

TE Bvwg Beschluss 2014/2/4 W187 2000170-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.02.2014

Entscheidungsdatum

04.02.2014

Norm

BVergG 2006 §11

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §8

B-VG Art.133 Abs4

1. BVergG 2006 § 11 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 11 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 11 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 11 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 8 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzender und die fachkundige Laienrichterinnen Sabine PREWEIN MAS sowie Mag. Corinna GREGER als Beisitzerinnen in dem Vergabeverfahren "Insassentelefonie BMJ-GZ 2391.01873" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Justiz, XXXX, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, XXXX vertreten durch die Finanzprokurator, XXXX über den Nachprüfungsantrag vom 27. Dezember 2013 der XXXX, vertreten durch XXXX nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 29. Jänner 2014 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzender und die fachkundige Laienrichterinnen Sabine PREWEIN MAS sowie Mag. Corinna GREGER als Beisitzerinnen in dem Vergabeverfahren "Insassentelefonie BMJ-GZ 2391.01873" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Justiz, römisch 40, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, römisch 40 vertreten durch die Finanzprokurator, XXXX über den Nachprüfungsantrag vom 27. Dezember 2013 der römisch 40, vertreten durch römisch 40 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 29. Jänner 2014 beschlossen:

A)

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird gemäß § 11 BVergG zurückgewiesen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird gemäß Paragraph 11, BVergG zurückgewiesen.

B)

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird gemäß § 319 BVergG abgewiesen. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird gemäß Paragraph 319, BVergG abgewiesen.

C)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

Am 27. Dezember 2013 beantragte die XXXX vertreten durch XXXX, das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "Insassentelefonie BMJ-GZ 2391.01873" vom 19. Dezember 2013 für nichtig erklären. In eventu beantragte die Antragstellerin, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde; in eventu feststellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG rechtswidrig war. Weiters beantrage die Antragstellerin, ihr gemäß § 17 AVG Einsicht in den Vergabeakt der Auftraggeberin gewähren, das Angebot der Antragstellerin und alle Teile des Vergabeakts, die sich auf ihr Angebot bezögen, von der Akteneinsicht durch allfällige weitere Parteien des Nachprüfungsverfahrens ausnehmen, weil diese Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin enthielten, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen und die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühren in Höhe von € 9.000 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen. Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin ein offenes Verfahren über die

Vergabe einer Dienstleistungskonzession nach den Bestimmungen des Oberschwellenbereichs durchführe. Die Voraussetzungen für eine Dienstleistungskonzession seien jedoch nicht erfüllt. Der vergabespezifische Rechtsschutz nach dem BVergG sei daher - entgegen den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen - anwendbar. Der künftige Auftragnehmer sei berechtigt, "jenen Antragsteller (Insassen), die seine Dienst nützen, die in Euro vereinbarten Preise in Rechnung zu stellen". Entscheidend für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession sei jedoch, dass er das damit verbundene "Betriebsrisiko" übernehme. Im vorliegenden Fall sei dieses wirtschaftliche Betriebsrisiko insbesondere aufgrund des Abschlusszwangs der Insassen, der Exklusivstellung des künftigen Auftragnehmers und einer garantierten und auf Grund der Insassenzahlen leicht kalkulierbaren Nachfragesituation, die dazu führe, dass das Risiko der Insassenzahlen leicht kalkulierbaren Nachfragesituation, die dazu führten, dass das Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage ausgeschlossen sei, weiters aufgrund der Festlegung eines "Prepaid-Systems", das ein (nachträgliches) Insolvenzrisiko ausschließe, nicht vorhanden. Es bestünden auch keine nennenswerten Haftungsrisiken. Dazu komme, dass der Auftraggeber konkrete Vorgaben im Hinblick auf die Modalitäten der Leistungserbringung und das Telefonieverhalten der Insassen mache, die ebenfalls gegen den Übergang des Betriebsrisikos sprächen. Unter dem Deckmantel einer Konzessionsvergabe versuche die Auftraggeberin das Vergaberecht zu umgehen. Im Übrigen wäre die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin selbst bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession auszuschneiden. Nach Darstellung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag und des Sachverhalts legte die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss und den durch den Entgang des Gewinns, eines wesentlichen Referenzprojekts, durch die Beteiligung am Vergabeverfahren und der rechtsfreundlichen Vertretung drohenden Schaden dar. Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG, insbesondere auf Prüfung der Angebote gemäß § 123 ff BVergG, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG, auf Gleichbehandlung der Bieter und auf Zuschlagserteilung verletzt. Im Einzelnen seien das Recht auf vergaberechtskonforme Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, das Recht auf vergaberechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens, das Recht auf vergaberechtskonforme Prüfung der Angebote und das Recht auf Zuschlagsentscheidung und auf Zuschlagserteilung verletzt worden. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Zuschlagsentscheidung unvollständig sei und § 131 BVergG widerspreche. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei wegen fehlender Befugnis auszuschneiden, da beide Mitbewerber im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über eine notwendige Berechtigung nach dem TKG verfügten. Es sei eine Anzeige gemäß § 15 TKG erforderlich. Die Mitbewerber hätten keine derartige Anzeige erstattet. Die Insassentelefonie sei ein solches öffentliches Kommunikationsnetz oder -dienst. Dieser Standpunkt werde von der RTR vertreten. Am 27. Dezember 2013 beantragte die römisch 40 vertreten durch römisch 40, das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "Insassentelefonie BMJ-GZ 2391.01873" vom 19. Dezember 2013 für nichtig erklären. In eventu beantragte die Antragstellerin, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde; in eventu feststellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG rechtswidrig war. Weiters beantrage die Antragstellerin, ihr gemäß Paragraph 17, AVG Einsicht in den Vergabeakt der Auftraggeberin gewähren, das Angebot der Antragstellerin und alle Teile des Vergabeakts, die sich auf ihr Angebot bezögen, von der Akteneinsicht durch allfällige weitere Parteien des Nachprüfungsverfahrens ausnehmen, weil diese Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin enthielten, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen und die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühren in Höhe von € 9.000 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen. Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin ein offenes Verfahren über die Vergabe einer Dienstleistungskonzession nach den Bestimmungen des Oberschwellenbereichs durchführe. Die Voraussetzungen für eine Dienstleistungskonzession seien jedoch nicht erfüllt. Der vergabespezifische Rechtsschutz nach dem BVergG sei daher - entgegen den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen - anwendbar. Der künftige Auftragnehmer sei berechtigt, "jenen Antragsteller (Insassen), die seine Dienst nützen, die in Euro vereinbarten Preise in Rechnung zu stellen". Entscheidend für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession sei jedoch, dass er das damit verbundene "Betriebsrisiko" übernehme. Im vorliegenden Fall sei dieses wirtschaftliche Betriebsrisiko insbesondere aufgrund des Abschlusszwangs der Insassen, der Exklusivstellung des künftigen Auftragnehmers und einer garantierten und auf

Grund der Insassenzahlen leicht kalkulierbaren Nachfragesituation, die dazu führe, dass das Risiko der Insassenzahlen leicht kalkulierbaren Nachfragesituation, die dazu führten, dass das Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage ausgeschlossen sei, weiters aufgrund der Festlegung eines "Prepaid-Systems", das ein (nachträgliches) Insolvenzrisiko ausschließe, nicht vorhanden. Es bestünden auch keine nennenswerten Haftungsrisiken. Dazu komme, dass der Auftraggeber konkrete Vorgaben im Hinblick auf die Modalitäten der Leistungserbringung und das Telefonieverhalten der Insassen mache, die ebenfalls gegen den Übergang des Betriebsrisikos sprächen. Unter dem Deckmantel einer Konzessionsvergabe versuche die Auftraggeberin das Vergaberecht zu umgehen. Im Übrigen wäre die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin selbst bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession auszuschneiden. Nach Darstellung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag und des Sachverhalts legte die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss und den durch den Entgang des Gewinns, eines wesentlichen Referenzprojekts, durch die Beteiligung am Vergabeverfahren und der rechtsfreundlichen Vertretung drohenden Schaden dar. Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, insbesondere auf Prüfung der Angebote gemäß § 123 ff BVergG, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG, auf Gleichbehandlung der Bieter und auf Zuschlagserteilung verletzt. Im Einzelnen seien das Recht auf vergaberechtskonforme Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, das Recht auf vergaberechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens, das Recht auf vergaberechtskonforme Prüfung der Angebote und das Recht auf Zuschlagsentscheidung und auf Zuschlagsentscheidung verletzt worden. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Zuschlagsentscheidung unvollständig sei und Paragraph 131, BVergG widerspreche. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei wegen fehlender Befugnis auszuschneiden, da beide Mitbewerber im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über eine notwendige Berechtigung nach dem TKG verfügten. Es sei eine Anzeige gemäß Paragraph 15, TKG erforderlich. Die Mitbewerber hätten keine derartige Anzeige erstattet. Die Insassentelefonie sei ein solches öffentliches Kommunikationsnetz oder -dienst. Dieser Standpunkt werde von der RTR vertreten.

Am 2. Jänner 2014 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und nahm zu den Anträgen auf Akteneinsicht und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin wegen der Unanwendbarkeit des Vergaberechts gemäß § 11 BVergG bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession kein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrags im Sinne des § 320 Abs 1 BVergG behaupten könne, wodurch der Antragstellerin die Antragsvoraussetzung der genannten Norm fehle und die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht gegeben sei. Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei jedenfalls zurückzuweisen. Am 2. Jänner 2014 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und nahm zu den Anträgen auf Akteneinsicht und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin wegen der Unanwendbarkeit des Vergaberechts gemäß Paragraph 11, BVergG bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession kein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrags im Sinne des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG behaupten könne, wodurch der Antragstellerin die Antragsvoraussetzung der genannten Norm fehle und die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht gegeben sei. Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei jedenfalls zurückzuweisen.

Am 7. Jänner 2014 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie nach der Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sei, weil es sich beim gegenständlichen Verfahren um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession handle und der vergabespezifische Rechtsschutz keine Anwendung finde. Der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession liege in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung. Bei einem Dienstleistungsauftrag bezahle der Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung bestehe, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises. Selbst dann, wenn das übertragene wirtschaftliche Risiko erheblich eingeschränkt sei, sei es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession erforderlich, dass der Dienstleistungserbringer das volle wirtschaftliche Betriebsrisiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär übertrage. Gegenstand des Vertrags sei die unbefristete Erbringung einer weltweiten Vermittlung von Telefongesprächen für die Insassen der Justizanstalten, die über Wertkarten verrechnet werden würden. Dem Konzessionär werde durch den gegenständlichen Vertrag somit die Nutzung eines Rechts samt wirtschaftlichem Risiko eingeräumt, wodurch es sich im gegenständlichen Fall - entgegen den Ausführungen der

Antragstellerin - eindeutig um einen Dienstleistungskonzessionsvertrag handle. Die Insassen der Justizanstalten unterlägen keinem Abschlusszwang. Sie hätten keine Pflicht, lediglich das Recht Wertkarten zu kaufen. Eine allfällige Exklusivstellung könne keinen Einfluss auf das Telefonieverhalten der Insassen haben. Es bedürfe keiner weiteren Argumente um darzulegen, dass die alleinige Stellung eines Unternehmens unter diesen Bedingungen sei mit einem weit höheren Risiko als die Aufteilung auf mehrere Unternehmen verbunden. Es könne mangels Abschlusszwang nicht abgeschätzt werden, wie viele der Insassen die Möglichkeit dieser Kommunikation nützen würden. Aufgrund der unterschiedlichen Arten des Justizvollzuges könne die Teilnehmeranzahl von vorne herein nicht zuverlässig bestimmt werden. Es handle sich nicht um ein reines "Prepaid-System". Es dürfe keine Anmeldegebühr verrechnet werden. Bei der Entlassung werde die Rufnummer gelöscht und ein vorhandenes Guthaben ausbezahlt. Wegen der in den weitreichenden und für den Justizbetrieb notwendigen technischen Zusatzmaßnahmen seien auch weit höhere Kosten als bei einer normalen Telefonanlage zu veranschlagen. Auch diese Kosten gingen zu Lasten des präsumtiven Zuschlagsempfängers und erhöhten das wirtschaftliche Risiko enorm. Dies verkenne die Antragstellerin jedoch zur Gänze, wenn sie ausführe, dass der Auftraggeber konkrete Vorgaben im Hinblick auf die Modalitäten der Leistungserbringung und das Telefonieverhalten der Insassen mache und daraus schließe, dass kein wirtschaftliches Risiko gegeben sei. Die Ausfallhaftung liege alleine im wirtschaftlichen Risiko des Konzessionärs, wodurch auch hier entgegen der Auffassung der Antragstellerin jedenfalls nennenswerte Haftungsrisiken vorlägen. Aus diesen Ausführungen folge, dass die gegenständliche Beschaffung nicht in den Anwendungsbereich des BVergG falle, wodurch der gegenständliche Antrag, die Zuschlagserteilung für nichtig zu erklären, jedenfalls zurückzuweisen sei, da das Bundesverwaltungsgericht keine Zuständigkeit für die Überprüfung einer Vergabe einer Dienstleistungskonzession erlangen könne. Berechtigung iSd TKG 2003 und Befugnis iSd BVergG könnten nicht gleich gesetzt werden. Die beabsichtigte Bereitstellung eines Kommunikationsnetzes unterliege der Anzeigepflicht iSd § 15 TKG 2003. Der Bestätigung durch die Regulierungsbehörde gemäß § 15 Abs 3 TKG 2003 komme nur deklaratorische Wirkung zu. Es sei deshalb auch nicht notwendig, dass der Anzeiger den Zugang seiner Bestätigung abwarten müsse, um diesbezügliche Schritte setzen zu dürfen. Es komme nur auf die Vollständigkeit der Anzeige an. Die Behörde könne die Anzeige nicht zurück- oder abweisen. Die Anzeigepflicht bestehe erst bei der beabsichtigten Bereitstellung bzw vor Inbetriebnahme. Daher bestehe keine Anzeigepflicht während eines Vergabeverfahrens. Dies ergebe sich auch aus der Auslegung der Gesetzesbegriffe "Bereitstellung" und "Betreiben". Die Anzeigepflicht gemäß § 15 TKG 2003 sei nicht mit der Anmeldung eines nicht reglementierten oder freien Gewerbes iSd GewO 1994 vergleichbar. Es bedürfe für den Betrieb eines Kommunikationsdienstes ausdrücklich keiner Bewilligung nach dem TKG 2003. Selbst für die Errichtung von Kommunikationsnetzen und der dazugehörigen Infrastruktur bedürfe es nach § 16 Abs 1 TKG 2003 und Art 5 GenehmigungsRL keiner Bewilligung, da der Grundsatz der "Allgemeingenehmigung" bestehe. Die Anzeige nach § 15 TKG 2003 sei weder im BVergG noch in sonstigen Gesetzen ausdrücklich als für die Befugnis relevant angeführt. Von dem Subunternehmer "IT-Technology GmbH" liege eine Anzeige und eine Bestätigung gemäß § 15 TKG 2003 vor. Er sei auch auf der Website der RTR-GmbH angeführt. § 131 BVergG sei nicht anwendbar. Daher könne bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht dagegen verstoßen werden. Da das Billigstbieterprinzip zur Anwendung gelange, genüge die Angabe der angebotenen Preise. Es sei keine Stillhaltefrist anzugeben gewesen. Da der Subunternehmer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin über eine Bestätigung iSd § 15 TKG 2003 verfüge und somit nicht auszuscheiden gewesen sei und selbst bei der Annahme der Anwendbarkeit des BVergG keine vergaberechtlichen Verstöße vorlägen, sei die Antragstellerin keinesfalls Erstgereichte. Es sei somit keine Wesentlichkeit für den Verfahrensausgang gegeben. Mangels Anwendbarkeit der Ausschreibungsunterlagen sei die Ausschreibung nicht anfechtbar. Selbst bei Geltung des BVergG sei diese Anfechtung präkludiert. Am 7. Jänner 2014 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie nach der Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sei, weil es sich beim gegenständlichen Verfahren um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession handle und der vergabespezifische Rechtsschutz keine Anwendung finde. Der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession liege in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung. Bei einem Dienstleistungsauftrag bezahle der Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung bestehe, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises. Selbst dann, wenn das übertragene wirtschaftliche Risiko erheblich eingeschränkt sei, sei es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession erforderlich, dass der Dienstleistungserbringer das volle wirtschaftliche Betriebsrisiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär übertrage. Gegenstand des

Vertrags sei die unbefristete Erbringung einer weltweiten Vermittlung von Telefongesprächen für die Insassen der Justizanstalten, die über Wertkarten verrechnet werden würden. Dem Konzessionär werde durch den gegenständlichen Vertrag somit die Nutzung eines Rechts samt wirtschaftlichem Risiko eingeräumt, wodurch es sich im gegenständlichen Fall - entgegen den Ausführungen der Antragstellerin - eindeutig um einen Dienstleistungskonzessionsvertrag handle. Die Insassen der Justizanstalten unterlägen keinem Abschlusszwang. Sie hätten keine Pflicht, lediglich das Recht Wertkarten zu kaufen. Eine allfällige Exklusivstellung könne keinen Einfluss auf das Telefonieverhalten der Insassen haben. Es bedürfe keiner weiteren Argumente um darzulegen, dass die alleinige Stellung eines Unternehmens unter diesen Bedingungen sei mit einem weit höheren Risiko als die Aufteilung auf mehrere Unternehmen verbunden. Es könne mangels Abschlusszwang nicht abgeschätzt werden, wie viele der Insassen die Möglichkeit dieser Kommunikation nützen würden. Aufgrund der unterschiedlichen Arten des Justizvollzuges könne die Teilnehmeranzahl von vorne herein nicht zuverlässig bestimmt werden. Es handle sich nicht um ein reines "Prepaid-System". Es dürfe keine Anmeldegebühr verrechnet werden. Bei der Entlassung werde die Rufnummer gelöscht und ein vorhandenes Guthaben ausbezahlt. Wegen der in den weitreichenden und für den Justizbetrieb notwendigen technischen Zusatzmaßnahmen seien auch weit höhere Kosten als bei einer normalen Telefonanlage zu veranschlagen. Auch diese Kosten gingen zu Lasten des präsumtiven Zuschlagsempfängers und erhöhten das wirtschaftliche Risiko enorm. Dies verkenne die Antragstellerin jedoch zur Gänze, wenn sie ausführe, dass der Auftraggeber konkrete Vorgaben im Hinblick auf die Modalitäten der Leistungserbringung und das Telefonieverhalten der Insassen mache und daraus schließe, dass kein wirtschaftliches Risiko gegeben sei. Die Ausfallhaftung liege alleine im wirtschaftlichen Risiko des Konzessionärs, wodurch auch hier entgegen der Auffassung der Antragstellerin jedenfalls nennenswerte Haftungsrisiken vorlägen. Aus diesen Ausführungen folge, dass die gegenständliche Beschaffung nicht in den Anwendungsbereich des BVerG falle, wodurch der gegenständliche Antrag, die Zuschlagserteilung für nichtig zu erklären, jedenfalls zurückzuweisen sei, da das Bundesverwaltungsgericht keine Zuständigkeit für die Überprüfung einer Vergabe einer Dienstleistungskonzession erlangen könne. Berechtigung iSd TKG 2003 und Befugnis iSd BVerG könnten nicht gleich gesetzt werden. Die beabsichtigte Bereitstellung eines Kommunikationsnetzes unterliege der Anzeigepflicht iSd Paragraph 15, TKG 2003. Der Bestätigung durch die Regulierungsbehörde gemäß Paragraph 15, Absatz 3, TKG 2003 komme nur deklaratorische Wirkung zu. Es sei deshalb auch nicht notwendig, dass der Anzeiger den Zugang seiner Bestätigung abwarten müsse, um diesbezügliche Schritte setzen zu dürfen. Es komme nur auf die Vollständigkeit der Anzeige an. Die Behörde könne die Anzeige nicht zurück- oder abweisen. Die Anzeigepflicht bestehe erst bei der beabsichtigten Bereitstellung bzw. vor Inbetriebnahme. Daher bestehe keine Anzeigepflicht während eines Vergabeverfahrens. Dies ergebe sich auch aus der Auslegung der Gesetzesbegriffe "Bereitstellung" und "Betreiben". Die Anzeigepflicht gemäß Paragraph 15, TKG 2003 sei nicht mit der Anmeldung eines nicht reglementierten oder freien Gewerbes iSd GewO 1994 vergleichbar. Es bedürfe für den Betrieb eines Kommunikationsdienstes ausdrücklich keiner Bewilligung nach dem TKG 2003. Selbst für die Errichtung von Kommunikationsnetzen und der dazugehörigen Infrastruktur bedürfe es nach Paragraph 16, Absatz eins, TKG 2003 und Artikel 5, GenehmigungsRL keiner Bewilligung, da der Grundsatz der "Allgemeingenehmigung" bestehe. Die Anzeige nach Paragraph 15, TKG 2003 sei weder im BVerG noch in sonstigen Gesetzen ausdrücklich als für die Befugnis relevant angeführt. Von dem Subunternehmer "IT-Technology GmbH" liege eine Anzeige und eine Bestätigung gemäß Paragraph 15, TKG 2003 vor. Er sei auch auf der Website der RTR-GmbH angeführt. Paragraph 131, BVerG sei nicht anwendbar. Daher könne bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht dagegen verstoßen werden. Da das Billigstbieterprinzip zur Anwendung gelange, genüge die Angabe der angebotenen Preise. Es sei keine Stillhaltefrist anzugeben gewesen. Da der Subunternehmer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin über eine Bestätigung iSd Paragraph 15, TKG 2003 verfüge und somit nicht auszuschneiden gewesen sei und selbst bei der Annahme der Anwendbarkeit des BVerG keine vergaberechtlichen Verstöße vorlägen, sei die Antragstellerin keinesfalls Erstgereichte. Es sei somit keine Wesentlichkeit für den Verfahrensausgang gegeben. Mangels Anwendbarkeit der Ausschreibungsunterlagen sei die Ausschreibung nicht anfechtbar. Selbst bei Geltung des BVerG sei diese Anfechtung präkludiert.

Am 7. Jänner 2014 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, die XXXX, vertreten durch EXXX, begründete Einwände. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass das Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession iSd § 11 BVerG bestandsfest sei. Das BVerG sei nicht anwendbar. Für eine Dienstleistungskonzession müsse keineswegs ein besonders hohes Risiko übertragen werden. Es müssten nur wesentliche Teile davon an den Konzessionär übertragen werden. Es existiere kein Abschlusszwang der Insassen. Es

gebe auch keine garantierte Insassenzahl. Abweichungen seien in jedem Ausmaß möglich. Das angebotene Minutenentgelt unterliege zwar einer Preisanpassung. Diese erfolge auf Grund einer inländischen Statistik der RTR lediglich jährlich. Auf kurzfristige Tarif- und Währungsschwankungen könne daher keine Rücksicht genommen werden. Das vorgesehene Prepaid-System schieße eine Insolvenz des Konzessionärs nicht aus. § 131 BVergG über die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei nicht anwendbar. Die fehlende Angabe über das Ende der Stillhaltefrist sei für den Verfahrensausgang nicht wesentlich, weil die Antragstellerin ja einen Antrag gestellt habe. Es sei zwischen der Befugnis und Ordnungsvorschriften zu differenzieren. So berühre die Verpflichtung eines Gewerbetreibenden, gemäß § 436 Abs 2 GewO die Ausübung des Gewerbes an einer weiteren Betriebsstätte anzuzeigen, seine Gewerbeberechtigung nicht. Dieselben Überlegungen gälten auch für die Anzeige nach § 15 TKG 2003. Genau genommen wäre sie nicht erforderlich, weil es sich bei der in der Ausschreibung geforderten Leistung gerade nicht um einen öffentlichen Kommunikationsdienst handle, sondern - vereinfacht ausgedrückt - um eine private Nebenstellenanlage mit einer Schnittstelle in das öffentliche Telefonnetz. Weiters nach die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zum Umfang der Akteneinsicht Stellung. Am 7. Jänner 2014 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, die römisch 40, vertreten durch EXXXX, begründete Einwendungen. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass das Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession iSd Paragraph 11, BVergG bestandsfest sei. Das BVergG sei nicht anwendbar. Für eine Dienstleistungskonzession müsse keineswegs ein besonders hohes Risiko übertragen werden. Es müssten nur wesentliche Teile davon an den Konzessionär übertragen werden. Es existiere kein Abschlusszwang der Insassen. Es gebe auch keine garantierte Insassenzahl. Abweichungen seien in jedem Ausmaß möglich. Das angebotene Minutenentgelt unterliege zwar einer Preisanpassung. Diese erfolge auf Grund einer inländischen Statistik der RTR lediglich jährlich. Auf kurzfristige Tarif- und Währungsschwankungen könne daher keine Rücksicht genommen werden. Das vorgesehene Prepaid-System schieße eine Insolvenz des Konzessionärs nicht aus. Paragraph 131, BVergG über die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei nicht anwendbar. Die fehlende Angabe über das Ende der Stillhaltefrist sei für den Verfahrensausgang nicht wesentlich, weil die Antragstellerin ja einen Antrag gestellt habe. Es sei zwischen der Befugnis und Ordnungsvorschriften zu differenzieren. So berühre die Verpflichtung eines Gewerbetreibenden, gemäß Paragraph 436, Absatz 2, GewO die Ausübung des Gewerbes an einer weiteren Betriebsstätte anzuzeigen, seine Gewerbeberechtigung nicht. Dieselben Überlegungen gälten auch für die Anzeige nach Paragraph 15, TKG 2003. Genau genommen wäre sie nicht erforderlich, weil es sich bei der in der Ausschreibung geforderten Leistung gerade nicht um einen öffentlichen Kommunikationsdienst handle, sondern - vereinfacht ausgedrückt - um eine private Nebenstellenanlage mit einer Schnittstelle in das öffentliche Telefonnetz. Weiters nach die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

Am 10. Jänner 2013 erließ das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W187 2000170-1/11 eine einstweilige Verfügung, mit der es die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagte.

Am 17. Jänner 2014 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Rahmenbedingungen für die Insassentelefonie dazu führten, dass das Beschaffungsvorhaben dem Vergaberecht unterliege. Unabhängig vom Bestehen einer Dienstleistungskonzession sei die Auftraggeberin an die Festlegungen in ihren Ausschreibungsunterlagen gebunden. Demnach müssten alle Bieter "für die Erbringung der angebotenen Leistungen befugt sein" und die Befugnis müsse "spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen". Weder die XXXX noch die XXXX hätten eine Anmeldung des konkreten Netzes bzw Dienstes gemacht. Das Angebot sei daher auszuschneiden oder nicht zu berücksichtigen. Die Angebotsprüfung sei unvollständig. Es sei völlig unklar, welches "System" oder welche "Lösung" XXXX angeboten habe und ob das Angebot in technischer Hinsicht ausschreibungskonform sei oder nicht. Aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Im Übrigen sei auch das angebot des zweitgereihten Bieters auszuschneiden. Sollte die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin für nicht zuschlagsfähig erachten, wäre das Verfahren zu widerrufen. Die Auftraggeberin berufe sich auf eine Ausnahme vom Vergaberecht. Diese sei eng auszulegen. Die Auftraggeberin müsse das Vorliegen der Voraussetzungen nachweisen. Es müsse eine "funktionelle" Betrachtungsweise erfolgen. Nirgendwo seien Umstände genannt, die eine Ausnahme vom Vergaberecht rechtfertigten oder das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession begründeten. Das Risiko der Konkurrenz werde vollständig ausgeschlossen. Der Auftragnehmer sei auch sonst nicht den "Unwägbarkeiten des Marktes" ausgesetzt, weil das Telefonieverhalten der Insassen maßgeblich von der Auftraggeberin und den Justizvollzugsanstalten - und nicht von den Insassen selbst - bestimmt werde. Im Strafvollzugsgesetz - StVG - sei darüber hinaus eine Ausfallgarantie oder -haftung vorgesehen, die das "Risiko der

Zahlungsunfähigkeit" ausschließe. So würden öffentliche Mittel zur Vergütung der Auftraggeberin eingesetzt. Für die Auftraggeberin bestehe keine Verpflichtung zur exklusiven Beauftragung eines Dienstleisters. Die besonderen Rahmenbedingungen seien dadurch gekennzeichnet, dass die Auftraggeberin selbst die zulässige maximale Dauer und Anzahl der Telefongespräche festlege und im StVG eine Ausfallgarantie oder -haftung festlege. Dies ergebe sich aus §§ 86 Abs 1 und 2, 96a und 92 Abs 3 StVG. Nach § 31 Abs 1 StVG müssten die Justizvollzugsanstalten für den Unterhalt der Strafgefangenen sorgen. "Hausgeld" erhielten sie auch dann, wenn sie nicht in der Lage seien zu arbeiten. Die Auftraggeberin könne vor diesem Hintergrund das Telefonieverhalten der Insassen unmittelbar steuern. Dies sei auch im Leistungsverzeichnis festgelegt. Das Verhalten der Auftraggeberin selbst sei für die Größe des Betriebsrisikos des künftigen Auftragnehmers entscheidend. All jene Insassen, die in geschlossenen Bereichen von Justizanstalten angehalten würden, seien nicht berechtigt, ein Mobiltelefon zu besitzen. Telefongespräche müssten selbst bei Zahlungsunfähigkeit der Insassen von der Auftraggeberin finanziert werden. Der künftige Auftragnehmer werde somit vom Insolvenzrisiko der Insassen befreit. Öffentliche Mittel würden somit für die Vergütung des Auftragnehmers verwendet. Das Verwertungsrecht sei insofern eingeschränkt, als der Auftragnehmer abgesehen von Indexanpassungen das Entgelt während der gesamten Vertragsdauer nicht mehr anpassen. Dies entspreche einem klassischen Dienstleistungsauftrag. Der Dienstleistungsauftrag entspreche auch der Bekanntmachung. Festlegungen über die Zuständigkeit des BVwG könnten nicht bestandsfest werden. Eine Bereitstellung eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes gemäß § 15 TKG ohne Anzeige sei rechtswidrig. Die Anzeige sei vor der Bereitstellung zu erstatten, nämlich bereits dann, wenn die Bereitstellung beabsichtigt werde. Die Unterlassung sei mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert. Jede Anzeige müsse sich auf ein bestimmtes Kommunikationsnetz oder einen bestimmten Kommunikationsdienst beziehen. Die Anzeigen der XXXX gemäß § 15 TKG 2003 stammten aus dem Jahr 2003. Sie könnten sich nicht auf Insassentelefonie bezogen haben. Die XXXX sei weder im Zuge der Angebotsöffnung namentlich erwähnt noch namentlich ins Angebotsöffnungsprotokoll aufgenommen worden. Die technische Prüfung der Angebote sei unvollständig. Es sei nicht erkennbar, welche technische Lösung in Zukunft angeboten werde. Am 17. Jänner 2014 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Rahmenbedingungen für die Insassentelefonie dazu führten, dass das Beschaffungsvorhaben dem Vergaberecht unterliege. Unabhängig vom Bestehen einer Dienstleistungskonzession sei die Auftraggeberin an die Festlegungen in ihren Ausschreibungsunterlagen gebunden. Demnach müssten alle Bieter "für die Erbringung der angebotenen Leistungen befugt sein" und die Befugnis müsse "spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen". Weder die römisch 40 noch die römisch 40 hätten eine Anmeldung des konkreten Netzes bzw Dienstes gemacht. Das Angebot sei daher auszuschneiden oder nicht zu berücksichtigen. Die Angebotsprüfung sei unvollständig. Es sei völlig unklar, welches "System" oder welche "Lösung" römisch 40 angeboten habe und ob das Angebot in technischer Hinsicht ausschreibungskonform sei oder nicht. Aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Im Übrigen sei auch das Angebot des zweitgereihten Bieters auszuschneiden. Sollte die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin für nicht zuschlagsfähig erachten, wäre das Verfahren zu widerrufen. Die Auftraggeberin berufe sich auf eine Ausnahme vom Vergaberecht. Diese sei eng auszulegen. Die Auftraggeberin müsse das Vorliegen der Voraussetzungen nachweisen. Es müsse eine "funktionelle" Betrachtungsweise erfolgen. Nirgendwo seien Umstände genannt, die eine Ausnahme vom Vergaberecht rechtfertigten oder das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession begründeten. Das Risiko der Konkurrenz werde vollständig ausgeschlossen. Der Auftragnehmer sei auch sonst nicht den "Unwägbarkeiten des Marktes" ausgesetzt, weil das Telefonieverhalten der Insassen maßgeblich von der Auftraggeberin und den Justizvollzugsanstalten - und nicht von den Insassen selbst - bestimmt werde. Im Strafvollzugsgesetz - StVG - sei darüber hinaus eine Ausfallgarantie oder -haftung vorgesehen, die das "Risiko der Zahlungsunfähigkeit" ausschließe. So würden öffentliche Mittel zur Vergütung der Auftraggeberin eingesetzt. Für die Auftraggeberin bestehe keine Verpflichtung zur exklusiven Beauftragung eines Dienstleisters. Die besonderen Rahmenbedingungen seien dadurch gekennzeichnet, dass die Auftraggeberin selbst die zulässige maximale Dauer und Anzahl der Telefongespräche festlege und im StVG eine Ausfallgarantie oder -haftung festlege. Dies ergebe sich aus Paragraphen 86, Absatz eins und 2, 96 a und 92 Absatz 3, StVG. Nach Paragraph 31, Absatz eins, StVG müssten die Justizvollzugsanstalten für den Unterhalt der Strafgefangenen sorgen. "Hausgeld" erhielten sie auch dann, wenn sie nicht in der Lage seien zu arbeiten. Die Auftraggeberin könne vor diesem Hintergrund das Telefonieverhalten der Insassen unmittelbar steuern. Dies sei auch im Leistungsverzeichnis festgelegt. Das Verhalten der Auftraggeberin selbst sei für die Größe des Betriebsrisikos des künftigen Auftragnehmers entscheidend. All jene Insassen, die in geschlossenen Bereichen von Justizanstalten angehalten würden, seien nicht berechtigt, ein Mobiltelefon zu besitzen.

Telefongespräche müssten selbst bei Zahlungsunfähigkeit der Insassen von der Auftraggeberin finanziert werden. Der künftige Auftragnehmer werde somit vom Insolvenzrisiko der Insassen befreit. Öffentliche Mittel würden somit für die Vergütung des Auftragnehmers verwendet. Das Verwertungsrecht sei insofern eingeschränkt, als der Auftragnehmer abgesehen von Indexanpassungen das Entgelt während der gesamten Vertragsdauer nicht mehr anpassen. Dies entspreche einem klassischen Dienstleistungsauftrag. Der Dienstleistungsauftrag entspreche auch der Bekanntmachung. Festlegungen über die Zuständigkeit des BVwG könnten nicht bestandsfest werden. Eine Bereitstellung eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes gemäß Paragraph 15, TKG ohne Anzeige sei rechtswidrig. Die Anzeige sei vor der Bereitstellung zu erstatten, nämlich bereits dann, wenn die Bereitstellung beabsichtigt werde. Die Unterlassung sei mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert. Jede Anzeige müsse sich auf ein bestimmtes Kommunikationsnetz oder einen bestimmten Kommunikationsdienst beziehen. Die Anzeigen der römisch 40 gemäß Paragraph 15, TKG 2003 stammten aus dem Jahr 2003. Sie könnten sich nicht auf Insassentelefonie beziehen haben. Die XXXX sei weder im Zuge der Angebotsöffnung namentlich erwähnt noch namentlich ins Angebotsöffnungsprotokoll aufgenommen worden. Die technische Prüfung der Angebote sei unvollständig. Es sei nicht erkennbar, welche technische Lösung in Zukunft angeboten werde.

Am 20. Jänner 2014 nahm die Auftraggeberin zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

Am 27. Jänner 2014 brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass sie die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession dargelegt habe. Der Konzessionär erhalte sein Entgelt ausschließlich über die Benutzer insbesondere über die Erhebung von Gebühren. Die Dienstleistungskonzession charakterisiere sich daher durch eine Übertragung des Nutzungsrisikos. Ein Abschlusszwang bestehe aufgrund einer Exklusivstellung in keiner Weise. Es stehe den Insassen offen, Guthaben zu erwerben. Wenn mehrere Anbieter diese Dienstleistung für Insassen anböten, würde es zu keiner grundlegend anderen Situation kommen. Die Insassen müssten ein Guthaben erwerben. Das Betriebsrisiko würde auf mehrere Unternehmen aufgeteilt. Es liege eine Dienstleistungskonzession vor, da der Auftraggeber das gänzlich von ihm getragene Risiko der Dienstleistung ohne Zahlung eines Entgelts an ein Unternehmen übertrage. Die Antragstellerin übersehe bei den Rahmenbedingungen die technische Seite des Projekts, nämlich die Abhörfunktion und Speicherung, die Gesprächslimitierung sowie Nummernbeschränkung inklusive White- und Blacklisting. Wie es durch die Steuerung des Telefonieverhaltens gemäß § 86 Abs 1 StVG zu Mehreinnahmen des Konzessionärs kommen solle, sei nicht begründet. Eine Reglementierung des Telefonieverhaltens gemäß § 86 Abs 2 StVG sei lediglich zum ‚Wohle der Sicherheit und Ordnung vorgesehen. Gegebenenfalls könne die Kontaktaufnahme untersagt werden. Ein Telefonieverbot oder eine Beschränkung würden sich nur zum Nachteil des Konzessionärs auswirken und zu Mindereinnahmen führen. Das Telefonieverhalten der Insassen könne nicht vorhergesagt werden. Gemäß § 31 Abs 1 StVG müssten die Justizanstalten für den Unterhalt der Strafgefangenen sorgen. Die Gebühren eines Strafgefangenen seien auch gemäß §§ 96a iVm 92 StVG vom Bund zu tragen, wenn ein Strafgefangener ohne sein Verschulden nicht imstande sei, die Gebühr zu entrichten. Die Unterhaltungspflicht des Bundes gegenüber den Strafgefangenen könne nicht auf den Konzessionär übertragen werden. Es könne rein technisch nicht zu einem Negativstand des Telefonieguthabens und damit zu einer Haftungsübernahme durch den Bund kommen. Gemäß § 92 Abs 3 StVG dürften die Häftlinge zur Bestreitung von Postgebühren, wozu auch Telefonieentgelte zählten, private Gelder verwenden, was ihnen für andere Ausgaben untersagt sei. Dem Konzessionär werde ein wesentlicher Teil des Risikos übertragen. Es handle sich daher nicht um die Verwendung öffentlicher Mittel, da die Gebühren für den Erhalt eines Telefonieguthabens jedenfalls von den einzelnen Insassen selbst zu entrichten seien. Das Verwertungsrecht entspreche der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des EuGH in der Rs C-274/09. Die Bekanntmachung sei technisch nur als Dienstleistungsauftrag möglich gewesen, da es keine Formulare für eine Dienstleistungskonzession gebe. Die verfahrensrechtlichen Erfordernisse für eine Betriebsaufnahme gemäß § 15 TKG 2003 beschränkten sich auf eine Anzeige vor Betriebsaufnahme. Es könne daher nicht von einer Anzeigepflicht während des Vergabeverfahrens ausgegangen werden. Die Anzeige gemäß § 15 TKG 2003 sei für die Befugnis iSd BVergG nicht relevant. Es habe eine technische Angebotsprüfung stattgefunden und sei diese auch dokumentiert. Die technischen Angaben zur Beurteilung des angebotenen Systems und des Schlüsselpersonals seien im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Am 27. Jänner 2014 brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass sie die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession dargelegt habe. Der Konzessionär erhalte sein Entgelt ausschließlich über die Benutzer insbesondere über die Erhebung von Gebühren. Die Dienstleistungskonzession charakterisiere sich daher durch eine

Übertragung des Nutzungsrisikos. Ein Abschlusszwang bestehe aufgrund einer Exklusivstellung in keiner Weise. Es stehe den Insassen offen, Guthaben zu erwerben. Wenn mehrere Anbieter diese Dienstleistung für Insassen anböten, würde es zu keiner grundlegend anderen Situation kommen. Die Insassen müssten ein Guthaben erwerben. Das Betriebsrisiko würde auf mehrere Unternehmen aufgeteilt. Es liege eine Dienstleistungskonzession vor, da der Auftraggeber das gänzlich von ihm getragene Risiko der Dienstleistung ohne Zahlung eines Entgelts an ein Unternehmen übertrage. Die Antragstellerin übersehe bei den Rahmenbedingungen die technische Seite des Projekts, nämlich die Abhörfunktion und Speicherung, die Gesprächslimitierung sowie Nummernbeschränkung inklusive White- und Blacklisting. Wie es durch die Steuerung des Telefonieverhaltens gemäß Paragraph 86, Absatz eins, StVG zu Mehreinnahmen des Konzessionärs kommen solle, sei nicht begründet. Eine Reglementierung des Telefonieverhaltens gemäß Paragraph 86, Absatz 2, StVG sei lediglich zum Wohle der Sicherheit und Ordnung vorgesehen. Gegebenenfalls könne die Kontaktaufnahme untersagt werden. Ein Telefonieverbot oder eine Beschränkung würden sich nur zum Nachteil des Konzessionärs auswirken und zu Mindereinnahmen führen. Das Telefonieverhalten der Insassen könne nicht vorhergesagt werden. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, StVG müssten die Justizanstalten für den Unterhalt der Strafgefangenen sorgen. Die Gebühren eines Strafgefangenen seien auch gemäß Paragraphen 96 a, in Verbindung mit 92 StVG vom Bund zu tragen, wenn ein Strafgefangener ohne sein Verschulden nicht imstande sei, die Gebühr zu entrichten. Die Unterhaltungspflicht des Bundes gegenüber den Strafgefangenen könne nicht auf den Konzessionär übertragen werden. Es könne rein technisch nicht zu einem Negativstand des Telefonieguthabens und damit zu einer Haftungsübernahme durch den Bund kommen. Gemäß Paragraph 92, Absatz 3, StVG dürften die Häftlinge zur Bestreitung von Postgebühren, wozu auch Telefonieentgelte zählten, private Gelder verwenden, was ihnen für andere Ausgaben untersagt sei. Dem Konzessionär werde ein wesentlicher Teil des Risikos übertragen. Es handle sich daher nicht um die Verwendung öffentlicher Mittel, da die Gebühren für den Erhalt eines Telefonieguthabens jedenfalls von den einzelnen Insassen selbst zu entrichten seien. Das Verwertungsrecht entspreche der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des EuGH in der Rs C-274/09. Die Bekanntmachung sei technisch nur als Dienstleistungsauftrag möglich gewesen, da es keine Formulare für eine Dienstleistungskonzession gebe. Die verfahrensrechtlichen Erfordernisse für eine Betriebsaufnahme gemäß Paragraph 15, TKG 2003 beschränkten sich auf eine Anzeige vor Betriebsaufnahme. Es könne daher nicht von einer Anzeigepflicht während des Vergabeverfahrens ausgegangen werden. Die Anzeige gemäß Paragraph 15, TKG 2003 sei für die Befugnis iSd BVergG nicht relevant. Es habe eine technische Angebotsprüfung stattgefunden und sei diese auch dokumentiert. Die technischen Angaben zur Beurteilung des angebotenen Systems und des Schlüsselpersonals seien im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorgesehen.

Am 27. Jänner 2014 nahm die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erneut Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die "Exklusivität" der Auftraggeberin in gleicher Art und Weise zu Gute käme. Das Betriebsrisiko könne von Anfang an erheblich eingeschränkt sein, ohne dass dies einer Dienstleistungskonzession entgegen stünde. Es lasse sich auch kein "Abschlusszwang" konstruieren. Die Regelungen des Strafvollzugsgesetzes änderten nichts daran, dass der Konzessionär das volle Auslastungsrisiko trage. Er habe keinerlei Gewähr für einen bestimmten Umfang der Inanspruchnahme seiner Dienste. Die Berechtigung zur Bereitstellung eines öffentlichen Kommunikationsdienstes entstehe nicht erst mit der Anzeige nach § 15 TKG 2003. Die Möglichkeit der behördlichen Untersagung durch die Aufsichtsbehörde ändere daran nichts. In der Ausschreibung werde diese Anzeige nicht verlangt. Die Anzeige nach § 15 TKG sei nicht kundebezogen. In der Ausschreibung würden keine bestimmten "Systeme" oder "Lösungen" gefragt, sodass diese auch nicht zu prüfen seien. Am 27. Jänner 2014 nahm die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erneut Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die "Exklusivität" der Auftraggeberin in gleicher Art und Weise zu Gute käme. Das Betriebsrisiko könne von Anfang an erheblich eingeschränkt sein, ohne dass dies einer Dienstleistungskonzession entgegen stünde. Es lasse sich auch kein "Abschlusszwang" konstruieren. Die Regelungen des Strafvollzugsgesetzes änderten nichts daran, dass der Konzessionär das volle Auslastungsrisiko trage. Er habe keinerlei Gewähr für einen bestimmten Umfang der Inanspruchnahme seiner Dienste. Die Berechtigung zur Bereitstellung eines öffentlichen Kommunikationsdienstes entstehe nicht erst mit der Anzeige nach Paragraph 15, TKG 2003. Die Möglichkeit der behördlichen Untersagung durch die Aufsichtsbehörde ändere daran nichts. In der Ausschreibung werde diese Anzeige nicht verlangt. Die Anzeige nach Paragraph 15, TKG sei nicht kundebezogen. In der Ausschreibung würden keine bestimmten "Systeme" oder "Lösungen" gefragt, sodass diese auch nicht zu prüfen seien.

Am 29. Jänner 2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Darin beantragte Herr

XXXX, Rechtsvertreter der Antragstellerin, zur Frage, ob das vorliegende Beschaffungsverfahren ein Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession sei, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zu richten. Herr XXXX, Rechtsvertreter der Auftraggeberin, sprach sich gegen diesen Antrag aus, weil aufgrund der in den Schriftsätzen der Auftraggeberin zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes diese Frage beantwortet werden könne. Herr XXXX, Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, sprach sich auch gegen diesen Antrag aus, weil keine europarechtlichen Fragen zu klären seien. Darüber hinaus würde ein Vorabentscheidungsersuchen faktische Verhältnisse schaffen, die durch den Nachprüfungsantrag auch beabsichtigt seien, nämlich das bestehende Vertragsverhältnis zu verlängern. Herr XXXX, Mitarbeiter der vergebenden Stelle, gab an, dass bisher drei Lösungen in den 27 Justizanstalten verwendet worden seien. Aufgrund von Problemen in der Vergangenheit versuche der Bund jetzt, für alle Justizanstalten eine einheitliche Lösung zu schaffen. Der bisherige Vertrag enthalte das Wort Dienstleistungskonzession nicht, sehr wohl aber Festlegungen über das Risiko und darüber, dass keine Zahlungen vom Bund an den Dienstleistungserbringer flössen. Herr XXXX, Geschäftsführer der Antragstellerin, gab an, dass auch derzeit die Insassen die Telefonieleistungen selbst bezahlen, wobei die Justizanstalten das Geld einnehmen und an den Leistungserbringer weiterleiteten. Herr XXXX gab an, dass im Leistungsverzeichnis keine Konzepte, Produkte oder Referenzen bestehender Anlagen anzugeben seien. Am 29. Jänner 2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Darin beantragte Herr römisch 40, Rechtsvertreter der Antragstellerin, zur Frage, ob das vorliegende Beschaffungsverfahren ein Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession sei, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zu richten. Herr römisch 40, Rechtsvertreter der Auftraggeberin, sprach sich gegen diesen Antrag aus, weil aufgrund der in den Schriftsätzen der Auftraggeberin zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes diese Frage beantwortet werden könne. Herr römisch 40, Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, sprach sich auch gegen diesen Antrag aus, weil keine europarechtlichen Fragen zu klären seien. Darüber hinaus würde ein Vorabentscheidungsersuchen faktische Verhältnisse schaffen, die durch den Nachprüfungsantrag auch beabsichtigt seien, nämlich das bestehende Vertragsverhältnis zu verlängern. Herr römisch 40, Mitarbeiter der vergebenden Stelle, gab an, dass bisher drei Lösungen in den 27 Justizanstalten verwendet worden seien. Aufgrund von Problemen in der Vergangenheit versuche der Bund jetzt, für alle Justizanstalten eine einheitliche Lösung zu schaffen. Der bisherige Vertrag enthalte das Wort Dienstleistungskonzession nicht, sehr wohl aber Festlegungen über das Risiko und darüber, dass keine Zahlungen vom Bund an den Dienstleistungserbringer flössen. Herr römisch 40, Geschäftsführer der Antragstellerin, gab an, dass auch derzeit die Insassen die Telefonieleistungen selbst bezahlen, wobei die Justizanstalten das Geld einnehmen und an den Leistungserbringer weiterleiteten. Herr römisch 40 gab an, dass im Leistungsverzeichnis keine Konzepte, Produkte oder Referenzen bestehender Anlagen anzugeben seien.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

Zu A) Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291 BVergG in Senaten, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt. Bei den Angelegenheiten des § 291 BVergG handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß § 292 Abs 2 BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, BVergG in Senaten, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt. Bei den Angelegenheiten des Paragraph 291, BVergG handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den

Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß Paragraph 292, Absatz 2, BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß § 1 VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß § 58 Abs 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Paragraph eins, VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Gemäß § 345 Abs 17 Z 3 BVergG tritt ua der der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG tritt ua der der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft.

Gemäß § 345 Abs 17 Z 4 BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß § 345 Abs 17 Z 3 BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem 4. Teil des BVergG in Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, deren Zuständigkeit zur Weiterführung gemäß Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 1. Jänner 2014 neu zu laufen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 4, BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem 4. Teil des BVergG in Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, deren Zuständigkeit zur Weiterführung gemäß Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 1. Jänner 2014 neu zu laufen.

Nach § 311 BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner §§ 1 bis 5 und seines IV. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen. Nach Paragraph 311, BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner Paragraphen eins bis 5 und seines römisch vier. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen.

Gemäß § 8 BVergG sind Dienstleistungskonzessionsverträge Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Gemäß Paragraph 8, BVergG sind Dienstleistungskonzessionsverträge Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Gemäß § 6 BVergG sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind. Gemäß Paragraph 6, BVergG sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge römisch drei (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder römisch vier (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind.

Fernmeldewesen ist eine prioritäre Dienstleistung nach Kategorie 5 in Anh III zum BVergG. Fernmeldewesen ist eine prioritäre Dienstleistung nach Kategorie 5 in Anh römisch drei zum BVergG.

Gemäß § 11 BVergG gelten für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen durch Auftraggeber ausschließlich die §§ 3 Abs 1 und 6, 8, 49, 87a, 99a, 336, 344 und 345 Abs 1 bis 3 BVergG. Dienstleistungskonzessionsverträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und, soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Vertrages erforderlich erscheint, grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes entspricht,

zu vergeben. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur zulässig, sofern der geschätzte Leistungswert € 100 000 ohne Umsatzsteuer nicht übersteigt; die Anwendung des Art 5 Abs 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr 1370/2007 bleibt unberührt. § 3 Abs 5 BVergG ist bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen sinngemäß anzuwenden. Gemäß Paragraph 11, BVergG gelten für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen durch Auftraggeber ausschließlich die Paragraphen 3, Absatz eins und 6, 8, 49, 87 a, 99 a, 336, 344 und 345 Absatz eins bis 3 BVergG. Dienstleistungskonzessionsverträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und, soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Vertrages erforderlich erscheint, grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur zulässig, sofern der geschätzte Leistungswert € 100 000 ohne Umsatzsteuer nicht übersteigt; die Anwendung des Artikel 5, Absatz 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr 1370 aus 2007, bleibt unberührt. Paragraph 3, Absatz 5, BVergG ist bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen sinngemäß anzuwenden.

Gemäß § 25 Abs 1 StVG hat der Anstaltsleiter die Anordnungen über die Besuchszeiten (§ 94 Abs. 1 StVG), über das mündliche Vorbringen von Ansuchen und Beschwerden (§§ 119 und 120 Abs 2 StVG) und andere unter Berücksichtigung der Verhältnisse der Anstalt ergehende allgemeine Anordnungen über den Vollzug, soweit sie das Verhalten der Strafgefangenen betreffen und ihrer Art nach nicht bloß vorübergehender Natur sind, in einer Hausordnung zusammenzufassen. Die Hausordnung bedarf der Genehmigung der Vollzugsdirektion. Gemäß Paragraph 25, Absatz eins, StVG hat der Anstaltsleiter die Anordnungen über die Besuchszeiten (Paragraph 94, Absatz eins, StVG), über das mündliche Vorbringen von Ansuchen und Beschwerden (Paragraphen 119 und 120 Absatz 2, StVG) und andere unter Berücksichtigung der Verhältnisse der Anstalt ergehende allgemeine Anordnungen über den Vollzug, soweit sie das Verhalten der Strafgefangenen betreffen und ihrer Art nach nicht bloß vorübergehender Natur sind, in einer Hausordnung zusammenzufassen. Die Hausordnung bedarf der Genehmigung der Vollzugsdirektion.

Gemäß § 31 Abs 1 StVG haben die Anstalten zum Vollzug von Freiheitsstrafen nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für den Unterhalt der Strafgefangenen zu sorgen. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, StVG haben die Anstalten zum Vollzug von Freiheitsstrafen nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für den Unterhalt der Strafgefangenen zu sorgen.

Soweit die Strafgefangenen sich Sachgüter oder Leistungen gegen Entgelt verschaffen dürfen, können sie gemäß § 31 Abs 2 StVG dafür außer in den in diesem Bundesgesetz bestimmten Fällen nur das Hausgeld verwenden. Soweit die Strafgefangenen sich Sachgüter oder Leistungen gegen Entgelt verschaffen dürfen, können sie gemäß Paragraph 31, Absatz 2, StVG dafür außer in den in diesem Bundesgesetz bestimmten Fällen nur das Hausgeld verwenden.

Die Strafgefangenen dürfen gemäß § 33 Abs 1 StVG weder Geld noch andere als die ihnen bei der Aufnahme belassenen oder später ordnungsgemäß überlassenen Gegenstände in ihrem Gewahrsam haben. Die Strafgefangenen dürfen gemäß Paragraph 33, Absatz eins, StVG weder Geld noch andere als die ihnen bei der Aufnahme belassenen oder später ordnungsgemäß überlassenen Gegenstände in ihrem Gewahrsam haben.

Werden bei einem Strafgefangenen Geld oder Gegenstände entdeckt, die ihm nicht ordnungsgemäß überlassen worden sind, so sind gemäß § 37 Abs 1 StVG das Geld und die Gegenstände zugunsten des Bundes für verfallen zu erklären, soweit nicht dritte Personen ein nach § 367 ABGB geschütztes Eigentum nachweisen und sie an dem Zustandekommen des verbotenen Besitzes kein Verschulden trifft. Ebenso ist vorzugehen, wenn sonst im Bereich einer Anstalt zum Vollzug von Freiheitsstrafen verborgenes Geld oder verborgene Gegenstände (§ 395 ABGB) oder Sachen entdeckt werden, die offensichtlich dazu bestimmt sind, dass sie einem Strafgefangenen entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zukommen. Werden bei einem Strafgefangenen Geld oder Gegenstände entdeckt, die ihm nicht ordnungsgemäß überlassen worden sind, so sind gemäß Paragraph 37, Absatz eins, StVG das Geld und die Gegenstände zugunsten des Bundes für verfallen zu erklären, soweit nicht dritte Personen ein nach Paragraph 367, ABGB geschütztes Eigentum nachweisen und sie an dem Zustandekommen des verbotenen Besitzes kein Verschulden trifft. Ebenso ist vorzugehen, wenn sonst im Bereich einer Anstalt zum Vollzug von Freiheitsstrafen verborgenes Geld oder verborgene Gegenstände (Paragraph 395, ABGB) oder Sachen entdeckt werden, die offensichtlich dazu bestimmt sind, dass sie einem Strafgefangenen entgegen den Bestimmungen dieses

Bundesgesetzes zukommen.

Gemäß § 44 Abs 1 StVG ist jeder arbeitsfähige Strafgefangene verpflichtet, Arbeit zu leisten. Gemäß Paragraph 44, Absatz eins, StVG ist jeder arbeitsfähige Strafgefangene verpflichtet, Arbeit zu leisten.

Gemäß § 54 Abs 1 StVG ist die Arbeitsvergütung dem Strafgefangenen monatlich im Nachhinein nach Abzug des Vollzugskostenbeitrages (§ 32 Abs 2 erster Fall und Abs 3 StVG) sowie des auf ihn entfallenden Anteils am Arbeitslosenversicherungsbeitrag je zur Hälfte als Hausgeld und als Rücklage gutzuschreiben. Die im § 53 StVG angeführten außerordentlichen Arbeitsvergütungen sind zur Gänze dem Hausgeld zuzuschreiben. Für die Bemessung des Hausgeldes ist die Höhe der Arbeitsvergütung im Zeitpunkt der Gutschrift maßgebend. Die Bemessung der Rücklage richtet sich nach der Höhe der Arbeitsvergütung im Zeitpunkt der Auszahlung oder Verwendung. Gemäß Paragraph 54, Absatz eins, StVG ist die Arbeitsvergütung dem Strafgefangenen monatlich im Nachhinein nach Abzug des Vollzugskostenbeitrages (Paragraph 32, Absatz 2, erster Fall und Absatz 3, StVG) sowie des auf ihn entfallenden Anteils am Arbeitslosenversicherungsbeitrag je zur Hälfte als Hausgeld und als Rücklage gutzuschreiben. Die im Paragraph 53, StVG angeführten außerordentlichen Arbeitsvergütungen sind zur Gänze dem Hausgeld zuzuschreiben. Für die Bemessung des Hausgeldes ist die Höhe der Arbeitsvergütung im Zeitpunkt der Gutschrift maßgebend. Die Bemessung der Rücklage richtet sich nach der Höhe der Arbeitsvergütung im Zeitpunkt der Auszahlung oder Verwendung.

Gemäß § 54 Abs 2 StVG steht das Hausgeld dem Strafgefangenen unbeschadet der §§ 24 Abs 3a, 32a Abs 4, 54a, 107 Abs. 4, 112 Abs 2, 113 und 114 Abs 2 StVG für die Verschaffung von Sachgütern und Leistungen nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zur Verfügung. Die Rücklage dient unbeschadet des § 54a StVG der Vorsorge für den Unterhalt in der ersten Zeit nach der Entlassung. Gemäß Paragraph 54, Absatz 2, StVG steht das Hausgeld dem Strafgefangenen unbeschadet der Paragraphen 24, Absatz 3 a, 32 a, Absatz 4, 54 a, 107, Absatz 4, 112, Absatz 2, 113 und 114 Absatz 2, StVG für die Verschaffung von Sachgütern und Leistungen nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zur Verfügung. Die Rücklage dient unbeschadet des Paragraph 54 a, StVG der Vorsorge für den Unterhalt in der ersten Zeit nach der Entlassung.

Gemäß § 86 Abs 1 StVG dürfen die Strafgefangenen nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit anderen Personen und Stellen schriftlich verkehren und Telefongespräche führen sowie Besuche empfangen. Die §§ 103 Abs 3, 112 Abs 2 und 114 Abs 2 StVG bleiben unberührt. Gemäß Paragraph 86, Absatz eins, StVG dürfen die Strafgefangenen nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit anderen Personen und Stellen schriftlich verkehren und Telefongespräche führen sowie Besuche empfangen. Die Paragraphen 103, Absatz 3, 112, Absatz 2 und 114 Absatz 2, StVG bleiben unberührt.

Gemäß § 86 Abs 2 StVG sind Briefverkehr, Telefongespräche und Besuche jedoch zu untersagen, soweit davon eine Gefährdung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt oder ein ungünstiger Einfluss auf den Strafgefangenen zu befürchten ist. § 96 StVG bleibt unberührt. Gemäß Paragraph 86, Absatz 2, StVG sind Briefverkehr, Telefongespräche und Besuche jedoch zu untersagen, soweit davon eine Gefährdung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt oder ein ungünstiger Einfluss auf den Strafgefangenen zu befürchten ist. Paragraph 96, StVG bleibt unberührt.

Gemäß § 92 Abs 1 StVG dürfen Postsendungen der Strafgefangenen nur abgesendet werden, wenn die Beförderungsgebühr hierfür entrichtet worden ist. Die Postgebühren tragen die Strafgefangenen. Gemäß Paragraph 92, Absatz eins, StVG dürfen Postsendungen der Strafgefangenen nur abgesendet werden, wenn die Beförderungsgebühr hierfür entrichtet worden ist. Die Postgebühren tragen die Strafgefangenen.

Gemäß § 92 Abs 2 StVG sind eingehende Postsendungen, die mit Gebühren belastet sind, nur anzunehmen, wenn der Strafgefangene für die Gebühr aufkommt. Gemäß Paragraph 92, Absatz 2, StVG sind eingehende Postsendungen, die mit Gebühren belastet sind, nur anzunehmen, wenn der Strafgefangene für die Gebühr aufkommt.

Gemäß § 92 Abs 3 StVG dürfen die Strafgefangenen zur Bestreitung der Postgebühren auch Gelder verwenden, die ihnen sonst für die Verschaffung von Leistungen im Strafvollzuge nicht zur Verfügung stehen. Ist ein Strafgefangener ohne sein Verschulden nicht imstande, die Gebühren zu bestreiten, so sind sie vom Bunde zu tragen. Gemäß Paragraph 92, Absatz 3, StVG dürfen die Strafgefangenen zur Bestreitung der Postgebühren auch Gelder verwenden, die ihnen sonst für die Verschaffung von Leistungen im Strafvollzuge nicht zur Verfügung stehen. Ist ein Strafgefangener ohne sein Verschulden nicht imstande, die Gebühren zu bestreiten, so sind sie vom Bunde zu tragen.

Gemäß § 96a StVG sind Strafgefangenen aus berücksichtigungswürdigen Gründen Telefongespräche, insbesondere mit Angehörigen, Sachwaltern und sozialen Einrichtungen sowie mit öffentlichen Stellen, Rechtsbeiständen und Betreuungsstellen (§ 90b Abs 4 bis 6 StVG), zu ermöglichen. Der Inhalt der zwischen den Strafgefangenen und den im § 90b Abs 4 bis 6 StVG genannten Personen und Stellen geführten Gespräche ist nicht zu überwachen; im übrigen kann auf eine Überwachung des Gesprächsinhalts verzichtet werden, soweit keine Bedenken bestehen. Soweit der Gesprächsinhalt überwacht wird, gelten die §§ 94 Abs. 3 und 4 und 95 StVG sinngemäß. Für die Bestreitung der Kosten gilt § 92 StVG sinngemäß. Gemäß Paragraph 96 a, StVG sind Strafgefangenen aus berücksichtigungswürdigen Gründen Telefongespräche, insbesondere mit Angehörigen, Sachwaltern und sozialen Einrichtungen sowie mit öffentlichen Stellen, Rechtsbeiständen und Betreuungsstellen (Paragraph 90 b, Absatz 4 bis 6 StVG), zu ermöglichen. Der Inhalt der zwischen den Strafgefangenen und den im Paragraph 90 b, Absatz 4 bis 6 StVG genannten Personen und Stellen geführten Gespräche ist nicht zu überwachen; im übrigen kann auf eine Überwachung des Gesprächsinhalts verzichtet werden, soweit keine Bedenken bestehen. Soweit der Gesprächsinhalt überwacht wird, gelten die Paragraphen 94, Absatz 3 und 4 und 95 StVG sinngemäß. Für die Bestreitung der Kosten gilt Paragraph 92, StVG sinngemäß.

Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

1. Feststellungen (Sachverhalt)

Die Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Justiz vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH schreibt unter der Bezeichnung "Insassentelefonie BMJ - GZ 2391.01873" die Insassentelefonie neu aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt €

700.000 ohne USt pro Jahr. Die Laufzeit beträgt vier Jahre. Dazu veröffentlichte sie im Supplement zum Amtsblatt der EU und im Amtlichen Lieferungsanzeiger, beide abgesandt am 29. April 2013, eine Bekanntmachung. Darin war der Auftrag als Dienstleistungsauftrag bezeichnet. In den Unterlagen zur Ausschreibung ist das Beschaffungsvorhaben als Dienstleistungskonzession bezeichnet. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Der CPV-Code ist für den Hauptgegenstand 32551200, für ergänzende Gegenstände 32551400, 32552100 und 64215000. Das Vergabeverfahren ist in der Bekanntmachung als offenes Verfahren, in der den Ausschreibungsunterlagen als offenes Verfahren in Anlehnung an das BVergG 2006 bezeichnet. Mit der 1. Berichtigung vom 28. Mai 2013 änderte die Auftraggeberin Punkt 13.1.1 in der Beilage Leistungsverzeichnis und Preisblatt. Mit der 2. Berichtigung verlängerte die Auftraggeberin die Angebotsfrist bis zum 19. August 2013 und adaptierte die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und die Checkliste. Mit der 3. Berichtigung verlängerte die Auftraggeberin die Angebotsfrist bis zum 1. Oktober 2013 und adaptierte die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und die Checkliste. Mit der 4. Berichtigung und 1. Fragebeantwortung beantwortete die Auftraggeberin Fragen der Bewerber, verlängerte die Angebotsfrist bis 5. November 2013, adaptierte die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, den Dienstleistungskonzessionsvertrag, das Leistungsverzeichnis und Preisblatt, strich das Arbeitsblatt "Netzwerk 1" sowie die Beilagen Angebots-Checkliste und AVB-IT_2011-06_Hardware und schloss die Beilagen e-Rechnungsfelder und IVV-Schnittstellenbeschreibung an. In der 2. Fragebeantwortung beantwortete die Auftraggeberin Fragen der Bewerber. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Dokument "Allgemeine Ausschreibungsbedingungen in Anlehnung an ein offenes Verfahren gem. BVergG 2006 betreffend Insassentelefonie" lautet auszugsweise wie folgt:

"...

1.2 Allgemeines zu diesem Vergabeverfahren

4 ...

7 Das BVergG 2006 ist auf die Vergabe einer Dienstleistungskonzession nur eingeschränkt anwendbar. Dennoch erfolgt die gegenständliche Vergabe nach Maßgabe des § 11 BVergG 2006 in Anlehnung an ein Offenes Verfahren gem. BVergG 2006. 7 Das BVergG 2006 ist auf die Vergabe einer Dienstleistungskonzession nur eingeschränkt anwendbar.

Dennoch erfolgt die gegenständliche Vergabe nach Maßgabe des Paragraph 11, BVergG 2006 in Anlehnung an ein Offenes Verfahren gem. BVergG 2006.

1.3 Rechtsschutz

8 Die zuständigen Vergabekontrollbehörden sind die sachlich und örtlich zuständigen ordentlichen Gerichte.

2 Ziel dieses Vergabeverfahrens / Auftragsgegenstand

2.1 Ziel dieses Vergabeverfahrens

9 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist die Vergabe einer Dienstleistungskonzession über die Erbringung der im Leistungsverzeichnis genau spezifizierten Leistungen zur Insassentelefonie in den dort aufgelisteten Justizanstalten.

2.2 Auftragsgegenstand (Leistungsbeschreibung)

10 Der zu vergebende Auftrag umfasst die Realisierung der erforderlichen Leistungen entsprechend dem Leistungsverzeichnis.

11 Das Leistungsverzeichnis enthält eine detaillierte Leistungsbeschreibung.

...

4 Das Vergabeverfahren

4.1 Rechtliche Grundlagen und Art des Vergabeverfahrens

16 Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung erfolgt in Anlehnung an ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen. Das BVergG 2006 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen kommt nur nach Maßgabe der Bestimmung gem. § 11 BVergG 2006 zur Anwendung. 16 Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung erfolgt in Anlehnung an ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen. Das BVergG 2006 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen kommt nur nach Maßgabe der Bestimmung gem. Paragraph 11, BVergG 2006 zur Anwendung.

17 ...

4.3 Fragen zum Vergabeverfahren, Berichtigungen

21 ..

22 Der Bieter akzeptiert mit der Angebotsabgabe, dass Fehleinschätzungen des Bieters und daraus allenfalls folgende Kalkulationsirrtümer ein Teil des unternehmerischen Risikos sind, die ihn nicht zur Irrtumsanfechtung berechtigen.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Dokument "Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen Dienstleistungskonzessionsvertrag betreffen Insassentelefonie" lautet auszugsweise wie folgt:

"1 Vorbemerkung

1.1 Allgemeines zur Form des Textes

1 Der in diesem Vergabeverfahren ermittelte Billigstbieter ist im Folgenden als ‚Dienstleistungskonzessionär‘ bezeichnet.

2 ...

4 Vertragsgegenstand

4.1 Ziel des Dienstleistungskonzessionsvertrages

9 Ziel dieses Dienstleistungskonzessionsvertrages ist die unbefristete Erbringung der erforderlichen Leistungen entsprechend dem Leistungsverzeichnis.

4.2 Leistungsumfang

10 Die weltweite Vermittlung von Telefongesprächen für die Insassen der Justizanstalten entsprechend den im Leistungsverzeichnis näher ausgeführten Rahmenbedingungen.

4.3 Mengengerüst

11 Das als Kalkulationsgrundlage dienende Mengengerüst ist im Leistungsverzeichnis und im Preisblatt ersichtlich. Die dort angeführten Mengen bilden das hinkünftig angenommene Telefonieverhalten ab und wurden auf der Grundlage von historischen Daten des Auftraggebers ermittelt.

12 Abweichungen hinsichtlich Telefonieverhalten und Hardwarebezug gegenüber der im Mengengerüst definierten Mengen und Häufigkeiten sind entsprechend den jeweiligen tatsächlichen Anforderungen der Auftraggeber in jedem Ausmaß möglich.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 5. November 2013, 10.15 Uhr bis 10.42 Uhr fand die Angebotsöffnung statt. Neben zwei Vertretern der Auftraggeberin waren Vertreter der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagempfängerin anwesend. Die abgegebenen Angebote hatten folgende verlesene Angebotspreise ohne USt.

PXXXX € 549.490,46

XXXX € 582.125,52 römisch 40 € 582.125,52

XXXX € 635.907,30 römisch 40 € 635.907,30

Alle Angebote benannten Subunternehmer und gaben jenen Teil des Auftrags an, der an den Subunternehmer weitergegeben werden sollte.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Zuschlagsentscheidung lautet wie folgt:

"Zuschlagsentscheidung

Sehr geehrter Bieter!

Sie haben zu dem Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung von Insassentelefonie fürs BMJ, BBG-GZ 2391.01873, ein Angebot gelegt.

Der Auftraggeber beabsichtigt aufgrund der Ergebnisse der Billigstbieterermittlung den Zuschlag an folgendes Unternehmen zu erteilen:

PXXXX - Gesamtpreis EUR 659.388,55,--

Begründung:

Billigstbieterprinzip

Das Angebot des erfolgreichen Bieters ist aufgrund des bewertungsrelevanten Angebotspreises von EUR 659.388,55,-- das billigste Angebot.

Ihr Angebot liegt mit einem bewertungsrelevanten Angebotspreis von EUR 763.088,76 über diesem Wert.

ACHTUNG:

Die in dieser Bekanntmachung enthaltenen Informationen über die Identität und Bewertung der ausgewählten Bieter sind aufgrund gesetzlicher Bestimmungen vertraulich zu behandeln. Eine Verletzung der Vertraulichkeit kann schwerwiegende rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Die Angebote wurden noch nicht geöffnet. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte € 9.000 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als sie unbestritten geblieben sind. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Gegenstand der Ausschreibung ist eine Dienstleistung. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 1 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Gegenstand der Ausschreibung ist eine Dienstleistung. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung von Vergabeverfahren betreffend den Auftraggeber Republik Österreich (Bund) und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung von Vergabeverfahren betreffend den Auftraggeber Republik Österreich (Bund) und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde beim Bundesvergabeamt eingebracht, das am 27. Dezember 2013 für die Nachprüfung von Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig war. Die Zuständigkeit zur Fortführung von Nachprüfungsverfahren ging durch das Inkrafttreten der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des 4. Teils des BVergG gemäß § 345 Abs 17 Z 3 BVergG am 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht über, wobei gemäß § 345 Abs 17 Z 4 BVergG die Entscheidungsfrist zu diesem Zeitpunkt neu zu laufen begann. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde beim Bundesvergabeamt eingebracht, das am 27. Dezember 2013 für die Nachprüfung von Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig war. Die Zuständigkeit zur Fortführung von Nachprüfungsverfahren ging durch das Inkrafttreten der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des 4. Teils des BVergG gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG am 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht über, wobei gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 4, BVergG die Entscheidungsfrist zu diesem Zeitpunkt neu zu laufen begann.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen des Auftraggebers Republik Österreich (Bund) zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen des Auftraggebers Republik Österreich (Bund) zuständig.

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts hängt an der Frage, ob es sich bei der gegenständlichen Beschaffung um einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession handelt. Diese Frage ist als Vorfrage zu klären. Unstrittig ist der Leistungsgegenstand eine Dienstleistung. Strittig ist die Entrichtung des Entgelts.

Vorauszuschicken ist, dass Telekommunikation grundsätzlich eine Sektorentätigkeit und damit eine Tätigkeit der Daseinsvorsorge darstellt. Dies zeigt sich daran, dass Telekommunikation gemäß Art 2 Abs 1 iVm Abs 2 Buchst d RL 93/38/EWG so lange in gleicher Weise wie die Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser, Strom, Gas, Elektrizität, Wärme und Verkehrsdienstleistungen den besonderen Regelungen der Richtlinie 93/38/EWG unterworfen war, bis sich ein echter Wettbewerb entwickelt hat und die Bevorzugung bestimmter Lieferanten durch eine monopolartige Stellung der Dienstleistungserbringer nicht mehr zu befürchten war. Daher wurde die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/38/EWG auf Auftragsvergaben von Auftraggebern im Bereich der Telekommunikation gemäß Art 8 RL 93/38/EWG ausgeschlossen und Beschaffungsmaßnahmen in diesem Bereich keiner speziellen Regelung mehr unterworfen, weil

ein entsprechender Rechtsrahmen besteht und ein echter Wettbewerb herrscht (Begründungserwägung 5 RL 2004/17/EG). Vorauszuschicken ist, dass Telekommunikation grundsätzlich eine Sektorentätigkeit und damit eine Tätigkeit der Daseinsvorsorge darstellt. Dies zeigt sich daran, dass Telekommunikation gemäß Artikel 2, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 2, Buchst d RL 93/38/EWG so lange in gleicher Weise wie die Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser, Strom, Gas, Elektrizität, Wärme und Verkehrsdienstleistungen den besonderen Regelungen der Richtlinie 93/38/EWG unterworfen war, bis sich ein echter Wettbewerb entwickelt hat und die Bevorzugung bestimmter Lieferanten durch eine monopolartige Stellung der Dienstleistungserbringer nicht mehr zu befürchten war. Daher wurde die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/38/EWG auf Auftragsvergaben von Auftraggebern im Bereich der Telekommunikation gemäß Artikel 8, RL 93/38/EWG ausgeschlossen und Beschaffungsmaßnahmen in diesem Bereich keiner speziellen Regelung mehr unterworfen, weil ein entsprechender Rechtsrahmen besteht und ein echter Wettbewerb herrscht (Begründungserwägung 5 RL 2004/17/EG).

Der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession besteht in der Art des Entgelts der Erbringung der Dienstleistung. Diese Auslegung hat unionsrechtskonform zu erfolgen (VwGH 13. 11. 2013, 2012/04/0022 und 0023 unter Verweis auf EuGH 10. 11. 2011, C-348/10, Norma-A und Dekom, Rn 40).

"41 Aus den in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d und Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 definierten Begriffen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags und der Dienstleistungskonzession geht hervor, dass der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen liegt. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil Eurawasser, Randnr. 51)."41 Aus den in Artikel eins, Absatz 2, Buchst. a und d und Absatz 3, der Richtlinie 2004/17 definierten Begriffen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags und der Dienstleistungskonzession geht hervor, dass der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen liegt. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises vergleiche in diesem Sinne u. a. Urteil Eurawasser, Randnr. 51).

42 Bei einem Vertrag über Dienstleistungen erfüllt der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, das in Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 vorgesehene Erfordernis einer Gegenleistung (vgl. u. a. Urteil Eurawasser, Randnr. 57)." (EuGH 10. 11. 2011, C-348/10, Norma-A und Dekom)42 Bei einem Vertrag über Dienstleistungen erfüllt der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, das in Artikel eins, Absatz 3, Buchst. b der Richtlinie 2004/17 vorgesehene Erfordernis einer Gegenleistung vergleiche u. a. Urteil Eurawasser, Randnr. 57)." (EuGH 10. 11. 2011, C-348/10, Norma-A und Dekom)

"27 Zum einen stellt eine solche Vereinbarung, soweit sie den Zessionar verpflichtet, die übertragene Tätigkeit auszuüben, einen öffentlichen Auftrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II der Richtlinie 2004/18 dar, der nur im Hinblick auf die Art der Vergütung abweicht, da die Gegenleistung für die Erbringung der Fernsehdienste entsprechend der Definition des Art. 1 Abs. 4 dieser Richtlinie in dem Recht zur Nutzung der betreffenden Dienstleistung besteht. Zum anderen ist die Voraussetzung, dass das mit der Tätigkeit verbundene Betriebsrisiko auf den Konzessionär übertragen werden muss (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Slg. 2009, I-4779, Randnr. 72, sowie vom 10. März 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, Slg. 2011, I-1335, Randnr. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung), im Rahmen dieser Vereinbarung ebenfalls erfüllt." (EuGH 14. 11. 2013, C-221/12, Belgacom)"27 Zum einen stellt eine solche Vereinbarung, soweit sie den Zessionar verpflichtet, die übertragene Tätigkeit auszuüben, einen öffentlichen Auftrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II der Richtlinie 2004/18 dar, der nur im Hinblick auf die Art der Vergütung abweicht, da die Gegenleistung für die Erbringung der Fernsehdienste entsprechend der Definition des Artikel eins, Absatz 4, dieser Richtlinie in dem Recht zur Nutzung der betreffenden Dienstleistung besteht. Zum anderen ist die Voraussetzung, dass das mit der Tätigkeit verbundene Betriebsrisiko auf

den Konzessionär übertragen werden muss vergleiche in diesem Sinne Urteile vom 11. Juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Slg. 2009, I-4779, Randnr. 72, sowie vom 10. März 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, Slg. 2011, I-1335, Randnr. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung), im Rahmen dieser Vereinbarung ebenfalls erfüllt." (EuGH 14. 11. 2013, C-221/12, Belgacom)

"45 Daher ist zu prüfen, ob der Leistungserbringer das Betriebsrisiko übernimmt. Dieses Risiko kann zwar von Beginn an erheblich eingeschränkt sein; für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ist allerdings erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber das auf ihm lastende Risiko in vollem Umfang oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Randnr. 29)." (EuGH 10. 11. 2011, C-348/10, Norma-A und Dekom)"45 Daher ist zu prüfen, ob der Leistungserbringer das Betriebsrisiko übernimmt. Dieses Risiko kann zwar von Beginn an erheblich eingeschränkt sein; für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ist allerdings erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber das auf ihm lastende Risiko in vollem Umfang oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt vergleiche in diesem Sinne u. a. Urteil Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Randnr. 29)." (EuGH 10. 11. 2011, C-348/10, Norma-A und Dekom)

"72 Es ist üblich, dass für bestimmte Tätigkeitsbereiche, insbesondere Bereiche, die die öffentliche Daseinsvorsorge betreffen, wie z. B. die Wasserversorgung und die Abwasserbeseitigung, Regelungen gelten, die eine Begrenzung der wirtschaftlichen Risiken bewirken können.

73 Zum einen erleichtert die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung, der die Nutzung der Dienstleistung in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht unterworfen ist, die Kontrolle ihrer Nutzung und vermindert die Faktoren, die die Transparenz beeinträchtigen und den Wettbewerb verfälschen können.

74 Zum anderen muss es den redlich handelnden öffentlichen Auftraggebern weiterhin freistehen, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist, und zwar selbst dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko erheblich eingeschränkt ist.

75 Es wäre außerdem nicht sachgerecht, von einer Behörde, die eine Konzession vergibt, zu verlangen, dass sie für einen schärferen Wettbewerb und ein höheres wirtschaftliches Risiko sorgt, als sie in dem betreffenden Sektor aufgrund der für ihn geltenden Regelungen existieren.

76 Da der öffentliche Auftraggeber keinen Einfluss auf die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Dienstleistung hat, kann er in solchen Fällen keine Risikofaktoren einführen und daher auch nicht übertragen, die durch diese Ausgestaltung ausgeschlossen sind.

77 Selbst wenn das Risiko des öffentlichen Auftraggebers erheblich eingeschränkt ist, ist es jedenfalls für die Annahme einer Dienstleistungskonzession erforderlich, dass er das volle Betriebsrisiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt." (EuGH 10. 9. 2009, C-206/08, Eurawasser)

"37 Insoweit ist zu beachten, dass das wirtschaftliche Betriebsrisiko der Dienstleistung als das Risiko zu verstehen ist, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein (vgl. in diesem Sinne Urteil Eurawasser, Randnrn. 66 und 67), das sich im Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden, dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen oder dem Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung äußern kann (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. Oktober 2005, Contse u. a., C-234/03, Slg. 2005, I-9315, Randnr. 22, und Hans & Christophorus Oymanns, Randnr. 74)."37 Insoweit ist zu beachten, dass das wirtschaftliche Betriebsrisiko der Dienstleistung als das Risiko zu verstehen ist, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein vergleiche in diesem Sinne Urteil Eurawasser, Randnrn. 66 und 67), das sich im Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden, dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen oder dem Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung äußern kann vergleiche in diesem Sinne Urteile vom 27. Oktober 2005, Contse u. a., C-234/03, Slg. 2005, I-9315, Randnr. 22, und Hans & Christophorus Oymanns, Randnr. 74).

38 Hingegen sind Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Wirtschaftsteilnehmers ergeben, für die Einordnung eines Vertrags als öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession nicht entscheidend, da diese Risiken jedem Vertrag immanent sind, ob es sich dabei um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder um eine Dienstleistungskonzession handelt." (EuGH 10. 3. 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler)

Bei einem Dienstleistungsauftrag bezieht der Auftragnehmer somit gemäß § 6 BVergG das Entgelt für die Erbringung der Dienstleistung vom Auftraggeber. Bei einer Dienstleistungskonzession besteht dieses Entgelt gemäß § 8 BVergG in dem Recht, diese Dienstleistung allenfalls unter Zuzahlung eines Preises zu nutzen. Dabei erbringt der Auftragnehmer die Dienstleistung an Stelle des Auftraggeber gegenüber vom Auftraggeber Dritten und verlangt von diesen Dritten das Entgelt. Das Risiko, das mit der Erbringung der Dienstleistung zusammenhängt, trägt der Dienstleistungserbringer. Zu prüfen sind daher einerseits die Bezahlung der Dienstleistung und andererseits das Risiko, das der Dienstleistungserbringer zu tragen hat. Bei einem Dienstleistungsauftrag bezieht der Auftragnehmer somit gemäß Paragraph 6, BVergG das Entgelt für die Erbringung der Dienstleistung vom Auftraggeber. Bei einer Dienstleistungskonzession besteht dieses Entgelt gemäß Paragraph 8, BVergG in dem Recht, diese Dienstleistung allenfalls unter Zuzahlung eines Preises zu nutzen. Dabei erbringt der Auftragnehmer die Dienstleistung an Stelle des Auftraggeber gegenüber vom Auftraggeber Dritten und verlangt von diesen Dritten das Entgelt. Das Risiko, das mit der Erbringung der Dienstleistung zusammenhängt, trägt der Dienstleistungserbringer. Zu prüfen sind daher einerseits die Bezahlung der Dienstleistung und andererseits das Risiko, das der Dienstleistungserbringer zu tragen hat.

Als Vorfrage sind die in den Schriftsätzen erörterten Rahmenbedingungen der Erbringung der Dienstleistung zu prüfen. Dem Strafvollzug immanent ist, dass die Insassen von Strafvollzugsanstalten Freiheitsbeschränkungen unterworfen sind. Die Steuerung durch die jeweilige Anstaltsleitung, indem sie gemäß § 25 Abs 1 StVG eine Hausordnung erlässt. Ebenso trifft gemäß § 31 Abs 1 StVG den Staat die Verpflichtung für den Unterhalt der Häftlinge zu sorgen, wobei diese jedoch gemäß § 44 Abs 1 StVG verpflichtet sind, Arbeit zu leisten. Dieser Unterhalt besteht aus dem Hausgeld gemäß § 54 Abs 1 StVG, über das die Insassen nach Maßgabe des StVG frei verfügen dürfen, um sich gemäß § 54 Abs 2 StVG Leistungen gemäß § 31 Abs 2 StVG zu verschaffen. Andere Gegenstände oder Geld dürfen sie gemäß § 33 Abs 1 StVG nicht bei sich haben, andernfalls es gemäß § 37 Abs 1 StVG zu Gunsten des Bundes für verfallen zu erklären ist. Telefonieren dürfen die Insassen gemäß § 86 Abs 1 StVG grundsätzlich frei, wobei jedoch gemäß § 86 Abs 2 StVG Einschränkungen dieses Rechts zur Vermeidung einer Gefährdung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt oder eines ungünstiger Einfluss auf den Strafgefangenen möglich sind. Die Kosten haben die Insassen gemäß § 92 Abs 1 und 2 StVG selbst zu tragen, wobei sie jedoch gemäß § 92 Abs 3 StVG auch Gelder dafür verwenden dürfen, die ihnen sonst für die Verschaffung von Leistungen nicht zur Verfügung ständen. Notfalls, wenn sie unverschuldet dazu nicht im Stande sind, trägt der Bund die Gebühren. Aus berücksichtigungswürdigen Gründen dürfen Insassen Telefongespräche insbesondere mit Angehörigen, Sachwaltern und sozialen Einrichtungen sowie mit öffentlichen Stellen, Rechtsbeiständen und Betreuungsstellen führen, wobei das oben Gesagte für die Bezahlung gilt. Als Vorfrage sind die in den Schriftsätzen erörterten Rahmenbedingungen der Erbringung der Dienstleistung zu prüfen. Dem Strafvollzug immanent ist, dass die Insassen von Strafvollzugsanstalten Freiheitsbeschränkungen unterworfen sind. Die Steuerung durch die jeweilige Anstaltsleitung, indem sie gemäß Paragraph 25, Absatz eins, StVG eine Hausordnung erlässt. Ebenso trifft gemäß Paragraph 31, Absatz eins, StVG den Staat die Verpflichtung für den Unterhalt der Häftlinge zu sorgen, wobei diese jedoch gemäß Paragraph 44, Absatz eins, StVG verpflichtet sind, Arbeit zu leisten. Dieser Unterhalt besteht aus dem Hausgeld gemäß Paragraph 54, Absatz eins, StVG, über das die Insassen nach Maßgabe des StVG frei verfügen dürfen, um sich gemäß Paragraph 54, Absatz 2, StVG Leistungen gemäß Paragraph 31, Absatz 2, StVG zu verschaffen. Andere Gegenstände oder Geld dürfen sie gemäß Paragraph 33, Absatz eins, StVG nicht bei sich haben, andernfalls es gemäß Paragraph 37, Absatz eins, StVG zu Gunsten des Bundes für verfallen zu erklären ist. Telefonieren dürfen die Insassen gemäß Paragraph 86, Absatz eins, StVG grundsätzlich frei, wobei jedoch gemäß Paragraph 86, Absatz 2, StVG Einschränkungen dieses Rechts zur Vermeidung einer Gefährdung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt oder eines ungünstiger Einfluss auf den Strafgefangenen möglich sind. Die Kosten haben die Insassen gemäß Paragraph 92, Absatz eins und 2 StVG selbst zu tragen, wobei sie jedoch gemäß Paragraph 92, Absatz 3, StVG auch Gelder dafür verwenden dürfen, die ihnen sonst für die Verschaffung von Leistungen nicht zur Verfügung ständen. Notfalls, wenn sie unverschuldet dazu nicht im Stande sind, trägt der Bund die Gebühren. Aus berücksichtigungswürdigen Gründen dürfen Insassen Telefongespräche insbesondere mit Angehörigen, Sachwaltern und sozialen Einrichtungen sowie mit öffentlichen Stellen, Rechtsbeiständen und

Betreuungsstellen führen, wobei das oben Gesagte für die Bezahlung gilt.

Somit trifft das Risiko der Inanspruchnahme der Telefonieleistungen jeden Dienstleistungserbringer in gleichem Maße. Auch der Staat müsste dieses Risiko tragen, da die Ziele des Strafvollzugs in jedem Fall den Zugang der Häftlinge zu Dienstleistungen der Telefonie übergeordnet sind und Einschränkungen darin bewirken.

Das Entgelt für die Telefonieleistungen bezieht der Dienstleistungserbringer von den Häftlingen. Die grundsätzliche Unterhaltspflicht und eine im Einzelfall greifenden Ausfallhaftung des Staates ändern daran nichts. Die Unterhaltspflicht soll den Insassen ermöglichen, in der Justizanstalt Leistungen beschaffen zu können. Eine Erwerbstätigkeit außerhalb des Strafvollzugs wäre den Insassen schließlich nicht möglich, die Verwendung anderer eigener Mittel nicht gestattet. Das Hausgeld ist als Entgelt für geleistete Arbeit ähnlich wie ein Arbeitseinkommen anzusehen, mögliche zusätzliche Mittel wie Ersparnisse. Über diese Mittel kann ein Insasse frei verfügen. Es besteht keine Verpflichtung zu telefonieren. Der Insasse kann selbst entscheiden, wofür er die ihm zur Verfügung stehenden Mittel verwendet. Dass jedoch der Kontakt zur Außenwelt in berücksichtigungswürdigen Fällen möglich sein muss, nimmt der Gesetzgeber insofern wahr, als ein einer Art Sozialleistung für unverschuldete finanzielle Not der Bund diese Kosten übernimmt. Sie sind aber nicht grundsätzlich als Entgelt für den Dienstleistungserbringer gedacht, sondern stellen eine Art Sozialleistung dar, die lediglich in Notfällen eingreift. Damit erhält der Dienstleister sein Entgelt von den Insassen der Justizanstalten und nicht vom Auftraggeber. Er ist daher darauf verwiesen, das ihm eingeräumte Recht auf Erbringung der Dienstleistung zu nutzen.

Die Höhe des Entgelts wird bei Abschluss des Vertrags festgelegt und an einen Index gebunden. Damit ist es dem Dienstleister verwehrt, sein Entgelt später nach oben oder unten anzupassen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Telefongesprächen von Insassen um besondere Bedeutung zukommt, was sich auch in den Regelungen der §§ 92 Abs 3 und 96a StVG zeigt. Einerseits dürfen Insassen Mittel für Telefongespräche verwenden, die ihnen sonst für Ausgaben in der Justizanstalt nicht zur Verfügung ständen, andererseits gibt es besondere Gründe, aus denen Telefongespräche jedenfalls zulässig sind. Dies spricht für eine Bedeutung, die in Richtung einer Daseinsvorsorge weist. Es ist im öffentlichen Interesse, dass diese Dienstleistung zu erträglichen Preisen den Insassen zur Verfügung steht. Die Indexbindung ist daher gerechtfertigt (EuGH 10. 9. 2009, C-206/08, Eurawasser, Rn 72). Allfällige Kalkulationsfehler gehen zu Lasten des Dienstleistungserbringers (EuGH 10. 3. 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Rn 38). Die Höhe des Entgelts wird bei Abschluss des Vertrags festgelegt und an einen Index gebunden. Damit ist es dem Dienstleister verwehrt, sein Entgelt später nach oben oder unten anzupassen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Telefongesprächen von Insassen um besondere Bedeutung zukommt, was sich auch in den Regelungen der Paragraphen 92, Absatz 3 und 96 a StVG zeigt. Einerseits dürfen Insassen Mittel für Telefongespräche verwenden, die ihnen sonst für Ausgaben in der Justizanstalt nicht zur Verfügung ständen, andererseits gibt es besondere Gründe, aus denen Telefongespräche jedenfalls zulässig sind. Dies spricht für eine Bedeutung, die in Richtung einer Daseinsvorsorge weist. Es ist im öffentlichen Interesse, dass diese Dienstleistung zu erträglichen Preisen den Insassen zur Verfügung steht. Die Indexbindung ist daher gerechtfertigt (EuGH 10. 9. 2009, C-206/08, Eurawasser, Rn 72). Allfällige Kalkulationsfehler gehen zu Lasten des Dienstleistungserbringers (EuGH 10. 3. 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Rn 38).

Wie sich aus der zitierten Rechtsprechung ergibt, kann das Risiko des Dienstleistungserbringers eingeschränkt sein. Der Auftraggeber muss jedoch zumindest den Großteil des ihn treffenden Risikos auf den Dienstleistungserbringers übertragen (EuGH 10. 11. 2011, C-348/10, Norma-A und Dekom, Rn 45). Der Auftragnehmer muss Anfangsinvestitionen machen, die zumindest die Herstellung einer handelsüblichen Telefonanlage betreffen (anders als in EuGH 11. 6. 2009, C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, Rn 74). Auch wenn jede handelsübliche Telefonanlage die Anforderungen der Auftraggeberin erfüllt, muss der Auftragnehmer diese Investition tätigen.

Die Bezahlung stellt insofern kein Risiko dar, als nur mit zur Verfügung stehenden Mitteln Guthaben gekauft und verbraucht werden. Schulden der Insassen können dabei systembedingt nicht entstehen. Dass der Staat als eine Art Sozialleistung in Ausnahmefällen die Kosten der Telefonie übernimmt, stellt keine Minimierung des Risikos dar, da die betroffenen Insassen andernfalls gar nicht telefonieren könnten, weil ihnen die Mittel fehlten.

Das Risiko liegt in der Inanspruchnahme der Telefoniedienstleistungen durch die Insassen. Da - wie bereits oben ausgeführt - die Beschränkungen der Möglichkeiten, diese in Anspruch zu nehmen, in den beschränkten Mitteln und Beschränkungen der dafür zur Verfügung stehenden Zeit, die zur Wahrung der Interessen des Strafvollzugs geregelt

ist, bestehen, träge dieses Risiko den Staat als Dienstleistungserbringer genauso wie jeden Privaten. Indem der Staat dieses Risiko zur Gänze auf den Dienstleistungserbringer überträgt, überträgt es das gesamte ihn treffende Risiko auf den Dienstleistungserbringer.

Da es sich bei den Telefonieleistungen für Insassen von Justizanstalten um eine prioritäre Dienstleistung handelt, der Dienstleistungserbringer sein Entgelt nicht von der Republik Österreich (Bund), sondern von den Insassen der Justizanstalten erhält und das Risiko für die Inanspruchnahme seiner Dienstleistung zur Gänze selbst trägt, handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession. Gemäß § 11 BVergG ist der 4. Teil des BVergG bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession nicht anwendbar und das Bundesverwaltungsgericht für diesbezügliche Rechtsschutzverfahren nicht zuständig. Da es sich bei den Telefonieleistungen für Insassen von Justizanstalten um eine prioritäre Dienstleistung handelt, der Dienstleistungserbringer sein Entgelt nicht von der Republik Österreich (Bund), sondern von den Insassen der Justizanstalten erhält und das Risiko für die Inanspruchnahme seiner Dienstleistung zur Gänze selbst trägt, handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession. Gemäß Paragraph 11, BVergG ist der 4. Teil des BVergG bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession nicht anwendbar und das Bundesverwaltungsgericht für diesbezügliche Rechtsschutzverfahren nicht zuständig.

Zu B) Ersatz der Pauschalgebühr

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

Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

1. Feststellungen (Sachverhalt)

Am 10. Jänner 2013 erließ das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W187 2000170-1/11 eine einstweilige Verfügung, mit der es die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagte. In Spruchpunkt A) dieses Beschlusses weist das Bundesverwaltungsgericht den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mangels Zuständigkeit zurück.

2. Beweiswürdigung

Diese Tatsachen ergeben sich aus dem gegenständlichen Verfahrensakt.

3. Rechtliche Beurteilung

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt, da das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag zurückwies. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG nicht statt. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt, da das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag zurückwies. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG nicht statt.

Zu C) Unzulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Die Frage der Anwendbarkeit und der Auslegung der Kriterien der Abgrenzung eines Dienstleistungsauftrags von einer Dienstleistungskonzession ist - wie unter "zu A)" in diesem Beschluss ausgeführt - anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs (siehe insbesondere VwGH 13. 11. 2013, 2012/04/0022 und 0023) zu beantworten. Die Entscheidung hängt daher weder von der Lösung einer Rechtsfrage ab, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, noch weicht sie von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab oder ist diese als uneinheitlich zu beurteilen. Die ordentliche Revision ist daher gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Die Frage der Anwendbarkeit und der Auslegung der Kriterien der Abgrenzung eines Dienstleistungsauftrags von einer Dienstleistungskonzession ist - wie unter "zu A)" in diesem Beschluss ausgeführt - anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs (siehe insbesondere VwGH 13. 11. 2013, 2012/04/0022 und 0023) zu beantworten. Die Entscheidung hängt daher weder von der Lösung einer Rechtsfrage ab, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, noch weicht sie von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab oder ist diese als uneinheitlich zu beurteilen. Die ordentliche Revision ist daher gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Schlagworte

Dienstleistungen, Dienstleistungsauftrag, Dienstleistungskonzession,
Nichtigerklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W187.2000170.1.01

Zuletzt aktualisiert am

26.05.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at