



GZ: N/0060-BVA/04/2011-20

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "U:Phone Unified Communication Infrastruktur der Universität Wien, Aktenzahl: 10-AS-H01-214000-2" des Auftraggebers Universität Wien, Dr.-Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3.7.2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 4.7.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I.

Der Antrag, "die Entscheidung des Auftraggebers vom 1.7.2011, die Ausschreibungsunterlagen nicht dahingehend zu berichtigen, dass das Konzept im LBO (last and best offer) insoweit geändert werden darf, als dies die neuen Anforderungen an das Call Center gemäß Punkt 22.2.6 des Lastenheftes betrifft, sowie die Angebotsfrist für das LBO (last and best offer) nicht zu verlängern, nichtig zu erklären", wird **abgewiesen**.

II.

Der Antrag, "der Auftraggeberin den Ersatz der von uns bezahlten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von € 2.490,-- aufzuerlegen", wird **abgewiesen**.

B e g r ü n d u n g

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "U:Phone Unified Communication Infrastruktur der Universität Wien" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S228-348745 am 24.11.2010 veröffentlicht. Der gegenständliche Lieferauftrag soll in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 20.12.2010, 10.00 Uhr, fixiert.

Die A*** (in der Folge Antragsteller) legte neben weiteren Bewerbern einen Teilnahmeantrag. Mit Faxmitteilung vom 21.1.2011 wurde der Antragsteller mit seinem Produkt "B****" neben weiteren Bewerbern zur Angebotslegung zugelassen. Am 31.1.2011 erfolgte die Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen mit der Einladung zur Abgabe eines Erstangebotes bis zum 28.2.2011, 10.00 Uhr. Zum Ausschreibungsgegenstand wurde in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass das vorhandene Telekommunikationssystem durch eine neue leistungsfähige C*** abzulösen sei.

Nach der Beantwortung mehrerer Bieteranfragen zu den Ausschreibungsunterlagen legte der Antragsteller neben weiteren Bietern fristgerecht ein Erstangebot. Nach Prüfung der Erstangebote auf rechnerische und formale Richtigkeit sowie Vollständigkeit wurde der Antragsteller neben weiteren Bietern zur ersten Verhandlungsrunde am 14.3.2011 eingeladen. In dieser präsentierte der Antragsteller sein Konzept zum gegenständlichen Lieferauftrag. In der Niederschrift zur ersten Verhandlungsrunde wurde zu Folie 30 Nachfolgendes festgehalten:

"Zu Folie 30

Bei der Vorstellung der Managementtools wurde festgestellt, dass ein D*** in E*** und ein weiteres D*** in F*** zur Verfügung steht. E*** wird für alle User zur Verfügung gestellt, F*** für Call Center User. Von der ausschreibenden Stelle wird festgestellt, dass für das Einrichten eines Call Centers die Parametrierung von bis zu 3 Systemen benötigt wird, d.h. E***, F*** und B***. Eine Parametrierung von nur einem System wäre nach Ansicht der ausschreibenden Stelle effizienter und einfacher. Der Bieter kann sich den Einsatz von G*** für das Call Center vorstellen,

es müssten dann aber die Ausbaugrenzen in der Ausschreibung entsprechend den G*** (Endausbau) adaptiert werden.

Der funktionale Unterschied zwischen dem D*** E*** und D*** F*** ist in Form einer Vergleichstabelle vom Bieter darzustellen und nachzureichen."

Nach den Beantwortungen von Anfragen des Auftraggebers zum Erstangebot des Antragstellers am 28.3.2011, 26.4.2011 und 3.5.2011, wurde der Antragsteller neben weiteren Bietern zu einer zweiten Verhandlungsrunde am 23.5.2011 eingeladen.

Mit E-Mail-Mitteilung vom 17.6.2011 übermittelte der Auftraggeber dem Antragsteller neben weiteren Bietern die Unterlagen zur Abgabe eines Last and Best Offers (in der Folge LBO) mit der Einladung, dieses bis zum 4.7.2011, 10.00 Uhr, abzugeben. Gemäß Punkt 1.3 (Rückfragen) der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot waren Rückfragen bis spätestens 5 Werktage vor Abgabe einzureichen.

In den Ausschreibungsunterlagen zum LBO war unter Punkt 3.1. (Grundsätzliches zum Ablauf des Vergabeverfahrens) Nachfolgendes ausgeführt:

"...

Die Verhandlungen (Hearings) mit den Bietern stellen einen Teil des Angebotes dar, dessen Ergebnisse bei der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden. Insbesondere die vorgestellten und in den Verhandlungsrunden optimierten technischen Konzepte und damit verbundenen Systeme und Geräte dürfen im LBO nicht mehr verändert werden. D.h. die Konzepte aus den 1. Angebot sowie die Ergänzungen bzw. Abänderungen lt. 1. und 2. Verhandlungsrunde inkl. allen Niederschriften, Protokollen, Aufklärungen und Ergänzungen sind fixer unabänderbarer Bestandteil des LBOs. Eine Abänderung des verhandelten Konzeptes führt zum Ausscheiden des Angebots.

Nach Abschluss der Verhandlungen erfolgt die Aufforderung durch die ausschreibende Stelle ein Letztangebot (LBO - Last and best offer) zu legen. Die Erkenntnisse aus den Verhandlungen wurden dem Bieter bekanntgegeben und die Mindestanforderungen, Leistungsumfang sowie die Bewertungskriterien entsprechend diesen Erkenntnissen angepasst."

Unter Punkt 3.2. (Rahmenbedingungen für das LBO) war in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot Nachfolgendes ausgeführt:

"Konzepte und angebotene Produkte

Das bereits ausverhandelte Umsetzungskonzept - bestehend insbesondere aus Erstangebot, 1. und 2. Verhandlungsrunde inkl. allen Niederschriften, Protokollen, Aufklärungen und Ergänzungen - darf mit Abgabe des LBOs nicht mehr verändert werden. Die im Zuge der Usability-Tests von der Universität Wien getesteten Endgeräte, Softclients und Mobiltelefonclients dürfen mit Abgabe des LBOs ebenfalls nicht mehr verändert werden. Stückzahlen und Lizenzanzahlen sind

gemäß den Vorgaben des LBOs anzupassen. Dienstleistungen des Bieters im Bereich der Anbindung der Datenbank der Universität Wien für Autoprovisionierung sowie für das Einrichten von Call Center Gruppen sind entsprechend den präzisierten Angaben im Lastenheft anzupassen."

Im Lastenheft der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot waren unter Punkt 22.2.6 (Callcenter-Funktion) zahlreiche Vorgaben für das Call Center festgelegt.

Mit E-Mail-Mitteilung vom 20.6.2011 bestätigte der Antragsteller den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot und ersuchte aufgrund der Urlaubssituation um Verschiebung des Abgabetermins um mindestens eine Woche. Dieses Ersuchen wurde vom Auftraggeber mit E-Mail-Mitteilung vom 20.6.2011 abgelehnt. Begründend wurde ausgeführt, dass beim zweiten Bietergespräch die Bearbeitungszeit der Bieter für das LBO informell besprochen worden sei. Ausnahmslos hätten alle Bieter zugesagt, dass eine Frist von 14 Tagen von der Aussendung der Unterlagen zum Letztangebot bis zur Abgabe des LBO ausreichend sei.

Neben einem weiteren Bieter stellte der Antragsteller am 27.6.2011 Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot. Die Beantwortung dieser Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot erfolgte durch den Auftraggeber am 28.6.2011 per E-Mail.

Am 30.6.2011 übermittelte der Antragsteller per E-Mail ein Schreiben an den Auftraggeber, in dem er auf die Bestimmungen zu den Punkten 3.1. und 3.2. der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot hinwies und Nachfolgendes ausführte:

"...

Gleichzeitig werden aber in Punkt 22.2.6 des Lastenheftes - LBO umfangreiche zuvor nicht bekannt gewesene Anforderungen an das anzubietende Call Center gestellt, die mit der von uns im Erstangebot angebotenen Lösung nicht realisiert werden können.

Diese Änderung der Anforderungen erfordert eine grundlegende Änderung unseres Call Center Konzeptes.

Die Ausarbeitung des LBO in Hinblick auf die geänderten Anforderungen ist daher bis zum derzeitigen Ende der Angebotsfrist (4.7.2011, 10 Uhr) nicht möglich.

Wir ersuchen daher um Verlängerung der Angebotsfrist um drei Wochen um unter den geänderten Bedingungen ein entsprechendes Angebot abgeben zu können.

Ebenso ersuchen wir um Bestätigung, dass das Call Center Konzept im Hinblick auf die geänderten Anforderungen zum Call Center im LBO geändert werden darf..."

In der E-Mail-Mitteilung vom 1.7.2011 führte der Auftraggeber dazu Nachfolgendes aus:

"...

Betreffend Ihre Fragen vom 30.6.2011 dürfen wir Ihnen wie folgt antworten:

1. Verlängerung der Angebotsfrist:

Eine Verlängerung der Angebotsfrist ist nicht möglich.

2. Bestätigung, dass das Call Center Konzept im Hinblick auf die geänderten Anforderungen zum Call Center im LBO geändert werden darf:

Hier verweisen wir auf die Niederschrift (zur Verhandlungsrunde) vom 14.03.2011, Seite 4, Anmerkung zur Folie 30.

...."

Sämtliche zur Legung eines Letztangebotes eingeladenen Bieter, darunter auch der Antragsteller, legten ein Letztangebot.

Mit Schriftsatz vom 3.7.2011 stellte der **Antragsteller** einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren. Weiters wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG begehrt. Dem zeitgleich eingebrachten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 11.7.2011, N/0060-BVA/04/2011-7EV, teilweise stattgegeben. Dem Auftraggeber wurde für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Letztangebote untersagt. Der Fortlauf der Angebotsfrist für das Letztangebot wurde gehemmt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass gemäß Punkt 3.1 der Einladung zum LBO die vorgestellten und in den Verhandlungsrunden optimierten technischen Konzepte und damit verbundene Systeme und Geräte im LBO nicht mehr verändert werden dürften. Änderungen würden zum Ausscheiden des Angebotes führen. Ebenso ergebe sich aus Punkt 3.2 der Einladung zum LBO, dass bereits ausverhandelte Umsetzungskonzepte nicht mehr mit der Abgabe des LBO verändert werden dürften. Lediglich Dienstleistungen des Bieters für das Einrichten von Call Center Gruppen seien entsprechend den Angaben im Lastenheft anzupassen. Zugleich seien vom Auftraggeber im Lastenheft unter Punkt 22.2.6 der Einladung zum LBO Anforderungen beschrieben worden, die in den bisherigen Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten gewesen seien und daher mit dem bisherigen technischen Konzept des Antragstellers nicht im Einklang stünden. Diese neuen Anforderungen im Lastenheft zum Call Center würden weitgehende

Änderungen des Konzeptes des Antragstellers - nicht nur die Dienstleistungen betreffend - erfordern.

Die genannten Ausschreibungsbestimmungen würden einander ausschließen und seien insofern widersprüchlich und mangelhaft. Eine eindeutige und hinreichend genaue Leistungsbeschreibung gemäß den Bestimmungen der §§ 96 ff BVergG würde nicht vorliegen. Vielmehr würden die Ausschreibungsbestimmungen technische Spezifikationen enthalten, die den Wettbewerb behindern würden. Über die rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen, die dem Antragsteller erst im Zuge der Ausarbeitung des LBO aufgefallen seien, sei der Auftraggeber unverzüglich mit Schreiben vom 30.6.2011 informiert worden.

Mit Schreiben vom 1.7.2011 habe der Auftraggeber auf die Niederschrift der Verhandlungsrunde vom 14.3.2011, Seite 4, Anmerkung zur Folie 30, verwiesen. Dieser Hinweis des Auftraggebers sei nicht stichhaltig, da zum damaligen Zeitpunkt die nunmehrigen neuen Anforderungen an das Call Center noch gar nicht bekannt gewesen seien und im Konzept auch nicht berücksichtigt hätten werden können. Das Schreiben des Auftraggebers vom 1.7.2011 sei als Ablehnung des Berichtigungersuchens des Antragstellers zu verstehen und als gesondert anfechtbare Entscheidung zu werten.

Weder eine erforderliche Berichtigung noch eine daraus resultierende erforderliche Verlängerung der Angebotsfrist stünden im Ermessen des Auftraggebers. Vielmehr seien diese zwingend vom Auftraggeber vorzunehmen. Eine Überarbeitung des Konzeptes im Hinblick auf die neuen Anforderungen an das Call Center sei auch innerhalb der Angebotsfrist für das LBO nicht zu bewerkstelligen. Da die neuen Anforderungen den Bietern bis zur Einladung zum LBO nicht bekannt gewesen seien, hänge es vom Zufall ab, ob das bisherige Konzept diesen Anforderungen entspreche. Im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter bzw. der Gewährleistung eines fairen Wettbewerbes und der Vergleichbarkeit der Angebote seien eine Berichtigung der Ausschreibung und eine Verlängerung der Angebotsfrist notwendig.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Vergabe nach den Grundsätzen eines freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter, auf Vornahme einer erforderlichen Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sowie auf Vornahme einer erforderlichen Verlängerung der Angebotsfrist durch den Auftraggeber, auf Berichtigung einer nicht eindeutigen

und nicht hinreichend genauen Leistungsbeschreibung und auf Berichtigung von den Wettbewerb in ungerechtfertigter Weise behindernden, technischen Spezifikationen verletzt.

Mit der Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebotes, Teilnahme an den bisherigen Verhandlungen sowie Einladung zur Abgabe eines LBO und Ausarbeitung eines solchen sei das Interesse am Vertragsabschluss und an der Abwicklung des Auftrages durch den Antragsteller bekundet worden. Dieses komme auch durch Einbringung eines Nachprüfungsantrages zum Ausdruck. Es bestehe auch ein wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen, an der Legung eines LBO, am Abschluss des Vertrages und an der Abwicklung des Auftrages durch den Antragsteller.

Durch die angefochtene Entscheidung werde dem Antragsteller die Möglichkeit genommen, sich an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zu beteiligen. Würde von der Legung eines LBO abgesehen, hätte der Antragsteller keine Chance auf den Zuschlag. Die Kosten für die Angebotsausarbeitung seien mit € 39.078,00 zu beziffern. Der drohende Schaden auf Grund des Verdienstentgangs sowie aus der verloren gehenden Auslastung belaufe sich auf € 450.000,00. Überdies entgehe ein bedeutendes Referenzprojekt.

Mit Schriftsatz vom 6.7.2011 teilte der **Auftraggeber** mit, dass die Abgabefrist für das Letztangebot mit 4.7.2011, 10.00 Uhr, geendet habe. Sämtliche Bieter, darunter auch der Antragsteller, hätten ein Letztangebot abgegeben. Dieses sei noch nicht geöffnet worden. Im Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch der Widerruf erfolgt.

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes seien nur solche Unterlassungen als anfechtbare "Entscheidungen" zu werten, die einen solchen Erklärungswert besitzen würden, dass sie als selbstständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung treten und ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würden. An einem solchen Rechtsschutzbedürfnis fehle es dem Antragsteller. Er habe es verabsäumt, die Einladung zum LBO anzufechten. Außerdem würde selbst bei Nichtigerklärung der angefochtenen Unterlassungen die Einladung zum LBO nicht im Sinne des Antragstellers geändert werden.

Mit einer Qualifizierung der Mitteilung des Auftraggebers als gesondert anfechtbare Entscheidung würde die Präklusionsfrist für die Anfechtung der

Ausschreibungsunterlagen umgangen. Der Auftraggeber wäre in diesem Fall gezwungen, die Ausschreibungsunterlagen zu ändern. Das Rechtsschutzsystem des Bundesvergabegesetzes sehe nur die Nichtigklärung von Entscheidungen des Auftraggebers vor. Der Auftraggeber könne aber nicht von einem Teilnehmer am Vergabeverfahren zu einem positiven Tun gezwungen werden.

Dem Antragsteller fehle es am Rechtsschutzinteresse zur Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidungen. Die Festlegungen zur Legung eines LBO seien zwischenzeitig bestandsfest geworden, zumal deren Nichtigklärung vom Antragsteller nicht beantragt worden sei. Diese würden auch bei Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidungen weiter gelten. Der Antragsteller versuche nun über die Nichtigklärung einer Unterlassung, den Auftraggeber zu einer Berichtigung der Festlegungen in der Einladung zum LBO zu bewegen. Selbst bei einer Zurücknahme der angefochtenen Entscheidungen durch den Auftraggeber sei die Einladung zur Legung zum LBO weiterhin vom Antragsteller zu berücksichtigen.

Durch die angefochtene Entscheidung sei dem Antragsteller weder ein Schaden entstanden, noch drohe ihm ein solcher zu entstehen. Der behauptete Schaden sei bereits durch die Bedingungen der am 17.6.2011 übermittelten Einladung zur Legung des LBO entstanden, die mangels Anfechtung bestandsfest geworden seien.

In einem weiteren Schriftsatz vom 12.7.2011 führte der Auftraggeber aus, dass nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes im Verhandlungsverfahren bereits das Erstangebot des Bieters den Ausschreibungsunterlagen entsprechen müsse, andernfalls es auszuscheiden sei.

In der Ausschreibung zum Erstangebot sei im Lastenheft unter Punkt 22.2.3 festgelegt worden, dass zum Austausch des Präsenzstatus auf XML-basierende XMPP zu unterstützen sei. Unterstütze das System diesen Standard nicht, müsse dafür ein Gateway zur Übertragung der Präsenz in andere Systeme und zur Übernahme des Präsenzstatus von anderen Systemen errichtet werden. In der ersten Verhandlung habe sich ergeben, dass das vom Antragsteller angebotene System nicht unterstütze und kein Gateway vorhanden sei. Nach Ansicht des Antragstellers sei dies nur durch den Einsatz eines H*** möglich, wobei ein solcher Bestandteil seines Angebotes sei.

In der Fragebeantwortung vom 28.3.2011 habe der Antragsteller darauf hingewiesen, dass der H*** nur in den Lizenzmodellen "Standard" und "Pro"

enthalten sei. Wie der Auftraggeber allerdings festgestellt habe, sei im Erstangebot des Antragstellers nur die Lizenz "Entry" enthalten. Auch in der E-Mail-Mitteilung vom 3.5.2011 habe der Antragsteller bestätigt, dass im Lizenzmodell "Entry" kein H*** enthalten sei. Allerdings habe der Antragsteller darauf hingewiesen, dass in seinem Angebot nicht die Lizenz "Entry" sondern die Lizenz "Standard" enthalten gewesen und in der mit dem Angebot abgegebenen Aufstellung "Produkte_preisblatt.pdf" nur fälschlich "Entry" statt "Standard" angegeben worden sei.

Mit dieser Antwort versuche der Antragsteller den Ausschreibungswiderspruch seines Erstangebotes durch eine nachträgliche Angebotsänderung zu beseitigen. Da das Erstangebot des Antragstellers nicht den Ausschreibungsunterlagen zum Erstangebot entsprochen habe, wäre bereits dieses auszuschneiden gewesen, sodass der Antragsteller für den Zuschlag nicht in Betracht komme. Der Nachprüfungsantrag des Antragstellers sei daher auch wegen Fehlens der Antragslegitimation zurückzuweisen.

Abgesehen davon, dass es dem Antragsteller an jeglichem Rechtsschutzbedürfnis fehle, seien auch die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot nicht widersprüchlich. Während der Verhandlungsrunde am 14.3.2011 sei eine Call Center-Lösung gefunden worden, die auch vom Antragsteller als vorstellbar erachtet worden sei. Diese würde auch den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot entsprechen. Statt des im Erstangebot enthaltenen Call Center-Systems der Firma I*** habe der Antragsteller den Einsatz von G*** für möglich gehalten. Dem Antragsteller sei es daher offen gestanden, das den Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot entsprechende Produkt der Firma J*** anzubieten.

In den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot seien die Anforderungen an das Call Center nur präziser festgelegt worden. Da damit eine Änderung der vom Bieter zu erbringenden Dienstleistungen verbunden gewesen sei, sei diese gemäß Punkt 3.2. der Ausschreibungsunterlagen zur Legung des Letztangebotes gestattet worden.

Die Anforderungen an das Call Center seien den Bietern nicht erstmals mit der Einladung zur Abgabe des Letztangebotes bekanntgegeben worden. Vielmehr sei das Call Center im Rahmen der ersten Verhandlungsrunde vom Bieter vorzustellen und dann zu diskutieren gewesen. Dazu werde auf die Bieteranfragen 35 und 59 zur Legung des Erstangebotes verwiesen. Die während der Verhandlungsrunden

diskutierten und vom Antragsteller zugesagten Lösungen das Call Center betreffend seien in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot nicht neu definiert, sondern nur formalisiert aufgenommen worden. Die Festlegungen und Präzisierungen in der Einladung zum Letztangebot hätten dem Antragsteller ermöglicht, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen. Es sei dem Antragsteller offen gestanden, ein Produkt anzubieten, das in der ersten Verhandlungsrunde von ihm namhaft gemacht worden sei. Eine Verlängerung der Angebotsfrist sei daher nicht in Betracht gezogen worden und auch nicht erforderlich, zumal der Antragsteller ein Letztangebot abgegeben habe.

Mit Schriftsatz vom 21.7.2011 führte der **Antragsteller** aus, dass entgegen der Auffassung des Auftraggebers sehr wohl eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliege. Ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers bestehe, da auch bei Bestandskraft von Ausschreibungsbestimmungen vom Auftraggeber gemäß § 90 Abs. 1 BVergG verpflichtend eine Berichtigung der Ausschreibung vorzunehmen sei. Zwar habe der Antragsteller ein Letztangebot abgegeben, sein Rechtsschutzinteresse bestehe aber nach wie vor. Aufgrund der verfügten Hemmung der Angebotsfrist könne der Antragsteller noch immer ein entsprechend adaptiertes Angebot abgeben.

Der Antragsteller habe im Erstangebot ein Call Center System der Firma I*** angeboten, das auch den Ausschreibungsbestimmungen für das Erstangebot entsprochen habe, da diese keine Anforderungen festgelegt hätten. Das angebotene Call Center System der Firma I*** habe auch den Merkmalen, die vom Auftraggeber rudimentär in der Antwort zur Bieteranfrage 35 festgelegt worden seien, entsprochen. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers seien daher die Anforderungen für das Call Center zum LBO unter Punkt 22.2.6 des Lastenheftes nicht nur präzisiert und formalisiert worden. Vielmehr seien diese neu hinzugekommen. Der Antragsteller müsse daher die Möglichkeit haben, ein den Ausschreibungsanforderungen entsprechendes Letztangebot legen zu können. Das angebotene System der Firma I*** entspreche nicht den neuen Anforderungen des Punktes 22.2.6 des Lastenheftes der Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot.

Entgegen der Angaben des Auftraggebers seien G*** vom Antragsteller nicht angeboten worden, sondern deren Einsatz allenfalls als vorstellbar erklärt worden.

Dazu hätten aber - worauf in der Verhandlungsrunde am 14.3.2011 ausdrücklich hingewiesen worden sei - die Ausbaugrenzen in der Ausschreibung entsprechend adaptiert werden müssen. Die Ausschreibungsunterlagen zum Erstangebot würden nämlich unter Punkt 10 des Lastenheftes einen Mindestausbau von 100 und eine Erweiterbarkeit des Systems auf 1000 ohne Hardwareaustausch von zentralen Komponenten vorsehen. Das J*** System habe aber nur über eine Ausbaugrenze von 400 verfügt. Ungeachtet dessen sei in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot die Ausbaugrenze mit 1000 beibehalten worden, sodass auch das G*** nicht den Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot entspreche. Würde das Call Center-System auf ein G*** oder ein anderes System geändert, könnte das Letztangebot des Antragstellers wegen Ausschreibungswidrigkeit in den Punkten 3.1. und 3.2. der Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot ausgeschieden werden, die einen Systemaustausch untersagen würden. Bei Beibehaltung des Systems der Firma I*** könnte das Letztangebot des Antragstellers wegen Ausschreibungswidrigkeit im Hinblick auf Punkt 22.2.6 des Lastenheftes zum Letztangebot ausgeschieden werden. Eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot sowie eine Verlängerung der Angebotsfrist wären jedenfalls erforderlich.

Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers sei auch das Erstangebot des Antragstellers ausschreibungskonform. Mit dem H*** habe der Antragsteller ein entsprechendes Gateway zur Übertragung des Präsenz im Erstangebot angeboten. Auch aus der Preismatrix gehe hervor, dass die Präsenzanzeige definitiv angeboten worden sei. Diese sei Teil der Ausschreibungsunterlagen und vorrangig gegenüber einer Beilage zum Angebot. Bei dem vom Auftraggeber zitierten Preisblatt handle es sich um eine Beilage zum Erstangebot, die vom Antragsteller informativ beigelegt worden sei. Im Hinblick auf eine Unklarheit iSd § 126 Abs. 1 BVergG zu den Lizenzen sei der Antragsteller der Aufforderung des Auftraggebers zur Aufklärung nachgekommen. Es sei klagestellt worden, dass die mit den H*** verbundene Lizenz "K***" und nicht "L***" heiße. Es sei weder eine Angebotsänderung erfolgt, noch die Wettbewerbsstellung verändert worden.

Mit Schriftsatz vom 28.7.2011 brachte der **Auftraggeber** vor, dass seine Mitteilung, die Ausschreibungsunterlagen nicht zu ändern, nur eine Bestätigung der vorangegangenen Entscheidung sei.

Außerdem könne die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung nicht damit begründet werden, dass eine Vorgängerentscheidung - Einladung zur Legung eines Letztangebotes - rechtswidrig wäre. Erfolge nach einem Berichtigungersuchen keine Berichtigung durch den Auftraggeber und werde in weiterer Folge vom Bieter kein Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung eingebracht, werde die Ausschreibung bestandskräftig und bilde eine unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote. Eine gesondert anfechtbare Entscheidung liege nicht vor. Der Antragsteller habe zudem keine inhaltliche Rechtswidrigkeit der bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen dargelegt, sondern lediglich behauptet, dass ihm die Legung eines ausschreibungskonformen Angebotes nicht möglich sei. Ein M*** erfülle als G*** die Anforderung von 1000 Arbeitsplätzen. Außerdem könnte mehr als ein Cluster von M*** angeboten werden.

Das Preisblatt sei Angebotsbestandteil und erkläre zudem den Angebotsinhalt. Sowohl aus dem Gesamtkonzept des Erstangebotes des Antragstellers als auch aus der Präsentation dieses Angebotes in der Verhandlung am 14.3.2011 ergebe sich, dass vom Antragsteller die Lizenz "L****" angeboten werde. Der Austausch der genannten Lizenz durch die Lizenz "K****" stelle keine Erläuterung dar, sondern sei als Änderung des Erstangebotes zu werten, sodass es dem Antragsteller auch an der Antragslegitimation fehle.

In der **Verhandlung am 29.7.2011** gab der Antragsteller an, dass die am 17.6.2011 abgesendeten Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot vom Auftraggeber ursprünglich eine Woche früher angekündigt worden seien. Hätte sich der Auftraggeber an diesen Termin gehalten, wäre für den Antragsteller urlaubsbedingt kein Kapazitätsproblem entstanden. Nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot seien diese - auch die darin enthaltenen Punkte 3.1 und 3.2 sowie Punkt 22.2.6 des Lastenheftes - durchgesehen worden. Der Arbeitsaufwand sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht abschätzbar gewesen. Es hätten die Unterlagen an Dritte weitergeleitet und entsprechende Informationen eingeholt werden müssen. Die sich ergebenden technischen Fragen hätten nicht überblickt werden können. Der Arbeitsaufwand und die Antwortzeiten wären nicht abschätzbar gewesen.

Dem hielt der Auftraggeber entgegen, dass innerhalb der offenen Frist keine Fragen zu Punkt 22.2.6 des Lastenheftes gestellt und die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten worden seien.

Dazu gab der Antragsteller an, dass zwar Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen spätestens 5 Werktage vor Abgabe des Letztangebotes zu stellen gewesen seien (Punkt 1.3). Antworten zu Rückfragen von Dritten seien aber noch nicht vorhanden gewesen, sodass zu Punkt 22.2.6 des Lastenheftes keine Frage vorgebracht hätten werden können. Es sei auch für den Antragsteller zum damaligen Zeitpunkt nicht erkennbar gewesen, dass das angebotene System von I*** nicht den neuen Anforderungen zum Letztangebot entsprechen würde. Erst am 30.6.2011 sei in Erfahrung gebracht worden, dass dieses angebotene System nicht den Bestimmungen des Lastenheftes zu Punkt 22.2.6 der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot entspreche. In der Folge sei die Anfrage vom 30.6.2011 an den Auftraggeber übermittelt worden.

Der Auftraggeber bestätigte den Erhalt der Anfrage am 30.6.2011, auf die trotz Fristablauf für Anfragen am 27.6.2011 höflichkeitshalber geantwortet worden sei.

Der Antragsteller hielt dem entgegen, dass sein als Antrag formuliertes Schreiben vom 30.6.2011 nicht als Frage zu werten sei. Es sei ein Letztangebot abgegeben worden, das nicht den Anforderungen der Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot hinsichtlich der Punkte 3.1 und 3.2 entspreche, zumal das technische Konzept geändert worden sei. Das Letztangebot könne aber jederzeit geändert werden, da durch die einstweilige Verfügung die Angebotsfrist gehemmt sei. Im Fall der Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung müsste der Auftraggeber die Angebotsfrist verlängern, sodass neuerlich ein Letztangebot gelegt werden könne. Die beantragte dreiwöchige Frist für die Angebotslegung sei ab Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen zu rechnen.

Der Auftraggeber betonte, dass die Angebotsfrist für das Letztangebot bereits am 4.7.2011, 10.00 Uhr, abgelaufen sei. Durch die einstweilige Verfügung am 11.7.2011 käme es zu keiner Hemmung oder Verlängerung der Angebotsfrist. Die beantragte Verlängerung für die Angebotsfrist sei bereits abgelaufen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber ist die Universität Wien. Sie unterliegt gemäß § 6 Z 1 Universitätsgesetz 2002, BGBl I Nr. 120/2002 (UG) idgF dem UG. Die Universität

Wien wurde gemäß § 1 iVm § 3 UG zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Gemäß § 4 leg cit ist die Universität eine juristische Person öffentlichen Rechts und erfüllt damit auch die in § 3 Abs. 1 Z 2 lit b BVergG geforderte Teilrechtsfähigkeit. Da sie gemäß § 12 Abs. 1 UG vom Bund finanziert wird und gemäß § 15 Abs. 6 leg cit ihre Gebarung der Prüfung durch den Rechnungshof unterliegt, ist auch die dritte kumulative Voraussetzung des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG erfüllt. Die Universität Wien ist daher öffentlich Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 22.6.2011, N/0051-BVA/09/2011-EV8).

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG einzustufen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip abgewickelt wird. Es wurde bisher weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Die Angebotsfrist für das Letztangebot endete am 4.7.2011, 10.00 Uhr. Eine Öffnung der eingelangten Angebote erfolgte bislang nicht.

II. zu Spruchpunkt I.

Da der Antragsteller in seinem Nachprüfungsantrag die Mitteilungen des Auftraggebers im E-Mail vom 1.7.2011, das während der Angebotsfrist zur Legung des LBO übermittelt wurde, bekämpft, ist zu klären, ob es sich hierbei um sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist iSv § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG handelt. Solche könnten grundsätzlich vom Antragsteller als gesondert anfechtbare Entscheidungen im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bekämpft werden.

Zur Auslegung des Begriffes "Festlegungen" ist auf den allgemeinen Begriff der "Entscheidung" im Einleitungssatz in § 2 Z 16 lit. a leg cit zurückzugreifen. Danach sind Festlegungen während der Angebotsfrist als nach außen in Erscheinung tretende Akte des Auftraggebers anzusehen. Auch Unterlassungen während der Angebotsfrist sind als Festlegungen anfechtbar, wenn sie als selbstständige Teilakte des Verfahrens mit eigenem Erklärungswert nach außen in Erscheinung treten (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 312 Rz 156).

Bei der vom Antragsteller bekämpften Mitteilung des Auftraggebers im E-Mail vom 1.7.2011 handelt es sich um nach außen in Erscheinung tretende Akte des Auftraggebers. Darin wird auf die Verhandlungsniederschrift vom 14.3.2011 in Folie 30 verwiesen und die Verlängerung der Angebotsfrist für nicht möglich erklärt. In den Ausführungen zu Folie 30 in der genannten Niederschrift wird auf die Vorstellung von Managementtools Bezug genommen und hinsichtlich der Einrichtung des Call Centers eine Parametrierung von nur einem statt von drei Systemen als effizienter und einfacher gewertet. Dazu konnte sich der Antragsteller den Einsatz von G*** für das Call Center vorstellen, wobei die Ausbaugrenzen in der Ausschreibung adaptiert werden müssten.

Vom Standpunkt eines durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung üblicher Sorgfalt aus betrachtet, bringt der Auftraggeber in dieser Mitteilung mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck (vgl. VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233), dass er dem Begehren des Antragstellers vom 30.6.2011 verbunden mit einer Berichtigung der Einladung zum Letztangebot und der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot nicht nachkommen wird. Der Auftraggeber unterlässt die Verlängerung der Angebotsfrist für das Letztangebot. Er unterlässt auch eine Änderung der Ausschreibungsbestimmungen zum Letztangebot in den Punkten 3.1. und 3.2. im Hinblick auf Anforderungen des Punktes 22.2.6 des Lastenheftes, auf die der Antragsteller in seinem Schreiben vom 30.6.2011 ausdrücklich hinwies. Der Antragsteller ist aus diesem Grund nicht in der Lage, sein Call Center Konzept den Anforderungen des Punkt 22.2.6 entsprechend zu ändern. Da es sich bei der Mitteilung des Auftraggebers vom 1.7.2011 auch um einen selbstständigen Teilakt des Verfahrens mit eigenem Erklärungswert handelt, ist vom Vorliegen einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist iSv § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG auszugehen.

Der Antragsteller hat es jedoch verabsäumt, die Einladung zum Letztangebot und die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot innerhalb der in § 321 BVergG vorgesehenen Frist zu bekämpfen, sodass diese unanfechtbar geworden sind (vgl. VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234). Damit ist hinsichtlich der Einladung und der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot Präklusion

eingetreten, die nicht durch die nunmehrige angefochtene Unterlassung der Berichtigung beseitigt werden kann.

Daran ändert auch nichts, dass - wie der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 29.7.2011 vorbrachte - aufgrund der erst am 17.6.2011 erfolgten Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot beim Antragsteller urlaubsbedingt Kapazitätsprobleme entstanden und nach Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot der Arbeitsaufwand nicht abschätzbar gewesen sein sollen, Unterlagen an Dritte weitergeleitet und entsprechende Informationen eingeholt werden hätten müssen. Dies gilt auch für seine Ausführung, dass die sich ergebenden technischen Fragen nicht überblickt hätten werden können, der Arbeitsaufwand und Antwortzeiten nicht abschätzbar gewesen sein sollen und erst am 30.6.2011 in Erfahrung gebracht werden habe können, dass das angebotene System I*** nicht den Bestimmungen des Lastenheftes unter Punkt 22.2.6 entspreche. Es obliegt dem Antragsteller, sich bei urlaubsbedingten Kapazitätsproblemen entsprechend zu organisieren. Außerdem wäre es dem Antragsteller offen gestanden, nach Ablehnung der Verlängerung der Angebotsfrist für das Letztangebot durch den Auftraggeber am 20.6.2011, die Einladung zum Letztangebot hinsichtlich der Angebotsfrist und die Ausschreibungsbestimmungen fristgerecht anzufechten.

Gemäß § 321 Abs. 1 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg binnen 10 Tagen einzubringen. Diese Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung. Gemäß § 321 Abs. 4 leg cit können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen über die in Abs. 1 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt.

Die Einladung und die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot wurden dem Antragsteller mit E-Mail-Mitteilung vom 17.6.2011 übermittelt und der Erhalt durch den Antragsteller am 20.6.2011 bestätigt. Darin war der Abgabetermin für das Letztangebot mit 4.7.2011, 10.00 Uhr, festgesetzt. Da die Angebotsfrist daher nicht mehr als 17 Tage beträgt, wären für den Antragsteller die Ausschreibungsunterlagen

zum Letztangebot innerhalb der in § 321 Abs. 1 BVergG genannten Frist anzufechten gewesen. Die Einladung zum Letztangebot wäre ebenso innerhalb der in § 321 Abs. 1 leg cit genannten Frist anzufechten gewesen. Der Antragsteller hätte daher spätestens bis zum 27.6.2011 einen Nachprüfungsantrag gegen die Einladung und die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot einbringen müssen. Eine solche Anfechtung der Einladung und der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot erfolgte jedoch weder durch den Antragsteller noch durch einen sonstigen Bieter. Damit sind die Einladung und die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot für die Bieter bestandsfest geworden.

Der Antragsteller versucht über den Weg der Bekämpfung der Unterlassung des Auftraggebers, die Einladung und die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot entsprechend seinem Begehren zu ändern, die für ihn bereits abgelaufene Präklusionsfrist für die Bekämpfung der Einladung und der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot auszuheben. Würde dem Antragsteller die Möglichkeit eröffnet, über den Weg einer Anfechtung der Unterlassung einer Berichtigung einer bereits präkludierten Einladung sowie einer präkludierten Ausschreibung zum Letztangebot anzufechten, wäre damit die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen obsolet. Die Nachprüfungsbehörde wäre in diesem Fall nämlich gezwungen, eine für den Antragsteller bereits unanfechtbar gewordene Entscheidung des Auftraggebers (die Einladung und die Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot) zu überprüfen (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234, 7.11.2005, 2003/04/0135). Damit würden für die Bieter bereits bestandsfeste Entscheidungen des Auftraggebers einer - vom Gesetz nicht vorgesehenen - Überprüfung unterzogen.

Darüber hinaus ist gemäß § 90 Abs. 1 BVergG eine Berichtigung nur während der Angebotsfrist zulässig. Nach Ablauf der Angebotsfrist ist eine Berichtigung unzulässig, da die Bieter mit dem Ablauf der Angebotsfrist an ihre Angebote gebunden sind und zu diesem Zeitpunkt auf eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen nicht mehr reagieren können (vgl. VwGH 29.6.2005, 2002/04/0180). Im gegenständlichen Vergabeverfahren ist die in den präkludierten Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot festgesetzte Angebotsfrist zur Legung der Letztangebote mit 4.7.2011, 10.00 Uhr, abgelaufen. Weitere Verhandlungen mit

den Bietern sind nicht vorgesehen. Darauf wurde auch in den Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot unter Punkt 3.1. (Grundsätzliches zum Ablauf des Vergabeverfahrens) hingewiesen, wonach nach Abschluss der Verhandlungen die Aufforderung zur Legung eines Letztangebotes erfolgt. Sämtliche Bieter, darunter auch der Antragsteller, haben Letztangebote gelegt. Mit Ablauf der Angebotsfrist sind die Bieter an ihre Letztangebote gebunden. Die vom Antragsteller geforderte Berichtigung der präkludierten Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot und die geforderte Verlängerung der präkludierten Angebotsfrist, kämen daher auch unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr in Betracht.

Wenn der Antragsteller vorbringt, dass mit der einstweiligen Verfügung vom 11.7.2011 der Fortlauf der Angebotsfrist für das LBO gehemmt worden sei und daher sein gelegtes Letztangebot von ihm noch entsprechend adaptiert werden könnte, ist ihm entgegenzuhalten, dass der am 4.7.2011 unverzüglich erfolgten Verständigung des Auftraggebers über das Einlangen des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der u.a. die Untersagung der Öffnung der Angebote begehrt wurde, gemäß § 328 Abs. 5 BVergG nur hinsichtlich der Öffnung der Angebote aufschiebende Wirkung zukommt. Die Angebotsfrist war daher am 4.7.2011, 10.00 Uhr, bereits abgelaufen, sodass eine Hemmung des Fortlaufes der Angebotsfrist für das LBO nicht mehr in Betracht kam.

II. zu Spruchpunkt II.

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor den Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 3.7.2011 abgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs. 1 BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen.

Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 11.7.2011, N/0060-BVA/04/2011-EV7, teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag vom 3.7.2011 wurde jedoch unter Spruchpunkt I abgewiesen.

Wien, am 5. August 2011
Die Vorsitzende des Senates 4

Dr. Margit Möslinger-Gehmayr