auf dem vorhandenen Betriebssystem MAC OS X installiert werden könne.

Anschließend zog die Antragsgegnerin folgenden Vergleich mit dem Elektronikbereich: Weltweit seien unterschiedliche Steckdosen im Einsatz. Ein Elektrogerät mit kontinentaleuropäischem Stecker könne nicht unmittelbar an eine britische Steckdose angeschlossen werden, und umgekehrt. Sei Ausschreibungsgegenstand ein Elektrogerät, das zu einer

kontinentaleuropäischen Steckdose kompatibel ist, so würde diese Anforderung durch ein Gerät mit britischem Stecker nicht erfüllt werden, weil dieses nicht ohne entsprechenden Adapter eingesetzt werden könne.

Nichts anderes würde im gegenständlichen Fall gelten. Gefordert gewesen sei eine Kompatibilität des angebotenen Produkts mit dem Betriebssystem MAC OS X, nicht jedoch (lediglich) eine Kompatibilität mit der verwendeten Apple-Hardware. Das von der Antragstellerin angebotene Produkt sei jedoch nach deren eigener Erklärung lediglich mit dem Betriebssystem Microsoft Windows kompatibel. Mittels eines „Workarounds“ könne es zwar mit der vorhandenen Hardware (Apple) verwendet werden, die Kompatibilität mit dem betriebenen Betriebssystem MAC OS X – wie gefordert – werde dadurch allerdings nicht hergestellt.

Die fachtechnischen Prüfer seien daher auf Grundlage der von der Antragstellerin erstatteten Aufklärung vom 10.1.2017 sowie der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zu dem Ergebnis gekommen, dass die Forderung aus dem Leistungsverzeichnis aus fachtechnischer Sicht nicht erfüllt sei.

Für den Standpunkt der Antragstellerin sei auch aus deren Behauptung, dass in den Ausschreibungsunterlagen nicht definiert gewesen sei, was unter der Anforderung *„kompatibles Betriebssystem: MAC OS X“* zu verstehen sei, nichts gewonnen. Diese Behauptung sei unrichtig.

Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, die ausdrücklich von *„Betriebssystem“* spreche, sei ganz klar ersichtlich, dass selbstverständlich eine Kompatibilität zum vorhandenen Betriebssystem und nicht (lediglich) eine Kompatibilität zur vorhandenen Hardware gefordert gewesen sei. Grund für diese – bestandsfeste – Festlegung sei ja gerade gewesen, dass die Auftraggeberin eine direkte Kompatibilität mit dem vorhandenen Betriebssystem habe gewährleisten wollen, da Workaround-Lösungen mit zwischengeschalteter Software aufgrund zusätzlicher Schnittstellen anfälliger für Störungen wären sowie seitens der KAV-IT nicht gewartet bzw. supported werden könnten. Für die Auftraggeberin sei daher nicht nachvollziehbar, worin die Antragstellerin die von ihr behauptete Unklarheit dieser Bestimmung zu erblicken vermeine.

Die Auftraggeberin weise allerdings ausdrücklich darauf hin, dass die von der Antragstellerin gezogene Schlussfolgerung, wonach es bei der Beurteilung der Ausschreibungskonformität der angebotenen Produkte *„nicht auf die Kompatibilität zum vorhandenen Betriebssystem ankommt, sondern auf die Kompatibilität zur vorhandenen Hardware, die auf diesem Rechner angesteuert werden kann“* jedenfalls unzutreffend sei. Diese Schlussfolgerung stehe in klarem Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut der bestandsfesten Festlegungen unter Position 1.4.20 des Leistungsverzeichnisses, wo ausdrücklich eine Kompatibilität zum Betriebssystem gefordert werde.

Für die Antragstellerin sei aber auch aus ihrem Vorbringen, wonach die von ihr vorgenommene Auslegung dem typischen Verständnis eines typischen Anbieters von Mikroskopen entspreche, nichts gewonnen. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Auslegungsregeln der §§ 914 ff ABGB habe eine Auslegung zunächst nach dem Wortlaut der Bestimmung zu erfolgen. Erst wenn mit einer solchen Wortlautinterpretation nicht das Auslangen gefunden werden könne, sei die Absicht der Parteien zu erforschen und auf die Übung des redlichen Verkehrs abzustellen. Da die gegenständliche Festlegung in Position 1.4.20 des Leistungsverzeichnisses bereits von ihrem Wortlaut her klar sei, sei für eine weitere Auslegung dieser Bestimmung nach ihrem Erklärungswert kein Platz.

Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Festlegung sei eine Kompatibilität zum Betriebssystem MAC OS X gefordert, diese Anforderung habe das von der Antragstellerin angebotene Produkt den Ergebnissen der fachtechnischen Angebotsprüfung zu Folge nicht erfüllen können. Die Ausscheidensentscheidung vom 2.3.2017 sei daher rechtskonform.

Replik der Antragstellerin vom 5.4.2017:

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 5.4.2017 im Wesentlichen Folgendes:

Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin in der Begründung der Ausscheidensentscheidung einen wesentlichen Aspekt verschwiegen, nämlich, dass es in der IT-Abteilung der Antragsgegnerin keinen Support für MAC-Rechner

gebe und die IT-Abteilung in Folge dessen bei Problemen mit dem von der Antragstellerin angebotenen Workaround keinen kurzfristigen Support anbieten könne. Die Ausschreibungsunterlagen würden an keiner Stelle auf diesen Aspekt hinweisen.

Zuerst einmal sei verwunderlich, dass die Ausschreibungsunterlagen eine „Kompatibilität zum Betriebssystem MAC-OS X“ verlangen, aber bei der Auftraggeberin selbst kein Support für die Unterstützung von MAC-Rechnern vorhanden sei. Diese Information sei aber deswegen wesentlich, weil bei der Ausgestaltung des Angebotes natürlich davon ausgegangen worden sei, dass ein normaler Support für MAC-Rechner beim Auftraggeber vorhanden sei, somit der Auftraggeber das technische Knowhow zu dieser Standardlösung besitze und eine solche routinemäßige Lösung auch beim Auftraggeber im konkreten Fall implementiert werden könne. Wenn aber kein Support für MAC-Rechner vorhanden sei und somit auch kein kurzfristiger Support durch die KAV-IT abgegeben werden könne und daher die Lösung ganz generell abgelehnt werde, so hätte dies in den Ausschreibungsunterlagen angeführt werden müssen. Wenn nämlich kein MAC-Support vor Ort vorhanden ist, dann sei die übliche Lösung, keine separate Partition anzulegen, sondern diejenige eines „Parallel-Desktop“, der den Einsatz des Windows-Betriebssystems ohne Einschränkungen und ohne Systemneustart parallel zu MAC-OS X gewährleiste, und daher einen Austausch von Daten zwischen den beiden Betriebssystemen obsolet mache. Dies könne dann auch durch die interne IT-Abteilung ohne Probleme gewartet werden, da diese Lösung dann über ganz normales Windows fahre. Dies bedeute aber, dass eine komplett andere Situation vorliege als in den Ausschreibungsunterlagen angeführt. Wenn jedoch ein MAC-System ausgeschrieben werde, gehe ein durchschnittlicher Bieter davon aus, dass ein Support und eine Wartung durch den Auftraggeber gewährleistet werde und der Auftraggeber mit den Systemen und Eigenschaften der MAC-Computer vertraut sei.

Zur Auslegung des Begriffes „kompatibel“ sei von den Ausschreibungsunterlagen eine Kamera gefordert, die mit unter MAC-OS X installierbarer Software betrieben werden kann, plus Stand-Alone-Bedieneinheit, und die zusätzlich über einen Auslöseknopf gesteuert werden könne. Diese Anforderungen könnten von keinem der Bieter erfüllt werden, weil

- die Mikroskope, die vom Mitbewerber vertrieben würden, gemäß den Ausschreibungsbedingungen nur unter dem Einsatz der Software „NIS“ betrieben werden könnten. Gemäß der „Betriebsumgebung“ sei dessen System nur unter Windows 7 bzw. Windows 10 einsetzbar. Das heiße nichts anderes, als dass auch für dieses System in einer Form oder der anderen ein „Workaround“ notwendig sei.
- ein dritter renommierter Anbieter zwar ein Kamerasystem mit USB 3 Interface anbiete und dessen Plattform unabhängig unter Windows-, MAC- und Linus-Betriebssystemen arbeite, aber keine „Stand-Alone-Bedienung“ ohne Rechner anbieten könne. Dies sei der Antragstellerin aufgrund ihrer Marktrecherche im Zuge der Angebotslegung bekannt und werde nach dem Ausscheiden des Angebotes nun auch bestätigt.

Diese Informationen seien zur Angebotserstellung am Markt bekannt gewesen. Deshalb sei der Begriff „kompatibel“ auch derart auszulegen, wie dies die Antragstellerin in ihrem Antrag dargelegt habe.

Aufgrund dieser Situation hätten sich am Markt eigentlich drei Lösungen etabliert:

- Paralleles Desktop, wenn kein MAC-Support vorhanden ist.
- Viewer-Lösung.
- Boot-Camp Lösung.

Zur Viewer-Lösung, die wahrscheinlich vom Mitbewerber angeboten worden sei, müsse jedenfalls immer eine Lösung gefunden werden, die die Betriebssysteme Windows und MAC OS X miteinander kompatibel mache, da eine Software-Lösung zur Kameraführung von den beiden Anbietern zur Zeit nur über Windows garantiert werden könne, aber nicht unter MAC OS X.

Zur Boot-Camp-Lösung werde ausgeführt, dass sich der Begriff der „direkten Kompatibilität“, mit dem die Antragsgegnerin operiere, in den Ausschreibungsunterlagen nicht finde. Er sei daher irrelevant. Es müsse nur sichergestellt werde, dass eine Kompatibilität mit MAC OS hergestellt werde. Auf

welchem Weg dies erreicht werde, habe die Antragsgegnerin nicht vorgegeben, wie sie auch nicht ausgeführt habe, dass ein MAC-Computer nicht von der internen IT-Abteilung gewartet werden könne.

Der Vergleich der Antragsgegnerin mit dem kontinentaleuropäischen und dem britischen Steckdosensystem hinke auch deswegen, weil Apple in seinen Computern das System Boot-Camp bereits vorinstalliert habe und nach dem von der Antragsgegnerin gezogenen Vergleich damit eine „Doppelsteckdose“ angeboten hätte.

Das von der Antragstellerin angebotene System stelle auch keinen „*Workaround*“ dar, weil Boot-Camp schon serienmäßig auf den MAC-Computern installiert und somit Bestandteil des MAC-Computers sei. Wenn aber die interne IT-Abteilung keinen MAC-Support zur Verfügung stelle, sei ihr das System nicht vertraut, welches standardmäßig in vielen Institutionen, auch in Spitälern, eingesetzt werde. Es werde auch kein „Zwischenstecker“ benötigt, um eine Kompatibilität herzustellen, sondern sei die Kompatibilität von vornherein gegeben.

Da sich die Information über den fehlenden Support nicht in den Ausschreibungsunterlagen wiedergefunden habe, könne ein durchschnittlich verständiger Bieter davon ausgehen, dass ein entsprechender MAC-Support beim Auftraggeber vorhanden sei, dieser mit der Routinelösung umgehen könne und diese Lösung nicht aufgrund von fehlender Kenntnis von vornherein ablehne. Ein durchschnittlicher MAC-Support wisse, dass diese „beiden Steckdosen“ serienmäßig am Computer implementiert seien, könne dieses System ohne Probleme warten und wisse, dass Boot-Camp kein „Adapter“ sei. Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass Cloud-Lösungen genauso sicher seien wie normale Systeme, da es nur auf die Verschlüsselung ankomme. Dies sei mit dem konkreten Angebot für Patientendaten ausreichend sichergestellt. Es läge insoweit nur ein Scheinargument vor, da die interne IT-Abteilung das von der Antragstellerin angebotene System von vornherein ablehne.

Replik der Antragsgegnerin vom 18.4.2017:

Auf die zuvor genannte Replik der Antragstellerin replizierte die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 18.4.2017, welchen sie in teilweise geschwärzter Version auch unmittelbar an die Antragstellerin übermittelte.

In dieser Replik nahm die Antragsgegnerin zum Vorwurf der Antragstellerin, dass dieser die Ausscheidensgründe nicht vollständig mitgeteilt worden seien, und zur Auslegung des Begriffes „kompatibel“ Stellung. Zum erstgenannten Themenkomplex legte die Antragsgegnerin dar, dass die Aspekte, die der Antragstellerin mit der Ausscheidensentscheidung nicht mitgeteilt worden seien, für die Ausscheidensentscheidung ohne Relevanz seien. Insbesondere sei es rechtlich unerheblich, dass die IT-Abteilung der Auftraggeberin für die von der Antragstellerin angebotene Workaround-Lösung keinen kurzfristigen Support bieten könne. Zum zweitgenannten Themenkomplex führte die Antragsgegnerin insbesondere aus, dass es im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nur um die Frage gehe, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei, und daher die Frage, ob auch das Angebot der Mitbewerberin auszuschneiden sei, rechtlich irrelevant wäre. Außerdem sei das Angebot der Mitbewerberin ausschreibungskonform. Aus dem Wortlaut der Ausschreibung gehe eindeutig hervor, dass eine Workaround-Lösung wie von der Antragstellerin angeboten die Mindestanforderung „kompatibel mit MAC OS X“ nicht erfülle.

Mündliche Verhandlung:

Es wurde am 20.4.2017 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Die AST gibt an, dass sie den Schriftsatz der AG vom 18.04.2017 erhalten hat, jedoch für sie nicht erkennbar sei, wovon in den geschwärzten Passagen die Rede ist.

Der Senat fasst kurz zusammen, dass in den geschwärzten Passagen vom Angebot der Mitbewerberin die Rede ist und dieses Angebot als Beweismittel angeführt wurde. Darüber hinausgehende Inhalte der geschwärzten Passagen können vom Senat aus Gründen der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht offen gelegt werden.

Die ASTV führt als Replik auf die letzte Stellungnahme des AGV Folgendes aus:

Zu der von der AST angebotenen Lösung sei es nicht richtig, dass nach jedem Neustart festgelegt werden müsse, ob das Betriebssystem Mac OS X oder das Windows-Betriebssystem verwendet werden soll. Diese Einstellung lasse sich nämlich im Vorhinein standardgemäß festlegen. Dies könne der von der ASTV geführte Zeuge bestätigen.

Zu der ihrer Ansicht nach von der Mitbewerberin angebotenen Lösung sei zwingend davon auszugehen, dass ebenfalls ein Workaround vorliege. Die Kamera könne nämlich nicht unmittelbar vom Appel-Betriebssystem geführt werden, weil dazu ein Windows-Betriebssystem eingesetzt werden müsse. Auch dies könne der von der ASTV geführte Zeuge näher darlegen.

Der AGV hält dem Folgendes entgegen:

Das Angebot der Mitbewerberin sei nicht Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens. Die Fastweb-Judikatur sei nicht anwendbar, weil nur eine Ausscheidensentscheidung, nicht aber auch eine Zuschlagsentscheidung verfahrensgegenständlich sei. Im Übrigen sei das Angebot der Mitbewerberin ausschreibungskonform. Auch das Thema der etwaigen Diskriminierung sei nicht verfahrensgegenständlich.

Zur Auslegung der Ausschreibungsunterlagen führt der AGV aus, in der Leistungsbeschreibung auf Seite 50, in der dritten Zeile von unten, sei als kompatibles Betriebssystem für Mikroskopkamera PC das dort angeführte Windows-Betriebssystem verlangt, auf Seite 52 hingegen für Mikroskopkamera MAC als kompatibles Betriebssystem Mac OS X. Aus diesen Festlegungen gehe hervor, dass die Auftraggeberin nicht eine Lösung im Sinne von „One fits all“ und insbesondere nicht ausschließlich Geräte, die in einem Windows-Betriebssystem zu betreiben seien, beschaffen wollte. Vielmehr sehe man aus der Stückzahl, dass die AG 10 Stück Mikroskopkamera für den Betrieb in Windows und 1 Stück Mikroskopkamera für den Betrieb in Mac OS X ausgeschrieben habe. Auf Seite 27 sei festgelegt, dass es sich bei den oben angeführten Anforderungen um Mindestanforderungen handle.

Die von der AST diesbezüglich angebotene 11. Kamera werde mit einer Windows-Oberfläche betrieben.

Die ASTV hält dem Folgendes entgegen:

Auf Seite 50 des Leistungsverzeichnisses sei präzise festgelegt, welches Windows-Betriebssystem verlangt werde. Dadurch sei klar, dass das angeführte Windows-Betriebssystem zu bedienen sei.

Auf Seite 52 sei hingegen nicht festgelegt, welche Version des Betriebssystems MAC OS X verlangt werde. Es sei daher davon auszugehen, dass lediglich die Bedienung in einem mit MAC OS X kompatiblen System gefordert sei. Ein solches kompatibles System habe die AST angeboten. Die AG würde das Betriebssystem mit der Applikation verwechseln.

Die ASTV gibt an: Die AG führte aus, dass auch die Bedienung über eine MAC-Oberfläche gefordert gewesen sei, was sich aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ergebe, da ein Betriebssystem nichts über die Oberfläche aussage. Näheres könne der geführte Zeuge dazu angeben.

Der AGV führt aus, der objektive Erklärungswert des angeführten Betriebssystems MAC OS X würde dahingehen, dass eine Kompatibilität mit jeder beliebigen Sub-Version der Version 10 (das X stehe für 10) angeboten werden könne. Eine Kompatibilität mit einem Windows-Betriebssystem könne nicht unter dem objektiven Erklärungswert dieser Festlegung subsumiert werden.

Die ASTV verweist diesbezüglich auf ihre bisherigen Ausführungen, wonach das von der AST angebotene System vom Hersteller Apple angeboten und mitgeliefert werde, und zwar die Boot-Camp-Lösung.

Aus dem Senat wird die Beschreibung der Software Boot Camp aus der Online Enzyklopädie Wikipedia erörtert, wird als Beilage ./1 zum Verhandlungsprotokoll genommen.

Der AGV führt dazu aus, die Software Boot Camp würde die Kompatibilität von Windows mit Apple-Hardware herstellen, wie er bereits in seinen Schriftsätzen näher dargelegt habe.

Die ASTV hält dem entgegen, es dürfe nicht isoliert auf die Kompatibilität mit dem Betriebssystem MAC OS X abgestellt werden, sondern es sei der größere Zusammenhang zu sehen. Punkt 1.4.20 sei so zu verstehen, dass garantiert werde, dass das vorhandene System über die notwendigen Anschlüsse, Speicherungen, Bildformate, Steuerung der Kamera über ein kompatibles Betriebssystem bzw. über eine Lösung MAC OS X gefahren werden könne. Wenn die AG nunmehr ausführt, dass der Begriff „kompatibles Betriebssystem MAC OS X“ dahingehend zu verstehen sei, dass die Applikationen MAC OS X sein müsse, hätte sie dies in den Ausschreibungsunterlagen anführen müssen. Was sich der Auftraggeber gedacht hat, wie gerade ausgeführt, ist für die Auslegung der zu erfüllenden Bedingungen irrelevant.

Der AGV legt als Beilage ./2 eine Skizze zur Frage vor, wie Boot Camp seiner Ansicht nach funktioniere.“

Die Aussage des einvernommenen Zeugen hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Der Zeuge gibt auf Befragen der Vorsitzenden und Vorhalt der Beilage ./2 Folgendes an:

Die Skizze gebe grundsätzlich die Funktion von Boot Camp zutreffend wieder. Zu ergänzen sei jedoch, dass Boot Camp auf Apple herstellerseitig vorinstalliert sei. Boot Camp sei daher eher Teil des Betriebssystems und würde daher in der Skizze eher zu dem eingezeichneten Betriebssystem Mac OS X gehören.

Der AGV fragt den Zeugen, ob es zutreffend sei, dass man sich bei Anwendung von Boot Camp zwischen den Partitionen MAC OS X und Windows entscheiden müsse.

Der Zeuge gibt an, dass dies zutreffend sei.

Wenn daher Daten, die aus der Anwendung einer APP, die über Windows und Boot Camp betrieben wird, auf eine APP gespeichert werden sollen, die unmittelbar über das Betriebssystem MAC OS X läuft, so ist dafür ein Partitionswechsel notwendig. Sprich ein Ausstieg aus dem Betriebssystem Windows und ein Neueinstieg in das Betriebssystem MAC OS X, erforderlich.

Die ASTV fragt den Zeugen, warum eine Boot Camp Lösung angeboten worden sei.

Der Zeuge führt dazu aus, dass die in Rede stehende Anforderung (kompatibles Betriebssystem Mac OS X) der AST bzw. dem Zeugen auch von anderen Ausschreibungen her bekannt sei. Der Sinn sei in der Regel, dass der Beschaffende nicht in einen neuen Windows-Rechner investieren wolle. Mit Boot Camp bestehe eine von Apple supportete Lösung, die eine solche Investition in einen neuen Windows-Rechner nicht erforderlich mache. Dieses angebotene Produkt könne unter Apple gesteuert werden.

Der AGV fragt den Zeugen, ob es richtig sei, dass Boot Camp angeboten worden sei, um die Kompatibilität mit der Hardware herzustellen.

Der Zeuge führt dazu aus, dass dies nicht zutreffend sei. Kompatibilität würde aus seiner Sicht bedeuten, dass mit einem vorhandenen Apple-Rechner die Kamera angesteuert werden könne und somit auf einem Rechner die Betriebssysteme MAC OS X und Windows koexistieren würden.

Nach Durchsicht seiner Aussage ergänzt der Zeuge wie folgt: Dies sei so zu verstehen, dass Boot Camp nicht nur die Kompatibilität zur Apple-Hardware herstelle, sondern darüber hinaus durch diese Koexistenz auch die Kompatibilität der beiden Betriebssysteme MAC OS X und Windows.“

Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt wurde festgestellt:

Die „Besonderen technischen Vorbemerkungen“ auf Seite 27 der Leistungsbeschreibung lauten auszugsweise:

„Besondere technische Vorbemerkungen

(...)

- Die als Mindestanforderungen deklarierten Merkmale stellen die minimal zu erfüllenden Leistungskriterien für die jeweilige Position dar. Die Nichterfüllung dieser Anforderungen führt zur Ausscheidung des Angebots. (...)*

(...).“

Punkt 1.4.10 auf den Seiten 50 und 51 der Leistungsbeschreibung betrifft 10 Stück Mikroskopkamera PC und lautet auszugsweise:

„1.4.10 Mikroskopkamera PC

(...)

- Kompatibles Betriebssystem: Windows 7 64 bit

(...)“

Punkt 1.4.20 auf den Seiten 51 und 52 der Leistungsbeschreibung betrifft 1 Stück Mikroskopkamera MAC und lautet auszugsweise:

„1.4.20 Mikroskopkamera MAC

Mikroskopkamera

Als Dokumentationseinrichtung kompatibel zu allen vorgenannten Mikroskopen.

Systemeigenschaften (Mindestanforderungen)

(...)

- Kompatibles Betriebssystem: MAC OS X

(...).“

Es sollen somit insgesamt 11 Stück Mikroskopkamera beschafft werden, wobei für 10 Stück die Anforderung „kompatibles Betriebssystem: Windows 7 64 bit“ und für 1 Stück die Anforderung „kompatibles Betriebssystem: MAC OS X“ festgelegt ist. Die Bezeichnung „Windows 7 64 bit“ bezeichnet eine konkrete Version des Betriebssystems „Windows 7“. Die Bezeichnung „MAC OS X“ bezeichnet die Version 10 des Betriebssystems „MAC OS“, definiert aber keine konkrete Subversion der Version 10. Das X steht dabei als lateinische Ziffer für die Zahl 10.

Die Antragstellerin hat eine Lösung angeboten, bei der nicht das Betriebssystem MAC OS X, sondern ein Windows-Betriebssystem verwendet und die Kompatibilität mit der Hardware über Boot-Camp als zwischengeschaltetes IT-System hergestellt wird.

Boot-Camp ist von Apple auf Apple-Hardware herstellerseitig vorinstalliert, um es ohne zumindest virtuelle Hardware zu ermöglichen, auf einem Apple-Rechner die Betriebssysteme MAC OS und Windows nebeneinander zu betreiben. Ohne Boot-Camp war es, um ein Windows-Betriebssystem betreiben zu können, entweder

erforderlich, eine zusätzliche Hardware anzuschaffen und mit Windows zu betreiben, oder es musste zumindest auf der vorhandenen Hardware mit einem MAC OS-Betriebssystem eine virtuelle Hardware geschaffen werden, um diese mit einem Windows-Betriebssystem betreiben zu können. Mit anderen Worten, es konnten auf einer Hardware ein MAC OS-Betriebssystem und ein Windows-Betriebssystem nicht nebeneinander betrieben werden.

Durch die Entwicklung von Boot-Camp war es nun möglich, auf einer Hardware ein MAC OS-Betriebssystem und ein Windows-Betriebssystem nebeneinander zu betreiben. Insoweit entfiel daher durch Boot Camp das in solchen Fällen bisher bestehende Erfordernis einer zweiten – zumindest virtuellen – Hardware und wurde damit die Kompatibilität zur Hardware hergestellt.

Die betreffende Hardware muss jedoch mit zwei Partitionen betrieben werden, eine für das Betriebssystem MAC OS und eine für das Windows-Betriebssystem. Die Wahl der jeweiligen Partition kann jeweils im Einzelfall oder mittels Voreinstellung im Voraus festgelegt werden.

Die von der Antragstellerin angebotene Lösung arbeitet mit einem Windows-Betriebssystem. Daten aus der von der Antragstellerin angebotenen App können nicht unmittelbar in das Betriebssystem MAC OS X übertragen werden. Um ein solches Ergebnis zu erreichen, müssen die Daten über das Windows-Betriebssystem und Boot-Camp in das Betriebssystem MAC OS X übertragen werden, wobei jeweils ein Wechsel der Partition erforderlich ist. Eine etwaige Voreinstellung dieses Wechsels der Partition würde nichts am Erfordernis dieses Wechsels ändern und allenfalls bedeuten, dass ein solcher Partitionswechsel automatisch erfolgt.

Daran, dass die von der Antragstellerin angebotene Lösung technisch funktionieren würde, besteht kein begründeter Anlass für Zweifel.

Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 10.1.2017 im Zuge der Angebotsprüfung – im Rahmen einer Nachprüfung - um Aufklärung hinsichtlich der Mindestanforderung „*Kompatibles Betriebssystem: MAC OS X*“ ersucht. Die Antragstellerin hat dazu mit E-Mail vom 20.1.2017 ausgeführt, dass

die Kompatibilität mit dem Betriebssystem MAC OS X über eine Boot-Camp-Lösung hergestellt werden soll, und IT-technische Details zur angebotenen Lösung ausgeführt. Die Antragsgegnerin hat für die fachtechnische Angebotsprüfung ein externes Ingenieurbüro beigezogen. Dieses hat in seinem fachtechnischen Prüfbericht (technische Nachprüfung vom 3.3.2017) im Wesentlichen festgehalten, dass die von der Antragstellerin angebotene Lösung mit der Installation eines Windows-Betriebssystems auf einer separaten Partition auf Apple/Mac-Hardware (vorbereitet über Boot-Camp) einen Workaround darstelle, der zwar die Kompatibilität zur vorhandenen Hardware gewährleiste, jedoch nicht die geforderte Kompatibilität zum vorhandenen Betriebssystem. Die Antragstellerin erfülle aus diesem Grund die Mindestanforderungen aus der Leistungsbeschreibung nicht. Dieses Ergebnis der Nachprüfung wurde im Vergabebericht vom 13.2.2017 festgehalten und in die Begründung der verfahrensgegenständlichen Ausscheidensentscheidung aufgenommen.

Bei der Beweiswürdigung wurde erwogen:

Die obigen Feststellungen beruhen auf der Dokumentation im Vergabeakt, den Angaben der Antragstellerin als Bieterin im Vergabeverfahren sowie als Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren und der durchgeführten mündlichen Verhandlung einschließlich der Aussage des in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen. Insbesondere stimmen die Angaben der Antragstellerin und das Prüfergebnis der Auftraggeberin dahingehend überein, dass die Antragstellerin nicht eine Lösung mit dem Betriebssystem MAC OS X, sondern eine Lösung, die über ein Boot-Camp-System und ein Windows-Betriebssystem die Kompatibilität mit der Apple/Mac-Hardware herstellt, angeboten hat. Die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen stehen ihrem Wortlaut nach fest, wohingegen deren Interpretation eine Frage der rechtlichen Beurteilung ist.

In rechtlicher Hinsicht wurde erwogen:

Gemäß § 1 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG) regelt das WVRG die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (einschließlich der

Vergabe von Baukonzessionen und der Durchführung von Wettbewerben, nicht jedoch der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen) unter anderem durch Wien als Land oder Gemeinde.

Gemäß § 2 Abs. 4 WVRG entscheidet das Verwaltungsgericht Wien in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG hat das Verwaltungsgericht Wien die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006 sind im offenen Verfahren folgende Entscheidungen gesondert anfechtbar: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen

während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

Gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,
2. Einrichtungen, die
 - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
 - b) zumindest teilrechtsfähig sind und
 - c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,
3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

Gemäß § 129 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind;
2. Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen;
4. Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten;
5. Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt;

6. verspätet eingelangte Angebote;
7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;
8. Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;
9. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;
10. Angebote von nicht aufgeforderten Bietern;
11. Angebote von Bietern, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 112 Abs. 3 gesetzten Nachfrist
 - a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung,
 - b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit. a fehlenden Kenntnisse erworben worden sind,
 - c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit. a gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oder
 - d) eine behördliche Entscheidung, die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt,vorliegt.

Gemäß § 914 ABGB ist bei Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

Gemäß § 915 ABGB wird bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte, bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 1 BVerG sowie des § 1 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 1 WVRG ist und als solche ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages nach dem Bestbieterprinzip zur Beschaffung von Labormikroskopen führt. Das Nachprüfungsverfahren fällt daher gemäß § 1 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 1 WVRG in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien. Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die gegen sie ergangene Ausscheidensentscheidung vom 2.3.2017 eingebracht. Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formellen Voraussetzungen und ist daher zulässig.

Fest steht, dass die Antragsgegnerin bestandsfest als Mindestanforderung unter anderem das Erfordernis *„Kompatibles Betriebssystem: MAC OS X“* festgelegt und die Antragstellerin eine Lösung mit einem Windows-Betriebssystem und einer Herstellung der Funktionsfähigkeit mit der Apple/Mac-Hardware über ein Boot-Camp-System angeboten hat.

Strittig ist lediglich die Frage, wie die bestandsfeste Mindestanforderung *„Kompatibles Betriebssystem: MAC OS X“* auszulegen ist. Nach Ansicht der Antragstellerin ist diese Mindestanforderung nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Bieters als Erklärungsempfänger sowie nach der Unklarheitenregel des § 915 ABGB so auszulegen, dass ein Windows-Betriebssystem mit zwischengestalteter Boot-Camp-Lösung diese Mindestanforderung erfüllt, zumal ein Windows-Betriebssystem durch Boot-Camp auf einer Apple/Mac-Hardware betrieben werden kann und somit mit der Hardware kompatibel ist. Nach Ansicht der Antragsgegnerin ist der Wortlaut dieser Mindestanforderung eindeutig, da ausdrücklich eine Kompatibilität mit dem Betriebssystem MAC OS X und nicht lediglich die Herstellung der Funktionalität auf Apple-Hardware verlangt sei, und würden sich daher die Fragen nach einem allfälligen vom Erklärungswortlaut abweichenden Verständnis eines durchschnittlichen Bieters als Erklärungsempfänger und der Anwendbarkeit der Unklarheitenregel des § 915 ABGB nicht stellen. Die Auslegung der Festlegung ist eine Rechtsfrage.

Für die Auslegung von Ausschreibungsunterlagen sind die zivilrechtlichen Auslegungsregeln der §§ 914 und 915 ABGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass statt der Absicht der Parteien (§ 914 ABGB) zunächst der objektive Erklärungswert maßgeblich ist. Ähnlich wie die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und von Ö-Normen sind auch Ausschreibungsunterlagen so auszulegen, dass sie für alle Erklärungsempfänger den gleichen Bedeutungsinhalt haben, weshalb zunächst der objektive Erklärungswert maßgeblich ist.

Zur Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen judiziert der OGH (OGH 6 Ob 124/10v, 2 Ob 134/09h, u.a., Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, ABGB, 4. Auflage, § 914, Rz 5), dass ihre Klauseln, wenn sie nicht Gegenstand und Ergebnis von Vertragsverhandlungen waren, unter Beschränkung auf den Wortlaut, somit unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände auszulegen sind (Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, ABGB, 4. Auflage, § 914, Rz 5). Ein außerhalb des Wortlautes liegender Bedeutungsinhalt kommt somit nicht in Betracht. Innerhalb des Wortlautes ist auf den Bedeutungsinhalt abzustellen, der sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises als redlichem Erklärungsempfänger erschließt.

Nach Ansicht des Senates kann diese Judikatur sinngemäß auf die Auslegung von Ausschreibungsunterlagen übertragen werden. Vor allem aus Gründen der Bietergleichbehandlung und der Transparenz ist es erforderlich, den Ausschreibungsunterlagen nur einen Bedeutungsinhalt beizumessen, der zumindest innerhalb des Wortlautes liegt. Auch wird ein redlicher Erklärungsempfänger einer Ausschreibungsbestimmung keine Bedeutung beimessen, die nicht zumindest innerhalb des Wortlautes liegt.

Die Festlegung „*Kompatibles Betriebssystem: MAC OS X*“ hat von ihrem Wortlaut her die Bedeutung, dass eine Version des Betriebssystems „*MAC OS X*“ oder zumindest ein Betriebssystem, das mit dem Betriebssystem „*MAC OS X*“ kompatibel ist, verlangt ist. Die verlangte Kompatibilität mit dem Betriebssystem „*MAC OS X*“ ist bereits von ihrem Wortlaut her zu unterscheiden von einer Kompatibilität lediglich zu Apple-Hardware.

Windows-Betriebssysteme konnten ohne Boot-Camp neben MAC OS X nicht auf derselben Hardware betrieben werden. Es lag somit begrifflich nicht einmal Kompatibilität zu mit MAC OS X betriebener Hardware vor. Durch Boot-Camp ist nunmehr die Kompatibilität zu mit MAC OS X betriebener Hardware gegeben. Es muss jedoch auf der verwendeten Hardware mit unterschiedlichen Partitionen gearbeitet werden und können Daten einer mit dem Betriebssystem Windows betriebenen App nicht unmittelbar in das Betriebssystem MAC OS X übertragen werden. Für eine solche Datenübertragung ist ein Weg über das Betriebssystem Windows, die Software Boot-Camp und über einen Partitionswechsel erforderlich. Aus dem Erfordernis eines solchen Übertragungsweges über Windows und Boot-Camp sowie über einen Partitionswechsel ergibt sich bereits begrifflich, dass die Betriebssysteme Windows und MAC OS C nicht kompatibel sind und lediglich eine Kompatibilität mit der eingesetzten Hardware vorliegt.

Wenn die Antragsgegnerin daher in ihrem Prüfbericht im Ergebnis festgestellt hat, dass die Antragstellerin anstatt eines mit MAC OS X kompatiblen Betriebssystems eine Workaround-Lösung angeboten habe, die lediglich die Kompatibilität mit der vorhandenen Hardware herstellt, die Ausschreibung jedoch bereits nach ihrem Wortlaut nicht lediglich eine Kompatibilität der Hardware, sondern eine Kompatibilität der Software, nämlich der Betriebssysteme, verlangt hat, so kann ihr insoweit nicht entgegen getreten werden.

Wenn die Antragstellerin im Ergebnis vorbringt, ein solcher Workaround bzw. die angebotene Lösung mit zwischengeschaltetem Boot-Camp-System würde nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Bieters das Erfordernis der Kompatibilität erfüllen, so ist der Antragstellerin entgegen zu halten, dass ein solches Verständnis außerhalb des möglichen Wortsinnes der gegenständlichen Festlegung liegt und bereits deswegen als Auslegungsergebnis nicht in Betracht kommt. Sollte ein redlicher Erklärungsempfänger tatsächlich der Ansicht sein, dass einer Ausschreibungsbestimmung ein Bedeutungsinhalt zukommen müsse, der von ihrem Wortlaut nicht abgedeckt ist, so wäre er im Rahmen seiner Prüf- und Mitwirkungspflicht im Vergabeverfahren verpflichtet, dem Auftraggeber zeitgemäß auf diesen Umstand hinzuweisen, damit dieser die Ausschreibung gegebenenfalls berichtigt.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Unklarheitenregel des § 915 ABGB zum Tragen kommen würde, so ist ihr zunächst grundsätzlich entgegen zu halten, dass die Unklarheitenregel des § 915 ABGB eine sekundäre Auslegungsregel ist, die erst dann – ausnahmsweise – zur Anwendung gelangt, wenn die Auslegung nach § 914 ABGB und im Fall von Ausschreibungsunterlagen nach dem objektiven Erklärungswert zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, somit eine Unklarheit verbleibt. Gegenständlich führt jedoch bereits die Auslegung nach dem Wortlaut zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die von der Antragstellerin angebotene, mit einem Windows-Betriebssystem betriebene Kamera das Erfordernis der Kompatibilität mit dem Betriebssystem MAC OS X nicht erfüllt. Es fehlt somit am Vorliegen einer Unklarheit als Voraussetzung für die Anwendung der Unklarheitenregel des § 915 ABGB. Die Auslegungsregel des § 915 ABGB hat keinesfalls den Zweck und die Bedeutung, einer Ausschreibungsbestimmung einen Bedeutungsinhalt beizumessen, der außerhalb ihres Wortlautes und außerhalb ihres objektiven Erklärungswertes liegt, weshalb § 915 ABGB hier nicht anzuwenden ist.

Wenn die Antragstellerin darauf verweist, dass Boot-Camp auf MAC-Rechnern serienmäßig vorinstalliert ist, um auf diese Weise ein Arbeiten mit Windows auf MAC-Rechnern neben MAC OS X zu ermöglichen, so ist ihr entgegen zu halten, dass eine solche Vorinstallation nichts daran zu ändern vermag, dass eine Datenübertragung von einer mit Windows betriebenen App in das Betriebssystem MAC OS X nur auf dem Weg über Windows, Boot-Camp und über einen Partitionswechsel möglich ist und damit bereits begrifflich lediglich eine Kompatibilität der mit dem Betriebssystem Windows betriebenen Kamera mit der entsprechenden, mit MAC OS X betriebenen Hardware, nicht aber eine Kompatibilität dieser Kamera mit Mac OS X vorliegt. Die Tatsache, dass Boot-Camp vom Hersteller Apple auf seiner Hardware serienmäßig vorinstalliert ist, vermag daher nichts daran zu ändern, dass diese Kamera nicht mit MAC OS X kompatibel ist und ein Datenaustausch, wie ausgeführt, nur über eine zwischengeschaltete Software und über einen Partitionswechsel möglich ist.

Wenn die Antragstellerin ausführt, der fehlende Support für MAC-Rechner bei der Antragsgegnerin sei eine für die Antragstellerin wesentliche Information und hätte zu einem anderen Angebot geführt, so ist ihr entgegen zu halten, dass –

wie die Antragstellerin selbst ausgeführt hat – das Fehlen eines internen Supportes für MAC-Rechner in den Ausschreibungsunterlagen nicht angeführt und infolgedessen für das Vergabeverfahren auch ohne rechtliche Relevanz ist. Das etwaige Fehlen eines internen Supportes für MAC-Rechner vermag somit das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nicht zu begründen.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, sie habe auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen davon ausgehen dürfen, dass die Antragsgegnerin über einen internen Support für MAC-Rechner verfüge und infolgedessen mit Boot-Camp vertraut sei, so ist ihr entgegen zu halten, dass dies nichts am Vorliegen eines Workarounds zu ändern vermag. Im Ergebnis läuft dieses Vorbringen darauf hinaus, dass die Antragstellerin davon hätte ausgehen dürfen, dass die Antragsgegnerin mit dem von der Antragstellerin angebotenen System hätte umgehen können. Dem ist entgegen zu halten, dass ein Workaround dem bestandsfesten Erfordernis der Kompatibilität mit dem Betriebssystem MAC OS X unabhängig davon nicht entspricht, ob die Antragsgegnerin den angebotenen Workaround intern supported oder nicht.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass kein Bieter ein so verstandenes Erfordernis der Kompatibilität mit dem Betriebssystem MAC OS X erfüllen könne, so ist ihr entgegen zu halten, dass dies nichts daran zu ändern vermag, dass das Angebot der Antragstellerin aus diesem Grunde auszuschneiden ist. Der Frage, ob auch alle anderen Angebote wegen Nichterfüllung des in Rede stehenden Mindestkriteriums ausgeschieden werden müssten, war im Rahmen des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens nicht nachzugehen. In diesem Zusammenhang sei festgehalten, dass die Frage, ob ein allfälliger Ausscheidensgrund auch bei allen anderen Bietern vorliegt, bereits deswegen nicht Verfahrensgegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gegen eine Ausscheidensentscheidung sein kann, weil der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, vor Erlassung einer Ausscheidensentscheidung gegen einen Bieter auch alle anderen Angebote inhaltlich zu prüfen, und es nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichtes im Nachprüfungsverfahren gegen eine Ausscheidensentscheidung sein kann, eine solche noch gar nicht verpflichtende Prüfung an Stelle des Auftraggebers durchzuführen. Es genügt vielmehr, wenn das Angebot eines etwaigen präsumtiven Zuschlagsempfängers vor Erlassung

einer Zuschlagsentscheidung auf allfällige Ausscheidensgründe hin geprüft wird. Es war daher für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren rechtlich nicht relevant, ob und gegebenenfalls mit welchem Ergebnis die Antragsgegnerin Angebote von Mitbewerbern der Antragstellerin bereits geprüft hat.

Wenn die Antragstellerin darlegt, das Erfordernis eines mit MAC OS X kompatiblen Betriebssystems dürfe nicht so ausgelegt werden, dass dieses Erfordernis von keinem in Betracht kommenden Bieter erfüllt werden könne, weshalb dieses Erfordernis im Sinne der Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag auszulegen sei, so ist ihr entgegen zu halten, dass sich die Auslegung dieses Erfordernisses innerhalb der Grenzen des Wortlautes bewegen muss. Die mit MAC-OS X nicht kompatible, mit Windows betriebene Kamera wird dadurch, dass eine zwischengeschaltete Software die Kompatibilität mit der Apple-Hardware herstellt, nicht zu MAC OS X kompatibel, wie die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme zutreffend ausgeführt hat. Können die Mindestanforderungen nach ihrem Wortlaut von keinem Bieter erfüllt werden, so mag dies gegebenenfalls zur Folge haben, dass alle Angebote ausgeschieden werden müssen und das Vergabeverfahren in der Folge zu widerrufen ist. Der von der Antragstellerin aufgezeigte Umstand stellt jedoch, auch wenn er zutreffen sollte, keine Grundlage dar, der Mindestanforderung im Wege der Auslegung einen vom Wortlaut abweichenden Bedeutungsinhalt dahingehend beizumessen, dass die Mindestanforderung am Markt erfüllt werden kann. Das Argument, dass eine so verstandene Kompatibilität zum Betriebssystem MAC OS X von keinem Bieter erfüllt werden könne, ist somit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren, in dem es lediglich um die Frage des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin geht, ohne rechtliche Relevanz.

Die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren waren von dieser selbst zu tragen, da ein Gebührenersatz gemäß § 16 WVRG nur dann stattzufinden hat, wenn die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Im Anlassfall ging es im Wesentlichen um die Rechtsfrage der Auslegung einer bestandsfesten Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen. Die verfahrensgegenständliche Festlegung hat keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung, weshalb auch der Frage ihrer Auslegung keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung beizumessen ist.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung des Erkenntnisses dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung des Erkenntnisses dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu

erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde durch die verzichtende Partei nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Wurde das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien mündlich verkündet, ist eine Revision bzw. Beschwerde nur nach einem Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses durch mindestens einen der hierzu Berechtigten zulässig.

Dr.ⁱⁿ Lettner