

TE Verg Bescheid 2013/1/22 N/0114-BVA/07/2012-24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.01.2013

Norm

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §319

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Angelika Schätz als Mitglied der Auftraggeberseite und DI. Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Vetphone Unified Communication Infrastruktur für die Veterinärmedizinische Universität Wien" des Auftraggebers Veterinärmedizinische Universität Wien, Veterinärplatz 1, 1210 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3.12.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Angelika Schätz als Mitglied der Auftraggeberseite und DI. Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Vetphone Unified Communication Infrastruktur für die Veterinärmedizinische Universität Wien" des Auftraggebers Veterinärmedizinische Universität Wien, Veterinärplatz 1, 1210 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3.12.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das BVA möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Vergabeverfahren vetphone (Aktenzahl: 266/2012) die Entscheidung der Veterinärmedizinischen Universität Wien vom 21.11.2012 über das Ausscheiden des Angebotes der A*** für nichtig erklären", wird abgewiesen. Der Antrag, "das BVA möge nach

Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Vergabeverfahren vetphone (Aktenzahl: 266 aus 2012,) die Entscheidung der Veterinärmedizinischen Universität Wien vom 21.11.2012 über das Ausscheiden des Angebotes der A*** für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, das BVA möge "der Veterinärmedizinischen Universität Wien den Ersatz der Pauschalgebühren auferlegen", wird abgewiesen.

Begründung

Mit EU-weiter Bekanntmachung, versendet am 7.5.2012, Zahl 2012/S 89-146271, schrieb der Auftraggeber den gegenständlichen Lieferauftrag in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich aus.

Mit Schreiben vom 21.11.2012 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot auszuschneiden sei:

"(...)

Nach Prüfung Ihres Angebots, Ihrer Angaben in der Verhandlung am 18.9.2012 und Ihrer Nachreichung vom 2.10. und 10.10.2012 sowie nach deren Überprüfung unter anderem im Rahmen eines Referenzbesuchs an der XXX am 19.10.2012 sind wir zu dem Ergebnis gelangt, dass ihr Angebot auszuschneiden ist: Nach Prüfung Ihres Angebots, Ihrer Angaben in der Verhandlung am 18.9.2012 und Ihrer Nachreichung vom 2.10. und 10.10.2012 sowie nach deren Überprüfung unter anderem im Rahmen eines Referenzbesuchs an der römisch 30 am 19.10.2012 sind wir zu dem Ergebnis gelangt, dass ihr Angebot auszuschneiden ist:

Gemäß den Ausschreibungsbedingungen (vgl. Lastenheft, Punkt 2, Seite 10/69) mussten die Mindestanforderungen jedenfalls im 1. Angebot erfüllt werden. Folgende Mindestanforderungen sind jedoch bei Ihrem 1. Angebot - teilweise trotz anderslautender Angaben in der Verhandlungsrunde bzw. in den Nachreichungen - nicht erfüllt: Gemäß den Ausschreibungsbedingungen vergleiche Lastenheft, Punkt 2, Seite 10/69) mussten die Mindestanforderungen jedenfalls im 1. Angebot erfüllt werden. Folgende Mindestanforderungen sind jedoch bei Ihrem 1. Angebot - teilweise trotz anderslautender Angaben in der Verhandlungsrunde bzw. in den Nachreichungen - nicht erfüllt:

- -Strichaufzählung
End-to-End-Verschlüsselung mit dem angebotenen Produkt XXX (Lastenheft Punkt 3.6) End-to-End-Verschlüsselung mit dem angebotenen Produkt römisch 30 (Lastenheft Punkt 3.6)
- -Strichaufzählung
Verhinderung des Ausloggens des letzten Notdienstmitarbeiters aus dem Callcenter (Lastenheft Punkt 2.7.2)
- -Strichaufzählung
Implementierung eines Plug In für Outlook Clients für die direkte Wahl aus Outlook Telefonbüchern und Kontakten (Lastenheft 2.10) Wegen dieser Mängel ist Ihr 1. Angebot nicht ausschreibungskonform. Das ausschreibungswidrige Angebot kann auch durch Ihre die Ausschreibungskonformität bestätigenden nachträglichen Erklärungen nicht geheilt werden, zumal sich diese nicht verifizieren ließen. Darüber hinaus sind Ihr Angebot und die nachträglichen Erklärungen teilweise widersprüchlich, sodass auch kein eindeutiges Angebot vorliegt. Diese Mängel sind nicht behebbar, weshalb Ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden ist. Implementierung eines Plug In für Outlook Clients für die direkte Wahl aus Outlook Telefonbüchern und Kontakten (Lastenheft 2.10) Wegen dieser Mängel ist Ihr 1. Angebot nicht ausschreibungskonform. Das ausschreibungswidrige Angebot kann auch durch Ihre die Ausschreibungskonformität bestätigenden nachträglichen Erklärungen nicht geheilt werden, zumal sich diese nicht verifizieren ließen. Darüber hinaus sind Ihr Angebot und die nachträglichen Erklärungen teilweise widersprüchlich, sodass auch kein eindeutiges Angebot vorliegt. Diese Mängel sind nicht behebbar, weshalb Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden ist.

Darüber hinaus wurde Ihre Nachreichung vom 2.10.2012 nach Ablauf der hierfür gesetzten und sogar verlängerten Frist eingereicht. Diese Nachreichung langte daher nicht fristgerecht ein, entbehrte einer nachvollziehbaren Aufklärung und warf ganz im Gegenteil weitere Fragen auf. Ihr Angebot ist daher zur Wahrung der Bietergleichbehandlung auch gemäß § 129 Abs. 2 BVergG auszuschneiden. (...) "Darüber hinaus wurde Ihre Nachreichung vom 2.10.2012 nach Ablauf der hierfür gesetzten und sogar verlängerten Frist eingereicht. Diese Nachreichung langte daher nicht fristgerecht ein,

entbehrte einer nachvollziehbaren Aufklärung und warf ganz im Gegenteil weitere Fragen auf. Ihr Angebot ist daher zur Wahrung der Bietergleichbehandlung auch gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG auszuschneiden. (...)"

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin bringt in ihren Schriftsätzen vom 3.12.2012, 20.12.2012 und 9.1.2013 vor, dass sie fristgerecht ihr Erstangebot abgegeben habe. Am 18.9.2012 habe hierzu ein Hearing stattgefunden. Zur Vorbereitung des Hearings habe der Auftraggeber am 13.9.2012 eine Fragenliste geschickt, am 14.9.2012 habe die Antragstellerin dem Auftraggeber vorab ihre Angebotspräsentation übermittelt. Im Hearing vom 18.9.2012 habe der Auftraggeber mehrere Nachreichungen bzw. Stellungnahmen eingefordert, welche bis 26.9.2012 beim Auftraggeber einzureichen gewesen wären. Diese Frist sei in weiterer Folge auf 2.10.2012 erstreckt worden. Die Antragstellerin habe ihre Nachreichung per E-Mail in 5 Teilen übermittelt, wobei Teil 1 am 2.10.2012 um 23:46 Uhr, die Teile 2 bis 5 hingegen erst kurz nach Ende der Frist am 3.10.2012 früh morgens übermittelt worden seien. Mit E-Mail vom 8.10.2012 habe der Auftraggeber weitere Fragen zum Angebot bzw. zu den Stellungnahmen vom 2./3.10.2012 an die Antragstellerin gerichtet, die diese am 10.10.2012 fristgerecht beantwortet habe.

Die Ausscheidensentscheidung sei rechtswidrig, da das Erstangebot der Antragstellerin - entgegen der Ansicht des Auftraggebers - sämtliche Vorgaben der Ausschreibung erfülle. Dies habe die Antragstellerin sowohl mit ihrem Erstangebot als auch mit den späteren Erklärungen bestätigt. Der behauptete Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG liege somit nicht vor. Die Ausscheidensentscheidung sei rechtswidrig, da das Erstangebot der Antragstellerin - entgegen der Ansicht des Auftraggebers - sämtliche Vorgaben der Ausschreibung erfülle. Dies habe die Antragstellerin sowohl mit ihrem Erstangebot als auch mit den späteren Erklärungen bestätigt. Der behauptete Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG liege somit nicht vor.

Mit dem vor Fristende versandten Teil 1 sei zu sämtlichen Fragen des Auftraggebers Stellung genommen worden, mit den danach am 3.10.2012 übermittelten Teilen 2 bis 5 sei lediglich dem (nicht in den Ausschreibungsunterlagen, sondern erst im Hearing vom 18.9.2012 geäußerten) Wunsch des Auftraggebers nachgekommen worden, eine Umgestaltung dahingehend vorzunehmen, dass (1) die zuvor mit dem Erstangebot separat abgegebenen Datenblätter in ein eigenes Dokument ("Appendix") zusammenzufügen seien und

(2) dabei in dieses Dokument von den Datenblättern (iS einer Teilmenge) lediglich die fixen, nicht jedoch die optionalen Produktmerkmale einfließen sollten. In den ebenfalls mit übermittelten überarbeiteten Konzepten seien lediglich die Verweise auf den Appendix bzw. die Produkte neu gestaltet, jedoch keine inhaltlichen Änderungen gegenüber dem Erstangebot vorgenommen worden. Diese für den Auftraggeber (zT geringfügig zu spät) erfüllte "Fleißaufgabe" könne keinen Ausscheidungsgrund gemäß § 129 Abs. 2 BVergG darstellen. Nach der Rechtsprechung des VwGH berechtige eine Fristversäumung alleine den Auftraggeber noch nicht zum Ausscheiden des Angebotes nach § 129 Abs. 2 BVergG, vielmehr sei dann, wenn die verlangte Aufklärung nachträglich erteilt wurde und das Angebot damit noch vor einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers einer Bewertung zugänglich ist, eine Berücksichtigung des Angebotes vorzunehmen. Darüber hinaus seien in der Niederschrift vom 18.9.2012 keine Mängelbehebung, sondern lediglich Nachreichungen verlangt worden und auch keine Ausscheidenssanktion im Falle der Fristversäumung angedroht worden. Aufgrund der kurz nach Fristende erfolgten Nachreichung könne auch keine Bieterungleichbehandlung vorliegen. (2) dabei in dieses Dokument von den Datenblättern (iS einer Teilmenge) lediglich die fixen, nicht jedoch die optionalen Produktmerkmale einfließen sollten. In den ebenfalls mit übermittelten überarbeiteten Konzepten seien lediglich die Verweise auf den Appendix bzw. die Produkte neu gestaltet, jedoch keine inhaltlichen Änderungen gegenüber dem Erstangebot vorgenommen worden. Diese für den Auftraggeber (zT geringfügig zu spät) erfüllte "Fleißaufgabe" könne keinen Ausscheidungsgrund gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG darstellen. Nach der Rechtsprechung des VwGH berechtige eine Fristversäumung alleine den Auftraggeber noch nicht zum Ausscheiden des Angebotes nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG, vielmehr sei dann, wenn die verlangte Aufklärung nachträglich erteilt wurde und das Angebot damit noch vor einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers einer Bewertung zugänglich ist, eine Berücksichtigung des Angebotes vorzunehmen. Darüber hinaus seien in der Niederschrift vom 18.9.2012 keine Mängelbehebung, sondern lediglich Nachreichungen verlangt worden und auch keine Ausscheidenssanktion im Falle der Fristversäumung angedroht worden. Aufgrund der kurz nach Fristende erfolgten Nachreichung könne auch keine Bieterungleichbehandlung vorliegen.

Durch die fristgerechte Angebotslegung habe die Antragstellerin, ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugtes Unternehmen, das in diesem Bereich seit Jahren gewerblich tätig sei, ihr Interesse am Vertragsabschluss

dokumentiert. Infolge der rechtswidrigen Vorgangsweise des Auftraggebers drohe der Antragstellerin der Verlust einer Chance auf Zuschlagserteilung und somit der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes. Darüber hinaus entstünde der Antragstellerin jedenfalls ein finanzieller Schaden in Höhe des Deckungsbeitrags sowie in Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem § 19 BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens, so vor allem in ihrem Recht auf gesetz-, ausschreibungs- und vergabekonforme Prüfung ihres Angebotes und auf Nichtausscheidung ihres ausschreibungskonformen Angebotes verletzt. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem Paragraph 19, BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens, so vor allem in ihrem Recht auf gesetz-, ausschreibungs- und vergabekonforme Prüfung ihres Angebotes und auf Nichtausscheidung ihres ausschreibungskonformen Angebotes verletzt.

Mit Schriftsatz vom 7.12.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Der Auftragswert des gegenständlichen Lieferauftrages sei im Oberschwellenbereich gelegen. Die Angebote seien einer Prüfung unterzogen und -soweit erforderlich - Aufklärungen durchgeführt worden. Es sei weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

In einem weiteren Schriftsatz vom 12.12.2012 brachte der Auftraggeber - soweit entscheidungsrelevant - Folgendes vor:

Gemäß Pkt. 2.10 des Lastenhefts sei für Outlook-Clients ein Plug-In zu implementieren, das die direkte Wahl aus Outlook-Telefonbüchern und Outlook-Kontakten ermögliche. Pkt. 2.10 enthalte keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Version von Microsoft Outlook; die Version solle für die Erfüllung der Funktion unerheblich sein. Auf die diesbezügliche Frage im Hearing habe die Antragstellerin im Schreiben vom 2.10.2012 geantwortet, dass die geforderte Funktion für Outlook 64 bit nicht verfügbar sei. Damit habe die Antragstellerin aber zugestanden, dass sie in ihrem Angebot diesbezüglich eine Einschränkung vorgenommen habe, für die es in der Ausschreibung keine Grundlage gebe. Damit habe die Antragstellerin den Leistungsumfang eigenmächtig eingeschränkt. Ihr Erstante sei somit nicht ausschreibungskonform.

Der Auftraggeber habe in seinem Schreiben vom 8.10.2012 ausdrücklich festgehalten, dass "die nachgereichten Unterlagen wieder eine Menge von grundsätzlichen Fragen aufwerfen". 14 weitere Fragen habe der Auftraggeber stellen müssen, die die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 10.10.2012 wieder nicht ausreichend beantwortet habe und dies obwohl der Auftraggeber im Hearing und ausdrücklich im Schreiben vom 8.10.2012 darauf hingewiesen habe, dass das Angebot in einigen Punkten nicht ausschreibungskonform sei. Das Ausscheiden des Angebots könne der Auftraggeber daher nicht nur auf § 129 Abs. 1 BVergG, sondern auch auf § 129 Abs. 2 leg. cit. stützen. In seinem Schriftsatz vom 4.1.2013 brachte der Auftraggeber einen weiteren Ausscheidensgrund vor: Die von der Antragstellerin angebotene Schulung von lediglich 20 Mitarbeitern des Auftraggebers, die dann nach dem "Schneeballsystem" die übrigen User schulen sollten, widerspreche den Ausschreibungsanforderungen, wonach für alle Mitarbeiter des Auftraggebers eine Grundschulung sämtlicher eingesetzter Lösungen und Produkte mit dem Schwerpunkt "Bedienung" durchzuführen und im Zuge der Inbetriebnahme zusätzlich eine Einweisung durchzuführen sei. Der Auftraggeber habe in seinem Schreiben vom 8.10.2012 ausdrücklich festgehalten, dass "die nachgereichten Unterlagen wieder eine Menge von grundsätzlichen Fragen aufwerfen". 14 weitere Fragen habe der Auftraggeber stellen müssen, die die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 10.10.2012 wieder nicht ausreichend beantwortet habe und dies obwohl der Auftraggeber im Hearing und ausdrücklich im Schreiben vom 8.10.2012 darauf hingewiesen habe, dass das Angebot in einigen Punkten nicht ausschreibungskonform sei. Das Ausscheiden des Angebots könne der Auftraggeber daher nicht nur auf Paragraph 129, Absatz eins, BVergG, sondern auch auf Paragraph 129, Absatz 2, leg. cit. stützen. In seinem Schriftsatz vom 4.1.2013 brachte der Auftraggeber einen weiteren Ausscheidensgrund vor: Die von der Antragstellerin angebotene Schulung von lediglich 20 Mitarbeitern des Auftraggebers, die dann nach dem "Schneeballsystem" die übrigen User schulen sollten, widerspreche den Ausschreibungsanforderungen, wonach für alle Mitarbeiter des Auftraggebers eine Grundschulung sämtlicher eingesetzter Lösungen und Produkte mit dem Schwerpunkt "Bedienung" durchzuführen und im Zuge der Inbetriebnahme zusätzlich eine Einweisung durchzuführen sei.

Dieser nachträglich eingewandte Ausscheidensgrund wurde der Antragstellerin am 4.1.2013 im Rahmen des Parteiengehörs durch das Bundesvergabeamt bekanntgegeben.

Mit Bescheid vom 11.12.2012, GZ N/0114-BVA/07/2012-EV7, wurde der begehrten einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben.

Am 11.1.2013 sowie am 18.1.2013 fand die mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Der Auftraggeber gab darin an, dass für die Endanwenderschulung rd. 1.600 Mitarbeiter der VetMed Universität Wien zu schulen seien (gemäß Pkt. 2.2.2 der Beilage 2 zur Einladung zur Erstellung des ersten Angebots).

Die Antragstellerin führte aus, dass sie die Endanwenderschulung als Intensivschulung für 20 Mitarbeiter der VetMed Universität Wien angeboten habe. Diese 20 Mitarbeiter sollten im Schneeballsystem die übrigen Mitarbeiter der VetMed Universität Wien unterrichten. Zusätzlich seien Kurzvideos angeboten worden. Diese seien detaillierte Schulungsvideos, bezogen auf die einzelnen Produktgruppen. Diese Schulungsvideos seien nicht als Ersatz für die Intensivschulung gedacht, sondern würden der Unterstützung des Train-the-Trainer Konzepts oder als Grundschulung dienen. Es handle sich hierbei um ein Schulungsvideo, jedoch nicht um ein Lernprogramm. Eine Endanwenderschulung für 1.600 Mitarbeiter im Sinne einer Präsenzs Schulung wäre weder branchenüblich noch zweckdienlich, darüber hinaus wären die Kosten dafür immens. Die von der Ausschreibung geforderte Online-Schulung (Lernprogramm) sei auf derselben Website weiter unten ("Web-basierte Schulung") enthalten. Die Antragstellerin bestätigte, dass sie keine Endanwenderschulung als Präsenzs Schulung für sämtliche Mitarbeiter der VetMed Universität Wien angeboten habe; dies sei aber auch nicht gefordert.

Der Auftraggeber erwiderte, dass nach Pkt. 2.2.2 der Beilage 2 die Schulung aller Mitarbeiter "durchzuführen" sei. Die Schulung sei daher nicht bloß vorzubereiten. Auch seien nicht nur einzelne Personen dahingehend auszubilden, dass diese die übrigen Mitarbeiter schulen würden. Aus Pkt. 2.2.2 ergebe sich ebenso, dass es sich um eine Präsenzs Schulung handeln müsse, da es sonst keinen Sinn ergäbe, dass vom Auftraggeber Schulungsräume bereitgestellt würden. Ebenso wäre es auch gegenüber den Bietern mit ausschreibungskonformen Angeboten gerade auf Grund der von der Antragstellerin aufgezeigten Kostenersparnis eine unzulässige Bieterungleichbehandlung, wenn der Auftraggeber der Antragstellerin die Möglichkeit der Schulung im Schneeballprinzip einräumen würde.

Die Antragstellerin ersuchte den Auftraggeber um Auskunft, ob Angebote anderer Bieter, die ein Train-the-Trainer Konzept angeboten hätten und somit nicht sämtliche Mitarbeiter im Wege einer Präsenzs Schulung unterrichten würden, ausgeschieden worden seien bzw. ausgeschieden würden. Die Antragstellerin vermeine, dass der Auftraggeber eine diskriminierende Auslegung der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der Antragstellerin durchführe und verwies auf den Vergabeakt. Aus dem Wort "gegebenenfalls" könne nicht geschlossen werden, dass jedenfalls eine Präsenzs Schulung vorzunehmen sei.

Der Auftraggeber verwies auf seine Geheimhaltungspflichten im laufenden Verfahren.

Die Antragstellerin führte weiters aus, dass sie Komponenten (AAA*** und BBB***) zur Installation am Anwender-PC angeboten habe, die Outlook 32bit unterstützen würden. Outlook gebe es sowohl als 32bit Version als auch als 64bit Version. Dies sei branchenbekannt. Eine Outlook 32bit Version laufe sowohl auf einem Windows 7 32bit als auch auf einem Windows 7 64bit Betriebssystem, Outlook 64bit hingegen nur auf einem Windows 7 64bit Betriebssystem. Dies sei nach den Angaben der Antragstellerin ebenfalls branchenbekannt.

Die Antragstellerin bestätigte, dass ihr Angebot zwar ein Plug In für Outlook 32bit vorsehe, jedoch nicht für Outlook 64bit. Ein Plug In für AAA*** stehe auf der Roadmap für das 1. Quartal 2013, ein Plug In für BBB*** nun auf der Roadmap voraussichtlich 3. Quartal 2013. Wenn ein Outlook 64bit User derzeit die direkte Wahl aus Outlook Telefonbüchern und Kontakten tätigen wolle, so benötige er einen Hotkey. Dies sei eine Tastenkombination, jedoch nicht ein Plug In bzw. Wahlbutton.

Die Antragstellerin brachte vor, dass bei den zu unterstützenden Betriebssystemen der Auftraggeber diese einzeln aufgezählt habe, in Pkt. 3.1.5 eine solche Aufzählung bei Windows Office bzw. Windows Outlook jedoch fehle.

Der Auftraggeber erwiderte, dass nach dem Angebot der Antragstellerin gerade die modernste Outlook-Version das geforderte Plug In (Wahlbutton) nicht aufweise, was bei einem Projekt, das der Modernisierung der Telefonie und des Netzwerks des Auftraggebers dienen solle, geradezu widersinnig sei.

Die Antragstellerin entgegnete, dass etwa bei einer Bauausschreibung, die der Modernisierung eines Gebäudes diene,

daraus nicht zwingend geschlossen werden könnte, dass die modernsten Baustoffe verwendet werden müssten, sondern dass der Auftraggeber zu definieren habe, welche Baustoffe zu verwenden seien.

Der Auftraggeber wandte ein, dass es sich gegenständlich nicht um einen Bauauftrag handle. Aus den Anforderungen des Lastenhefts gehe aber klar hervor, dass beim Auftraggeber das modernste Betriebssystem verwendet werde und daher auch gewünscht sei. Das gehe insbesondere aus Pkt. 3.1.4 und Pkt. 3.1.5 des Lastenhefts hervor.

Die Antragstellerin erwiderte, dass der Auftraggeber die Begriffe Betriebssystem und Anwendungssoftware vermenge. Definiert seien lediglich Betriebssysteme.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Veterinärmedizinische Universität Wien. Diese fällt gemäß § 6 Z 12 Universitätsgesetz 2002 (UG) in den Geltungsbereich des UG. Da gemäß § 4 UG die Universitäten juristische Personen öffentlichen Rechts sind, die gemäß § 3 UG Aufgaben im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art erfüllen, gemäß § 9 UG der Aufsicht des Bundes unterliegen und gemäß § 12 UG vom Bund finanziert werden, ist die Veterinärmedizinische Universität Wien daher öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Veterinärmedizinische Universität Wien. Diese fällt gemäß Paragraph 6, Ziffer 12, Universitätsgesetz 2002 (UG) in den Geltungsbereich des UG. Da gemäß Paragraph 4, UG die Universitäten juristische Personen öffentlichen Rechts sind, die gemäß Paragraph 3, UG Aufgaben im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art erfüllen, gemäß Paragraph 9, UG der Aufsicht des Bundes unterliegen und gemäß Paragraph 12, UG vom Bund finanziert werden, ist die Veterinärmedizinische Universität Wien daher öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Angefochten wurde die Ausscheidensentscheidung. Diese ist gemäß § 2 Z 16 lit a sublit. dd BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Angefochten wurde die Ausscheidensentscheidung. Diese ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Der Nachprüfungsantrag wurde am 3.12.2012 der Post zur Beförderung übergeben (§ 33 Abs. 3 AVG), sodass dieser Antrag rechtzeitig ist. Er erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG. Der Nachprüfungsantrag wurde am 3.12.2012 der Post zur Beförderung übergeben (Paragraph 33, Absatz 3, AVG), sodass dieser Antrag rechtzeitig ist. Er erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages
römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass allein die Behauptung der Antragstellerin, ihr Angebot sei ausschreibungskonform, den Auftraggeber nicht von seiner inhaltlichen Prüfpflicht entbindet.

Pkt 2.4.8, Anforderungen, der bestandfesten Einladung zur Erstellung des ersten Angebots vetphone Unified Communication Infrastruktur für die Veterinärmedizinische Universität Wien lautet:

"Mindestanforderungen der Ausschreibung sind erkennbar an den Formulierungen 'ist zu' 'muss' und 'hat zu' (im Gegensatz etwa zu 'soll' oder 'optional'). Bei Angaben ohne obige Formulierung handelt es sich um Mindestanforderungen, sofern nicht in den Ausschreibungsunterlagen anderes angegeben ist. Die Nichterfüllung von Mindestanforderungen, Mindestanzahl etc. führt zur Nichtberücksichtigung des Angebots."

Pkt. 3, Grundsätzliches zum Ablauf des Vergabeverfahrens, der obgenannten Einladung hält weiters fest:

"(...) Im Angebotsverfahren werden die Bieter aufgefordert, ihr erstes Angebot vollständig und ausschreibungskonform abzugeben. Der Auftraggeber wird die Verhandlungen (Hearings) mit den Bietern insbesondere bezüglich (...) durchführen. (...) Stellt sich in den Verhandlungen bzw. bei den Tests heraus, dass das angebotene Konzept bzw.

System den Mindestanforderungen der Ausschreibung nicht entspricht, wird das Angebot ausgeschieden. (...)"

Daraus folgt jedoch, dass sich allein aus der Tatsache, dass eine erste Verhandlungsrunde mit der Antragstellerin durchgeführt wurde, keinesfalls zwingend ergibt, dass diese jedenfalls ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat, wie die Antragstellerin vermeint.

Gemäß Pkt. 2.4.6 der eingangs genannten Einladung zur Erstellung des ersten Angebots sind Teil-, Abänderungs- und Alternativangebote nicht zulässig.

Im ebenfalls bestandfest gewordenen Lastenheft, Pkt 2, "Detailliertes Anforderungsprofil an die Funktionalität", ist Folgendes festgehalten:

"Das 'Anforderungsprofil an die Funktionalität' beschreibt Funktionen und Abläufe und stellt diese auch in Abbildungen dar. Die geforderten Funktionalitäten inkl. den Abläufen und Funktionen in Abbildungen sind 'Mindestanforderungen'.

Hat der Bieter vor, in seinen Konzepten Verbesserungsvorschläge einzubringen, die eine Abweichung zu den Mindestanforderungen bedeuten, so dürfen diese nur neben dem Angebot aufgezeigt werden. Die Mindestanforderungen sind jedenfalls im 1. Angebot zu erfüllen."

1.1. Endanwenderschulungen

In der Beilage 2, "Service Level Agreement, Installation", welche der Einladung zur Erstellung des ersten Angebotes angeschlossen war, ist bestandfest Folgendes geregelt:

"2.2 Ausbildung/Schulung

2.2.1 Schulung der Operatoren des Auftraggebers für den 1st Level Support des Auftraggebers

(...)

2.2.2 Endanwenderschulung

Grundsätzlich ist vor der Inbetriebnahme jedes Projektabschnitts für alle Veterinärmedizinischen Universität Wien Mitarbeiter eine Grundschulung sämtlicher eingesetzter Lösungen und Produkte mit dem Schwerpunkt 'Bedienung' durchzuführen. Im Zuge der Inbetriebnahme ist zusätzlich eine Einweisung durchzuführen.

Zusätzlich ist eine Online-Schulung (Lernprogramm für die Bedienung von Endgeräten, Softclients, Applikationen etc.) für das Intranet der Veterinärmedizinischen Universität Wien zur Verfügung zu stellen, welche über einen Standard Webbrowser abgerufen werden kann. Schulungsunterlagen sind grundsätzlich in Deutsch und Englisch zu verfassen. Geeignete Schulungsräume können ggf. vom Auftraggeber bereitgestellt werden. Auch in diesem Fall muss der Anbieter das zur Durchführung der Schulung erforderliche technische Equipment bereitstellen. Die Schulungen sind ausschließlich auf das zu installierende Equipment abzustimmen.

(...)

2.2.3 Schulung des Vermittlungspersonals

(...)"

Die Antragstellerin hat hierzu laut Beilage 9, Betriebsführungskonzept, zu ihrem 1. Angebot Folgendes angeboten:

"2 Schulungskonzept

Um die speziellen Schulungsanforderungen für VETMEDUNI VIENNA abdecken zu können, wird im Folgenden ein individuell abgestimmtes Schulungskonzept, welches im Angebot enthalten ist, erläutert.

Das Angebot ist in zwei Bereiche gegliedert:

- -Strichaufzählung
Bereich 1: Operations-Personals/Level 1
- -Strichaufzählung
Bereich 2: UserTrainer

2.1 Bereich 1: Operations-Personals/Level 1

(...)

2.2 Bereich 2: UserTrainer

in diesen Bereichen werden spezielle Trainings für Sales UserTrainer der VETMEDUNI VIENNA aufgelistet. Diese Schulungen ermöglichen den Mitarbeitern von VETMEDUNI VIENNA einen raschen Überblick der neuen Kommunikationsmöglichkeiten und ein besseres Knowhow.

2.2.1 Train the UserTrainer für VETMEDUNI VIENNA

Diese Schulung wird durch einen Trainer/eine Trainerin durchgeführt, bei welcher die auszubildenden 20 Trainer der VETMEDUNI VIENNA praxisnah mit den Themen OpenStage, Voice-/Fax-Mail, UC, Attendant vertraut gemacht werden. In einer 4 stündigen Session werden unter anderen folgende Themen behandelt:

- -Strichaufzählung
Theoretische und praktische Einführung in das Grundprinzip der Apparatennutzung
- -Strichaufzählung
Voice-/Fax-Mail
- -Strichaufzählung
Attendant
- -Strichaufzählung
Telefonieren mit Unified Communications

Nachdem die Trainer intensiv geschult wurden, sind diese in der Lage weitere User/Kunden der VETMEDUNI VIENNA nach dem Schneeballprinzip zu unterrichten.

Des Weiteren stehen den Usern Kurzvideos, sogenannte 'How to's' unter <http://XXX> kostenfrei zur Verfügung.

Die erforderlichen Handouts der Workpoints können unter <http://www.XXX> zweisprachig (in Deutsch und Englisch) herunter geladen werden. Die Schulungsdurchführung erfolgt direkt am VETMEDUNI VIENNA Hauptstandort.

1. 1.Ziffer eins

Arbeitstag:

Gruppe 1 (5 Mitarbeiter) - Session am Vormittag

Gruppe 2 (5 Mitarbeiter) - Session am Nachmittag

1. 2.Ziffer 2

Arbeitstag:

Gruppe 3 (5 Mitarbeiter) - Session am Vormittag

Gruppe 4 (5 Mitarbeiter) - Session am Nachmittag

Konzipiertes Schulungsvolumen für VETMEDUNI VIENNA: 2x 8 Stunden (2 Arbeitstage - im Angebot enthalten)

Die erforderlichen Räumlichkeiten bzw. das erforderliche Schulungsequipment (z.B. Kommunikationssystem, Workpoint, Beamer, Flipchart) werden ebenfalls von VETMEDUNI VIENNA zur Verfügung gestellt.

Falls weiteres Schulungsvolumen benötigt wird so kann dieses zusätzlich bestellt werden.

2.2.2 Vermittlungsplatztraining OpenScape Concierge

(...)"

Die Antragstellerin führte zu dem vom Auftraggeber nachträglich ins Treffen geführten Ausscheidensgrund, wonach das Angebot der Antragstellerin auch deshalb auszuscheiden sei, weil das angebotene Schulungskonzept die Schulung von nur 20 Mitarbeitern des Auftraggebers, die dann im Schneeballsystem die übrigen User unterrichten sollten, vorsehe und somit im Widerspruch zu den Ausschreibungsanforderungen stehe, in ihrem Schriftsatz vom 9.1.2013 Folgendes aus:

Der Auftraggeber habe in der Ausschreibung nicht festgelegt, dass die Schulung eine Präsenzs Schulung sein müsse. Ausbildungen bzw. Lerninhalte müssten heutzutage nicht über Präsenzs Schulungen, sondern könnten genauso auch im Selbst- bzw. Fernstudium erworben werden, wobei die Kommunikation dies falls online oder per E-Mail erfolgen könne. Der Begriff "Schulung" umfasse im Allgemeinen daher nicht nur den Begriff der Präsenzs Schulung, bei der die Anwender in Anwesenheit des Trainers geschult würden, sondern insbesondere auch computerbasierte Schulungen,

web-basierte Schulungen, online-Schulungen über virtuelle Klassenräume sowie die Vermittlung von Lehrinhalten mittels unternehmenseigener TV-Programme. Pkt. 2.2.2 der Beilage 2 lege kein Verbot der Schulung im Selbststudium mit schriftlichen/elektronischen Unterlagen fest, sondern verwende selbst auch den Begriff "online-Schulung" für ein Lernprogramm, bei dem keine Trainer anwesend seien. Dass eine Präsenzschulung nicht zwingend erforderlich sei, ergebe sich auch daraus, dass geeignete Schulungsräume "gegebenenfalls" vom Auftraggeber bereitgestellt werden können. Wenn aber der Begriff Schulung auch ein derartiges Selbst- bzw. Fernstudium umfasse, müsse genauso das von der Antragstellerin vorgeschlagene Konzept zulässig sein, das aus einem ganzen Mix an Maßnahmen (Train-the-Trainer-Konzept, Schulungsvideos, Lernprogramme, schriftliche Schulungsunterlagen etc.) bestehe. Im Hearing vom 18.9.2012 habe die Antragstellerin zu Frage 6 geantwortet: "Alle geforderten Schulungen lt. Ausschreibung sind im Angebot des Bieters enthalten. Dies betrifft auch die Endanwender-Schulung." Im Hearing vom 18.9.2012 habe die Antragstellerin auch klar zum Ausdruck gebracht, dass sie - sollte Ihr Konzept aus Sicht des Auftraggebers nicht zielführend sein - ihr Konzept für das LBO ändern würde, indem z.B. anstelle der Intensivschulung der User-Trainer Endanwenderschulungen in den Lehrsälen der Vetmed mit einer hohen Teilnehmeranzahl durchgeführt würden, wenngleich der von der Antragstellerin angebotene Maßnahmenmix aus ihrer Sicht branchenüblich und zielführender sei.

Dieser nachträglich angeführte Ausscheidensgrund war aber auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt.

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (vgl. VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 12.5.2011, Zl. 2008/04/0087). Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 12.5.2011, Zl. 2008/04/0087).

Wie sich aus Pkt 2.2.2 der Beilage 2 der bestandfesten Einladung zur Erstellung des ersten Angebotes unzweifelhaft ergibt, ist grundsätzlich für alle Mitarbeiter der Veterinärmedizinischen Universität Wien eine Grunds Schulung sämtlicher eingesetzter Lösungen und Produkte mit dem Schwerpunkt "Bedienung" durchzuführen. Im Zuge der Inbetriebnahme ist zusätzlich eine Einweisung durchzuführen. Weiters ist darüber hinaus noch zusätzlich eine Online-Schulung für das Intranet zur Verfügung zu stellen. Durch die Wortfolge "ist für alle Mitarbeiter eine Grunds Schulung durchzuführen" ergibt sich iVm Pkt. 2 des Lastenheftes sowie der Pkte 2.4.8 und 3 der Einladung zur Erstellung des ersten Angebotes, dass es sich um eine Mindestanforderung der Ausschreibung handelt. Wie sich aus Pkt 2.2.2 der Beilage 2 der bestandfesten Einladung zur Erstellung des ersten Angebotes unzweifelhaft ergibt, ist grundsätzlich für alle Mitarbeiter der Veterinärmedizinischen Universität Wien eine Grunds Schulung sämtlicher eingesetzter Lösungen und Produkte mit dem Schwerpunkt "Bedienung" durchzuführen. Im Zuge der Inbetriebnahme ist zusätzlich eine Einweisung durchzuführen. Weiters ist darüber hinaus noch zusätzlich eine Online-Schulung für das Intranet zur Verfügung zu stellen. Durch die Wortfolge "ist für alle Mitarbeiter eine Grunds Schulung durchzuführen" ergibt sich in Verbindung mit Pkt. 2 des Lastenheftes sowie der Pkte 2.4.8 und 3 der Einladung zur Erstellung des ersten Angebotes, dass es sich um eine Mindestanforderung der Ausschreibung handelt.

Adressat der Bestimmung in Pkt. 2.2.2 der Beilage 2 der Einladung zur Erstellung des ersten Angebots ist unzweifelhaft der Auftragnehmer. Schon daraus folgt, dass der Auftragnehmer selbst die Grunds Schulung aller Mitarbeiter des Auftraggebers durchzuführen hat.

Durch die Wortfolge "ist grundsätzlich für alle Mitarbeiter eine Grunds Schulung (...) durchzuführen" in Absatz 1 und der Wortfolge "Zusätzlich ist eine Online-Schulung (...) zur Verfügung zu stellen, welche über einen Standard Webbrowser abgerufen werden kann" in Absatz 2 des Punktes 2.2.2., hat der Auftraggeber somit festgelegt, dass die vorgeschriebene Grunds Schulung auch nicht durch eine Online-Schulung ersetzt werden kann, wie die Antragstellerin vermeint, da diese nach der klaren Formulierung zusätzlich für das Intranet - und somit unabhängig von der jedenfalls durchzuführenden Grunds Schulung - zur Verfügung zu stellen ist.

Durch die Festlegung, dass die Grunds Schulung für alle Mitarbeiter zu erfolgen hat und diese vom Auftragnehmer durchzuführen ist, hingegen die Online-Schulung vom Auftragnehmer zur Verfügung zu stellen ist, differenziert der Auftraggeber klar, dass die Online-Schulung zur Selbst- bzw. Fernschulung dient, die Grunds Schulung aller Mitarbeiter hingegen durch den Auftragnehmer zu erfolgen hat. Durch die Formulierung "durchführen" einerseits und "zur

Verfügung stellen" andererseits ist klargestellt, dass die Grundschulung keine Selbst- bzw. Fernschulung durch die Mitarbeiter ist, da diese bei einer Selbst- bzw. Fernschulung die Schulungsunterlagen nur zur Verfügung gestellt erhalten. Somit darf die Grundschulung auch nicht nur durch Schulungsvideos erfolgen, die den Mitarbeitern unter einer Internet-Adresse online "zur Verfügung gestellt werden".

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter hatte somit nach dem oben Ausgeführten bei Anwendung der üblichen Sorgfalt davon auszugehen, dass der Auftragnehmer und somit der Bieter selbst (allenfalls durch seine geschulten Mitarbeiter) die Grundschulung aller (rund 1.600) Mitarbeiter der Veterinärmedizinischen Universität Wien durchzuführen hat.

Wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 18.1.2013 selbst ausführte, hat sie die Endanwenderschulung nicht als Präsenzs Schulung für sämtliche Mitarbeiter, sondern als Intensivschulung für lediglich 20 Mitarbeiter der VetMed Universität Wien angeboten. Diese 20 Mitarbeiter sollten im Schneeballsystem die übrigen Mitarbeiter der VetMed Universität Wien unterrichten. Zusätzlich hat die Antragstellerin Kurzvideos angeboten. Diese seien detaillierte Schulungsvideos, jedoch keine Lernprogramme, und nicht als Ersatz für die Intensivschulung gedacht, sondern würden der Unterstützung des Train-the-Trainer Konzepts oder als Grundschulung dienen. Eine Endanwenderschulung für 1.600 Mitarbeiter im Sinne einer Präsenzs Schulung sei weder branchenüblich noch zweckdienlich, darüber hinaus wären die Kosten dafür immens.

Die Antragstellerin hat somit - wie sie selbst zugesteht - in ihrem Konzept nicht die vorgeschriebene Grundschulung aller Mitarbeiter, sondern lediglich die Schulung von 20 Mitarbeitern des Auftraggebers vorgesehen, die ihrerseits nach absolviertem Training im Schneeballsystem die Schulung aller übrigen Mitarbeiter des Auftraggebers vornehmen sollen.

Damit entledigt sich die Antragstellerin als potentielle Auftragnehmerin der ihr durch die Ausschreibung eindeutig zugewiesenen Verpflichtung, die Grundschulung aller Mitarbeiter des Auftraggebers durchzuführen. Nach dem Konzept der Antragstellerin wird nämlich die ihr obliegende Schulungspflicht aller Mitarbeiter entgegen der Ausschreibungs festlegung an den Auftraggeber delegiert. Im Ergebnis soll nämlich nicht die Antragstellerin selbst, sondern der Auftraggeber durch die ihm zugehörigen 20 Mitarbeiter ("Trainer") die Grundschulung übernehmen und zur Gänze durchführen.

Im 1. Angebot der Antragstellerin wurden als Schulungsvolumen 2 Arbeitstage (jeweils 4 Stunden für 5 Mitarbeiter) konzipiert. Bei Bedarf könne weiteres Schulungsvolumen zusätzlich bestellt werden. Daraus folgt jedoch, dass weiteres Schulungsvolumen zusätzlich beauftragt und somit auch zusätzlich zu bezahlen wäre und somit nicht vom Angebot der Antragstellerin umfasst ist.

Wenn die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung darauf verweist, dass eine Präsenzs Schulung für 1.600 Mitarbeiter weder branchenüblich noch zweckdienlich dafür aber jedenfalls mit immensen Kosten verbunden wäre, ist darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten hat und diese somit bestandfest geworden sind.

Das 1. Angebot der Antragstellerin hat somit den Leistungsumfang unzulässiger Weise eingeschränkt (Schulung lediglich von 20 Mitarbeitern an Stelle aller Mitarbeiter) und ist somit aus diesem Grund auszuschneiden.

Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, sind ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG auszuschneiden (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 129 Rz 73). Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, sind ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach Paragraph 126, BVergG auszuschneiden vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz 73).

Darüber hinaus normiert im konkreten Sachverhalt Pkt. 3 der bestandfesten Einladung zur Erstellung des ersten Angebots, dass das Angebot ausgeschieden wird, wenn das angebotene Konzept bzw. System den Mindestanforderungen der Ausschreibung nicht entspricht.

Die Entscheidung, welche Leistungen der Auftraggeber zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben braucht und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist, muss dem Auftraggeber überlassen bleiben. Er trägt die politische Verantwortung für die Erfüllung seiner Aufgaben und

damit für das Funktionieren der zu diesem Zweck beschafften Leistungen gegenüber der Allgemeinheit (BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20), wobei als Grenze für die Systemwahl nur das Gebot der Neutralität der Ausschreibung maßgeblich ist.

Mag es auch Sinn des Verhandlungsverfahrens sein, dass in den Verhandlungsrunden Konzepte zu optimieren sind, so ist dennoch festzuhalten, dass im Verhandlungsverfahren bereits das Erstangebot den vorgegebenen Ausschreibungsbedingungen zu entsprechen hat. An ein im Verhandlungsverfahren zu legendes Erstangebot ist ein strenger Maßstab anzulegen. Widerspricht das Erstangebot den Mindestanforderungen der Ausschreibung, so ist es auszuschneiden. Auf eine allfällige Möglichkeit, durch Verhandlungen zu einem ausschreibungskonformen Angebot zu gelangen, wird nicht Bedacht genommen." (Vgl. Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 (2010) [751]) Auch der EuGH hat zum Verhandlungsverfahren ausgeführt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89 Kommission/Dänemark).

Das 1. Angebot der Antragstellerin widerspricht somit den Ausschreibungsbestimmungen. Bereits aus diesem Grund war das Angebot der Antragstellerin somit im Ergebnis zu Recht vom Auftraggeber auszuschneiden.

1.2 Implementierung eines Plug In für Outlook Clients für die direkte Wahl aus Outlook Telefonbüchern und Kontakten (Lastenheft 2.10) Pkt. 2.10, CTI-Computer Telefon Integration, des bestandfesten Lastenheftes lautet:

"CTI-Computer Telefon Integration über offene Anwendungsschnittstelle zur Verbindung des Telekommunikationssystems mit Computer-Anwendungen. Zusätzlich ist eine Anwenderplattform auf Basis einer Web-Applikation für alle CTI-lizenzierten Arbeitsplatzmodelle einzurichten, die folgende Funktionen unterstützt:

- -Strichaufzählung
(...)
- -Strichaufzählung
Rufen aus Outlook Kontakten und Outlook Telefonbüchern
- -Strichaufzählung
(...)

Für Outlook Clients ist ein Plug In zu implementieren, das die direkte Wahl (Wahlbutton von Outlook) aus Outlook Telefonbüchern und Outlook Kontakten ermöglicht.

Die Wahl aus Intranet-Seiten mittels Wählbutton muss ebenfalls unterstützt werden. Dies betrifft insbesondere die Intranet-Seiten der Applikation Campus Online der Veterinärmedizinischen Universität Wien."

Pkt. 3, Anforderungsprofil an die technische Umsetzung, des bestandfesten Lastenheftes lautet:

"(...)

3.1.4 Rechnerhardware und Betriebssysteme, die vom Auftraggeber beigestellt werden

Für die Vermittlungsarbeitsplätze und die Callcenter-Arbeitsplätze wird die Hardware vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Diese Systeme werden ausschließlich auf dem Betriebssystem MS Windows 7 64bit betrieben. Der Bieter hat zu garantieren, dass alle Funktionen die ausgeschrieben wurden, auf dieser Plattform ohne Einschränkungen laufen!

3.1.5 Betriebssysteme, die von den angebotenen Applikationen zu unterstützen sind

Folgende Betriebssysteme

- -Strichaufzählung
MS Windows XP
- -Strichaufzählung
MS Windows Vista
- -Strichaufzählung
MS Windows 7 32bit
- -Strichaufzählung
MS Windows 7 64bit
- -Strichaufzählung
OSX

sind bei der Veterinärmedizinischen Universität Wien im Einsatz und sind zumindest von folgenden Applikationen zu unterstützen:

- -Strichaufzählung
Softphone
- -Strichaufzählung
CTI
- -Strichaufzählung
UMS
- -Strichaufzählung
Web Collaboration"

In der zur Vorbereitung des Hearings mit E-Mail vom 13.9.2012 übermittelten Frageliste zum Erstangebot stellte der Auftraggeber dazu folgende Frage:

"Frage 1)

Sind sämtliche angebotene Windows-Applikationen für Clients ausschreibungskonform auf dem Betriebssystem Windows 7 64bit lauffähig?"

Diese Frage wurde vom Auftraggeber im Hearing vom 18.9.2012 "präzisiert":

"Zu Frage 1)

Die Frage 1 wird weiter präzisiert, dass Windows 7 OS mit Windows Office 64bit zu unterstützen ist. Einschränkungen dazu sind vom Bieter klar zu deklarieren und darzustellen."

Darauf antwortete die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 2.10.2012 wie folgt:

"Die laut Ausschreibung geforderte Funktionalität lt. Punkt 3.1.5 Microsoft Windows 7 64bit wird unterstützt. Bezüglich der zusätzlichen Anforderung Microsoft Office 64 ist folgendes festzuhalten:

bezüglich XX Clients und Microsoft Outlook-Integration:bezüglich römisch zwanzig Clients und Microsoft Outlook-Integration:

Es sind derzeit noch keine Outlook 64bit Add-ins für AAA*** verfügbar; aktuell ist eine Lösung mittels CTI über die Hotkey-Funktion möglich; 64bit Outlook-Plugins stehen derzeit für AAA*** auf der Roadmap (vss. Q1/2013). bezüglich BBB*** und Microsoft Outlook-Integration:

Es sind derzeit noch keine Outlook 64bit Plugins für BBB*** verfügbar; 64bit Outlook-Plugins stehen auf der Roadmap (vss. Q4/2013)."

Pkt. 2.10 des Lastenheftes normiert als eine Mindestanforderung an das Angebot, dass für Outlook Clients ein Plug In zu implementieren ist, das die direkte Wahl aus Outlook Telefonbüchern und Outlook Kontakten ermöglicht. Weiters hält der Auftraggeber durch den Klammerausdruck "Wahlbutton von Outlook" ausdrücklich fest, dass die direkte Wahl mittels eines Wahlbuttons von Outlook zu erfolgen hat.

Pkt. 2.10 des Lastenheftes enthält keine Einschränkung hinsichtlich der geforderten Versionen von (Microsoft) Outlook. In Pkt. 3.1.5 des Lastenheftes hält der Auftraggeber ausdrücklich fest, dass bei ihm u.a. das Betriebssystem MS Windows 7 64bit im Einsatz ist. Hingegen ist dem Lastenheft keine entsprechend klare Aufzählung zu entnehmen, welche Outlook bzw. Office Versionen beim Auftraggeber in Verwendung stehen bzw. für welche Versionen ein Plug In zu implementieren ist. Wie dem Vergabeakt zu entnehmen ist, hat die Antragstellerin auch keine diese Frage klärende Bieteranfrage an den Auftraggeber gerichtet.

Es ist daher nun zu hinterfragen, ob ein fachkundiger Bieter davon ausgehen musste, dass das Angebot auch ein Plug In für Outlook 64bit zu enthalten hatte.

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert - zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs

entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071- BVA/04/2012; 5.3.20012, N/0011/04/2012-15; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009N/0022-BVA/11/2009-27 uva.). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert - zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071- BVA/04/2012; 5.3.20012, N/0011/04/2012-15; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009N/0022-BVA/11/2009-27 uva.).

Die Antragstellerin bestätigte in der mündlichen Verhandlung, dass es Outlook sowohl als 32bit Version als auch als 64bit Version gibt. Eine Outlook 32bit Version läuft sowohl auf einem Windows 7 32bit als auch auf einem Windows 7 64bit Betriebssystem, Outlook 64bit hingegen nur auf einem Windows 7 64bit Betriebssystem. Dies ist nach den Ausführungen der Antragstellerin jedenfalls branchenbekannt. Darüber hinaus macht Microsoft selbst auf seiner homepage (<http://office.microsoft.com/de-at/excel-help/auswahlen-der-32-bit-oder-64-bit-version-von-microsoft-office-HA010369476.aspx>) darauf aufmerksam, dass für Outlook 32bit entworfene Plug Ins oder Add-Ins nicht unter Outlook 64bit funktionieren.

Gegenstand der Ausschreibung ist gemäß Pkt. 1.1 der Einladung zur Erstellung des ersten Angebots die Ablösung des vorhandenen Telekommunikationssystems durch eine neue leistungsfähige Unified Communication Infrastruktur.

Das Projekt dient somit - nach der unbestritten gebliebenen Aussage des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung - der Modernisierung der Telefonie und des Netzwerks des Auftraggebers.

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter hätte daher bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009- 28; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandfest gewordenen Bestimmungen (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/2004) im Lastenheft zunächst Grund zur Annahme gehabt, dass auf einem Windows 7 64bit Betriebssystem, welches beim Auftraggeber gemäß Pkt. 3.1.5 des Lastenheftes im Einsatz ist, auch Outlook 64 bit läuft.

Ist für Outlook Clients ein Plug In zu implementieren, das die direkte Wahl aus Outlook Telefonbüchern und Outlook Kontakten ermöglicht, und hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsbestimmungen keine Einschränkung des Plug Ins für bestimmte Outlook Versionen getroffen, jedoch darauf hingewiesen, dass bei ihm MS Windows 7 64bit in Verwendung steht, kann des Weiteren Outlook 64bit nur auf MS Windows 7 64bit laufen und ist Auftragsgegenstand die Modernisierung der Telefonie und des Netzwerks des Auftraggebers, so muss ein sachkundiger Bieter weiters davon ausgehen, dass er auch ein Plug

In für Outlook 64bit zu implementieren und somit anzubieten hat.

Zusammenfassend war daher für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt davon auszugehen, dass Outlook-User, gleich mit welcher Version diese arbeiten (und somit alle Outlook-User), den Wahlbutton haben müssen und somit Rufnummern anwählen können. Daraus folgt, dass auch ein Plug In für Outlook 64bit zu implementieren und somit anzubieten ist.

Die geforderte Funktionalität muss als Mindestanforderung gemäß Pkt. 2 des Lastenheftes somit ohne Einschränkung auf eine oder mehrere bestimmte Outlook-Versionen bereits mit dem 1. Angebot erfüllt sein.

Wie die Antragstellerin selbst in ihrem Schreiben vom 2.10.2012 mitteilte, sind noch keine Outlook 64 bit Add-ins für die von ihr angebotene Komponente AAA*** verfügbar. Aktuell ist lediglich eine Lösung mittels CTI über die Hotkey-Funktion möglich; 64bit Outlook-Plugins stünden derzeit für AAA*** auf der Roadmap (vss. Q1/2013). Die Antragstellerin bestätigte darüber hinaus in der mündlichen Verhandlung, dass ihr Angebot zwar ein Plug In für Outlook 32bit vorsieht, jedoch nicht für Outlook 64bit. 64bit Outlook-Plug Ins für AAA*** stünden auf der Roadmap für das 1. Quartal 2013, ein Plug In für BBB*** nun auf der Roadmap bereits voraussichtlich 3. Quartal 2013. Weiters führte die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung aus, dass, wenn ein Outlook 64bit User derzeit die direkte Wahl aus Outlook Telefonbüchern und Kontakten tätigen wolle, er einen Hotkey benötige. Dies sei jedoch eine Tastenkombination und kein Plug In bzw. Wahlbutton.

Wie die Antragstellerin somit selbst zugesteht, ist die in der Ausschreibung geforderte direkte Wahl aus Outlook Telefonbüchern und Kontakten bei der Verwendung von Outlook 64bit mittels eines Wahlbuttons derzeit noch nicht möglich. Es stand somit zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotslegung und der Angebotsöffnung am 3.9.2012 keine Lösung für ein Plug In in Outlook 64bit zur Verfügung.

Das 1. Angebot der Antragstellerin hat somit den Leistungsumfang unzulässiger Weise eingeschränkt, weshalb es auch aus diesem Grund nicht den Ausschreibungsbestimmungen entspricht. Es wurde somit auch aus diesem Grund zu Recht ausgeschieden.

1. 2.Ziffer 2

Zu Spruchpunkt II.:Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I. ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

08.04.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at