jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/7/30 W267 2185596-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.07.2018

Entscheidungsdatum

30.07.2018

Norm

ABGB §914
BVergG 2006 §106 Abs1
BVergG 2006 §108 Abs1 Z6
BVergG 2006 §108 Abs2
BVergG 2006 §12 Abs1 Z1
BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2006 §123 Abs2
BVergG 2006 §126 Abs1
BVergG 2006 §126 Abs2
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §180 Abs1 Z1
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z16 lita
BVergG 2006 §2 Z3
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §325 Abs1
BVergG 2006 §5
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24
VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

Spruch

W267 2185596-2/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Marcus ESSL, LL.M., M.E.S. als Vorsitzenden, Mag. Georg KONETZKY als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER, LL.M., MBA als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der XXXX , vertreten durch die Schönherr Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" (BBG-GZ 2391.02884) der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz (vormals: Bundesministerium für Justiz), Museumstraße 7, 1070 Wien, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, als vergebende Stelle, beide wiederum vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der XXXX , "das BVwG möge die Entscheidung der Auftraggeberin vom 29.01.2018, das Angebot der XXXX im Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" (GZ 2391.02884) auszuscheiden, für nichtig erklären", ab.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 08.02.2018, beim Bundesverwaltungsgericht (in der Folge auch: "BVwG") am selben Tag eingelangt, begehrte die XXXX (in der Folge auch: "Antragstellerin") die Nichtigerklärung der Entscheidung der Republik Österreich (in der Folge auch: "Auftraggeberin") vom 29.01.2018, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, sowie ferner Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie den Ersatz der für das Nachprüfungs- wie auch für das Sicherungsverfahren entrichteten Pauschalgebühren.

1.1. Als Begründung für die Rechtmäßigkeit ihrer Anträge führte die Antragstellerin im Wesentlichen wie folgt aus:

1.2. Die Auftraggeberin, vertreten durch den Bundesminister für Justiz (nunmehr: Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), habe unter Einbindung der Bundesbeschaffung GmbH (in der Folge auch: "BBG") als vergebende Stelle den Abschluss eines unbefristeten Rahmenvertrages über die Bereitstellung und Wartung von Hard- und Software für die elektronische Überwachung des Hausarrests in ganz Österreich in einem offenen Verfahren nach den für den Oberschwellenbereich maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006 ausgeschrieben. Die Veröffentlichung der Ausschreibung mit der Referenznummer der Bekanntmachung BGG-GZ 2391.02884 sei am 22.02.2017 im Supplement zum Amtsblatt der EU unter Nr. 2017/S 037-066518 erfolgt.

1.3. Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass der Auftragnehmer gemäß dem den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (in der Folge auch: "AAB") beigeschlossenen Rahmenvertrag während der Vertragsdauer eine vollständige Lösung zur elektronischen Aufsicht auf Mietbasis bereitzustellen, das System eigenständig zu betreiben, zu warten und zu aktualisieren, den 2nd und 3rd Level Support für das Gesamtsystem (exkl. Serverhousing) bereitzustellen und alle Wartungstätigkeiten vorzunehmen hätte, die von der Auftraggeberin nicht oder nicht sinnvoll durchgeführt werden könnten.

Die Anforderungen an das bereitzustellende System und die zu erbringenden Leistungen wären in dem Leistungsverzeichnis, das den AAB beigeschlossen sei (in der Folge auch: "LVZ"), durch Festlegung zwingender MUSS-Anforderungen einerseits und bewertungsrelevanter SOLL-Anforderungen andererseits festgelegt.

Die Bewertung der Angebote solle gemäß Punkt 9.1 der AAB nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei einerseits der Gesamtpreis gemäß Preisblatt (als Teil des LVZ) und andererseits die Qualität nach Maßgabe der Erfüllung der SOLL-Kriterien im LVZ zu bewerten wäre.

1.4. Die Antragstellerin habe am 04.04.2017 fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Neben ihr habe lediglich ein weiterer Bieter rechtzeitig angeboten. Mit Schreiben vom 21.07.2017 sei der Antragstellerin von der Auftraggeberin mitgeteilt worden, dass der Zuschlag an jenen anderen Bieter ergehen solle. Gegen diese Zuschlagsentscheidung habe die Antragstellerin am 31.07.2017 beim BVwG einen auf deren Nichtigerklärung gerichteten Nachprüfungsantrag eingebracht. Das diesbezügliche Nachprüfungsverfahren sei vom BVwG unter der Geschäftszahl W267 2165989-2 geführt worden.

1.5. Noch während jenes Nachprüfungsverfahrens sei die Antragstellerin von der Auftraggeberin zur Teststellung gemäß Punkt

2.3 der AAB eingeladen worden. Mit Schreiben vom 15.01.2018 habe die Auftraggeberin sie um Aufklärung hinsichtlich der angebotenen Hard- und Software zu den Anforderungen in Punkt 3.3 des LVZ aufgefordert, wobei ihr insbesondere Folgendes mitgeteilt wurde:

Ergebnis der Teststellung: Der Praxistest hat ergeben, dass die Überwachungssoftware "PureMonitor" alle geforderten Funktionen zur Verwaltung von personenbezogenen Daten zur Verfügung stellt. Auch das Erstellen von spezifischen Zeitprofilen ist grundsätzlich möglich.

In den Praxistests wurde festgestellt, dass für die RF - und die GPS - Überwachung in der Software Pure Monitor die geforderte Funktionalität "Änderung" und "Anpassung" von spezifischen Zeitprofilen nicht bzw. nur eingeschränkt möglich ist.

a) RF - Überwachung: Änderung, Anpassung sowie das Stornieren von aktiven Zeitprofilen (Terminen) ist nicht möglich

b) GPS - Überwachung: Änderung und Anpassung von aktiven Zeitprofilen (Terminen) ist nicht möglich

Die Auftraggeberin stellt fest, dass damit die Anforderungen gemäß Punkt 3.1.3 nicht erfüllt wurden. Auch wird durch die angeführten Mängel die Möglichkeit einer Überwachung in Echtzeit eingeschränkt.

1.6. Mit Aufklärungsschreiben vom 25.01.2018 habe die Antragstellerin innerhalb der ihr von der Auftraggeberin gesetzten Frist eine entsprechende Stellungnahme abgegeben. Darin hätte sie unter anderem ausgeführt, dass ihrer Ansicht nach die Anforderungen gemäß Punkt 3.1.3 des LVZ keine Änderungen, Anpassungen und Stornierungen von aktiven Terminen (Zeitprofilen) umfassten. Der Antragstellerin habe in ihrem Schreiben ferner im Detail dargelegt, dass solche Funktionalitäten die Datensicherheit und Zuverlässigkeit des Systems gefährden würden. Im Falle der Notwendigkeit einer solchen Lösung, die von der Auftraggeberin jedoch nicht als Standardanforderung verlangt worden wäre, könne eine solche Funktionalität bei entsprechendem Bedarf trotzdem angeboten werden.

1.7. Mit Schreiben vom 29.01.2018 habe die Auftraggeberin die Antragstellerin darüber informiert, dass deren Angebot wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbedingungen ausgeschieden worden wäre. Begründet sei diese Ausscheidensentscheidung unter anderem wie folgt worden:

Mit Schreiben vom 15.1.2018 wurde Ihnen vorgehalten, dass der Praxistest ergeben hat dass die Überwachungssoftware "PureMonitor" zwar alle geforderten Funktionen zu Verwaltung von personenbezogenen Daten zur Verfügung stellt und auch das Erstellen vor spezifischen Zeitprofilen grundsätzlich möglich ist, jedoch auch festgestellt wurde, dass für die RF- und die GPS- Überwachung in der Software PureMonitor die geforderte Funktionalität "Änderung" und "Anpassung" von spezifischen Zeitprofilen nicht bzw nur eingeschränkt möglich ist, konkret dass

a) bei der RF - Überwachung eine Änderung, Anpassung sowie das Stornieren vor aktiven Zeitprofilen (Terminen) nicht möglich ist und

b) bei der GPS - Überwachung eine Änderung und Anpassung von aktiver Zeitprofilen (Terminen) nicht möglich ist.

[...]

Im Übrigen werden Ihre diesbezüglichen Bedenken nicht geteilt. Die Möglichkeit zur Anpassung bereits begonnener Termine ist praktisch äußerst bedeutsam und wurde daher zu Recht als Musskriterium definiert. Nach der Erfahrung des Auftraggebers treten derzeit bis zu 60 Fälle pro Tag auf, bei denen ein ursprünglich festgelegter Termin aufgrund

geänderter Umstände (Krankheitsfall, Unfall, usw.) angepasst werden muss. Die von Ihnen angebotene und zur Teststellung zur Verfügung gestellte Software erfüllt dieses Musskriterium nicht und widerspricht daher zwingenden Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen.

Ihr Angebot kann aus diesen Gründen nicht weiter berücksichtigt werden und ist daher auszuscheiden.

1.8. Die von der Auftraggeberin ins Treffen geführten Ausscheidensgründe lägen jedoch nicht vor, da das Angebot der Antragstellerin die in Punkt 3.1.3 des LVZ angeführten Anforderungen erfülle und auch sonst ausschreibungskonform sei.

Die Auftraggeberin habe in Punkt 3.1.3 des LVZ folgende Festlegungen getroffen:

Die Überwachungssoftware muss eine Überwachung ("Monitoring") in Echtzeit unterstützen und neben der Verwaltung der personenbezogenen Daten die Administration (Erstellung, Änderung Anpassung) von spezifischen Zeitprofilen erlauben. Entsprechende Meldungen über Abweichungen von diesen Zeitprofilen müssen in der Überwachungssoftware in Echtzeit angezeigt werden (Punkte 3.1.16, 3.1.18).

Punkt 3.1.16 des LVZ enthalte folgende Festlegungen:

Die Ansicht aller an einen zentralen Server übermittelten Meldungen muss in einer Übersichtsliste der Überwachungssoftware möglich sein. Die Aktualisierung dieser Übersicht muss zumindest manuell und soll automationsunterstützt durchführbar sein. Eine gesonderte Ansicht (Punkt 3.1.18) der Meldungen muss bezogen auf eine überwachte Person (Punkte 1.1.3, 2.1.2), nach unterschiedlichen Behörden (Punkt 3.1.15) und unterschiedliche Überwachungsprogramme (Punkt 1.2,1.4, 2.1) möglich sein.

Punkt 3.1.18 des LVZ enthalte folgende Festlegungen:

Eine systemtechnische Priorisierung der an den zentralen Server übermittelten Meldungen muss möglich sein. Die unterschiedliche Priorisierung der Meldungen muss in der Überwachungssoftware optisch differenzierbar sein. Es muss möglich sein, die Meldungen mit einem unterschiedlichen Bearbeitungsstatus zu versehen. Die Meldungen müssen kommentierbar, die Kommentare gespeichert und historisch aufrufbar sein.

Nach den bestandsfest gewordenen Bestimmungen des LVZ sei von der Auftraggeberin daher lediglich ganz allgemein die Administration von Zeitprofilen gefordert worden. Diesem Erfordernis hätte das Angebot der Antragstellerin vollständig entsprochen, da deren Software die Anpassung sowie das Stornieren von zukünftigen Zeitprofilen erlaube. Dies hätte sie auch im Rahmen ihres Aufklärungsschreibens durch den Hinweis darauf dargestellt, dass "jeder zukünftige Termin [...] beliebig und so oft wie nötig geändert werden [könne].

Die von der Auftraggeberin für die bekämpfte Ausscheidensentscheidung herangezogene Argumentation, dass eine angebotene Software auch die Administration von bereits begonnenen Zeitprofilen ermöglichen müsse, um das MUSS-Kriterium des Punktes

3.1.3 des LVZ zu erfüllen, widerspreche daher zwingenden Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen. Aus dem Wortlaut und objektiven Erklärungswert des Punktes 3.1.3 des LVZ ergäben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Administrieren von bereits begonnenen Zeitprofilen (Terminen) möglich sein müsse. Diese Mindestanforderung hätte die Auftraggeberin erstmals in ihrem Aufklärungsersuchen formuliert.

1.9. Nach ständiger Rechtsprechung habe die Ermittlung des Inhalts von Ausschreibungsunterlagen nach den Regeln der §§ 914 f ABGB zu erfolgen. Dabei sei die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspreche. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen wären danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie sie ein redlicher Erklärungsempfänger verstehen musste. Maßgeblich sei ausschließlich der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen.

Die Antragstellerin brachte in diesem Zusammenhang weiters vor, dass sie zu den Markt- und Technologieführern im Bereich der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zähle. In sämtlichen Ausschreibungen und Leistungsanforderungen ihrer bisherigen Kunden sei niemals die Administration sogenannter aktiver, d.h. bereits begonnener Zeitprofile gefordert worden. Es entspreche daher dem allgemeinen Marktverständnis, dass das Erfordernis der Administration von Zeitprofilen grundsätzlich nur die Administration von zukünftigen Zeitprofilen (und nicht bereits begonnenen) erfasse. Bei objektiver Beurteilung der Sachlage sei der Wortlaut des Punktes

3.1.3 des LVZ in keiner Weise so zu verstehen, dass eine explizite und spezielle Anforderung an die Administration "bereits begonnener" Zeitprofile bestünde. Dies sei eine Spezialanforderung, die nicht von der allgemeinen Möglichkeit der Administration von spezifischen Zeitprofilen umfasst wäre.

Die Auftraggeberin habe erstmals in ihrem Aufklärungsersuchen die oben erwähnte Anforderung der Administration auch bereits begonnener Zeitprofile offengelegt und diese noch dazu für praktisch äußerst bedeutsam erklärt. Aufgrund des beschriebenen Erklärungswertes der Festlegung in Punkt 3.1.3 des LVZ sei dies jedoch weder für die Antragstellerin noch für sonstige Dritte erkennbar gewesen. Wenn diese Funktionalität der Auftraggeberin so wichtig gewesen wäre, hätte sie die entsprechende Anforderung in der Ausschreibung deutlich zum Ausdruck bringen müssen, zumal unklare Ausschreibungsbestimmungen im Zweifel zu ihren Lasten gingen. Da die verfahrensgegenständliche Ausschreibung somit keine Festlegungen enthielt, die die Administration auch bereits angefangener Zeitprofile vorschreibe, sei das Angebot der Antragstellerin ausschreibungskonform.

1.10. Die Antragstellerin brachte ferner vor, sie sei zu einem wesentlichen Teil im Bereich der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen aktiv und hätte ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, den gegenständlichen Rahmenvertrag abzuschließen. Darüber hinaus hätte sie ihr Interesse am Vertragsabschluss bereits hinreichend durch (fristgerechte) Legung eines Angebots dargelegt. Schließlich sei das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss auch aufgrund der Einbringung des Nachprüfungsantrags bezüglich der Zuschlagsentscheidung (GZ W267 2165989-2) sowie des gegenständlichen Nachprüfungsantrags evident.

1.11. Aufgrund der rechtswidrigen Vorgehensweise der Auftraggeberin, die zur bekämpften Ausscheidensentscheidung geführt habe, drohe der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden zumindest in Höhe des entgangenen Gewinns, aber auch infolge des Verlustes eines wichtigen Referenzprojekts. Die ausgeschriebenen Leistungen gehörten zum Kernmarkt des Unternehmens der Antragstellerin, auf dem diese ihre Präsenz in Österreich aufzubauen beabsichtige. Die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen sei für sie von größter Bedeutung, zumal damit zu rechnen wäre, dass für die Dauer des abzuschließenden Rahmenvertrags in naher Zukunft keine vergleichbaren Aufträge auf dem österreichischen Markt ausgeschrieben würden und der Antragstellerin damit die Chance auf Eintritt in den österreichischen Markt für zumindest 48 Monate, gegebenenfalls sogar auf unbestimmte Dauer genommen würde.

1.12. Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtenen Entscheidungen in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere erachte sie sich in ihrem Recht auf Nicht-Ausscheiden eines ausschreibungskonformen Angebotes sowie in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote verletzt. Darüber hinaus erachte die Antragstellerin sich in ihrem Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, und auf Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt.

1.13. Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil in Folge das Angebot der Antragstellerin nicht bei der Bewertung berücksichtigt und dieser somit die Chance auf Zuschlagserteilung genommen würde. Bei rechtmäßigem Verhalten der Auftraggeberin hätte das Angebot der Antragstellerin im Rahmen der Angebotsbewertung berücksichtigt und in weiterer Folge die Zuschlagsentscheidung zu deren Gunsten getroffen werden müssen.

1.14. Die Antragstellerin begehre daher die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 29.01.2018, ihr Angebot auszuscheiden.

2. Mit Schriftsatz vom 13.02.2018 gab die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH bekannt, die Auftraggeberin im Verfahren zu vertreten. Mit gleichem Schriftsatz erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte.

3. Mit Schriftsatz vom 15.02.2018 replizierte die Auftraggeberin inhaltlich auf den Nachprüfungsantrag und führte in diesem Zusammenhang im Wesentlichen wie folgt aus:

3.1. Von der Auftraggeberin sei ein Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung notwendiger Hard- und Software für die Durchführung des elektronisch überwachten Hausarrests bereits mit Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 09.02.2016 zur Zahl 2016/S 027-043970 eingeleitet worden. An diesem Vergabeverfahren habe sich unter anderem auch die Antragstellerin, wie von dieser auch im Nachprüfungsverfahren zu W267 2165989-2

dargelegt worden war, beteiligt. Ein im Zusammenhang mit einer Zuschlagsentscheidung vor dem BVwG zu W138 2134578-1 geführtes Nachprüfungsverfahren habe infolge eines Widerrufs jener Entscheidung durch die Auftraggeberin geendet.

3.2. In der Folge habe die Auftraggeberin mit Bekanntmachung vom 22.02.2017 im Supplement zum Amtsblatt der EU zur Zahl 2017/S 037-066518 das nunmehr verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" eingeleitet. Gegenstand dieses Beschaffungsvorhabens sei wiederum die Bereitstellung und Wartung von Hard- und Software für die elektronische Überwachung des Hausarrestes in ganz Österreich in Form eines Rahmenvertrags. Dieses Vergabeverfahren werde als offenes Verfahren über einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich durchgeführt.

Die Ausschreibungsunterlagen seien allen interessierten Unternehmern kostenfrei zur Verfügung gestellt worden. Sie bestünden insbesondere aus den AAB und dem LVZ. Die im LVZ enthaltenen Positionen seien entweder mit "M", „S" oder "I" gekennzeichnet.

3.3. Die Position 3.1.3 des LVZ sei mit "M", sohin als MUSS-Kriterium ausgewiesen worden, wobei als Überprüfungsmethode die Teststellung ("T") einer Musterkonfiguration vorgesehen wurde.

3.4. Die Auftraggeberin führte weiters aus, dass zwei Bieter, darunter die nunmehrige Antragstellerin, fristgerecht ein Angebot gelegt hätten. Die Angebotspreise seien in Anwesenheit der Bieter im Rahmen der Angebotsöffnung verlesen worden, wobei das Angebot der nunmehrigen Antragstellerin an zweiter Stelle gereiht worden sei.

3.5. Nach Durchführung der Teststellung und vollständigen Prüfung des Angebots der erstgereihten Bieterin habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mit Schreiben vom 21.07.2017 die Zuschlagsentscheidung zugunsten jener Bieterin mitgeteilt. Eine Teststellung des Angebots der Antragstellerin sei zu diesem Zeitpunkt aus verfahrensökonomischen Gründen nicht erfolgt, weil eine Teststellung am Ergebnis, welches Angebot das Bestangebot war, nichts ändern hätte können.

3.6. Mit Nachprüfungsantrag vom 31.07.2017 habe die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt (dg Verfahren zu W267 2165989-2).

3.7. Mit Schreiben vom 09.11.2017 habe die Auftraggeberin sodann die Antragstellerin zur Teststellung gemäß Punkt 2.3 der Ausschreibungsunterlagen eingeladen, die das von ihr angebotene Produkt zur Teststellung zur Verfügung stellte. In Zuge der Testung habe die Auftraggeberin festgestellt, dass die laut Punkt 3.1.3 des LVZ geforderten Funktionalitäten "Änderung" und "Anpassung" von spezifischen Zeitprofilen nicht bzw. nur eingeschränkt möglich wäre. Sowohl für RF- als auch für GPS-Überwachung sei nämlich die Änderung und Anpassung, für RF-Überwachung auch die Stornierung von aktiven Zeitprofilen (d.h. bereits begonnenen Ereignissen) nicht möglich gewesen.

Dementsprechend habe die Auftraggeberin festgestellt, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt nicht dem MUSS-Kriterium laut Punk 3.1.3 des LVZ entspreche. Sie forderte diese mit Schreiben vom 15.01.2018 auf, zu dem Vorhalt Stellung zu nehmen. In ihrem Schreiben vom 25.01.2018 habe die Antragstellerin mitgeteilt, dass zwar ein zukünftiger Termin beliebig oft geändert und angepasst werden könne, die Änderung eines bereits begonnenen Termins jedoch aus Gründen der Datensicherheit nicht möglich wäre.

3.8. Auf Basis dieser Sachlage habe die Auftraggeberin der Antragstellerin am 29.01.2018 ihre Entscheidung mitgeteilt, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden.

3.9. Die Auftraggeberin brachte in der Folge zu den Ausscheidensgründen im Wesentlichen vor, dass das Vorbringen der Antragstellerin, es ließe sich aus der Ausschreibung nicht ableiten, dass Änderung und Anpassung von Zeitprofilen ohne Beschränkung möglich sein müssten, unrichtig sei.

3.10. Bereits im Rahmen des mit 09.02.2016 eingeleiteten Vergabeverfahrens, an welchem sich beide Bieter des gegenständlichen Vergabeverfahrens ebenfalls beteiligt hätten, sei die Änderung und Anpassung von Zeitprofilen als MUSS-Kriterium gefordert worden. Der Wortlaut dieses MUSS-Kriterium sei damals gewesen:

"Die Überwachungssoftware muss eine Überwachung („Monitoring") in Echtzeit unterstützen und neben der Verwaltung der Daten der zu überwachenden Person die Erstellung, flexible Konfiguration, Administration und Überwachung von spezifischen Zeitprofilen erlauben."

Die Auslegung der Begriffe "Erstellung, flexible Konfiguration, Administration und Überwachung von spezifischen Zeitprofilen" sei damals im Zusammenhang mit der der Teststellung ihres Produkts Gegenstand von Rückfragen der Antragsgegnerin an die Auftraggeberin gewesen. Daraufhin sei der Antragstellerin folgende Auskunft erteilt worden:

"Das Produktivsystem der "Pure Monitor" Software muss Änderungen von bereits aktiven Terminen mit einem Startzeitpunkt in der Vergangenheit über das API fehlerfrei möglich machen und eine ordnungsgemäße Überwachung muss gewährleistet bleiben."

Die Antragstellerin habe auf die damalige Frage wie folgt geantwortet:

"Die derzeit geltenden Beschränkungen wurden hinzugefügt um die Datenintegrität für vergangene Termine sicherzustellen, und werden nach Wunsch des Kunden entfernt. In der Produktivversion des PureMonitor wird der Kunde in der Lage sein, alle Termine über die API zu verwalten, einschließlich derjenigen, die in der Vergangenheit gestartet wurden."

Es sei der Antragstellerin daher bereits im Rahmen der ersten Ausschreibung bewusst gewesen, wie dieses MUSS-Kriterium zu verstehen wäre. Um bei der Neuausschreibung jegliche Unklarheit zu vermeiden, habe die Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren dieses MUSS-Kriterium in Punkt 3.1.3 des LVZ durch Anführen jener Tätigkeiten, die zur "Administration" spezifischer Zeitprofile zählen (Erstellung, Änderung Anpassung), noch näher präzisiert. Damit habe es jedem Bieter unzweifelhaft klar sein müssen, dass die Administration, nämlich die Erstellung, Änderung und Anpassung von spezifischen Zeitprofilen in Echtzeit, gefordert werde. Im gegenständlichen Vergabeverfahren habe es dazu dann auch keine Rückfragen gegeben.

3.11. Die Auftraggeberin brachte weiters vor, dass eine Ausschreibung nach ihrem objektiven Erklärungswert auszulegen sei, der sich zum einen anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs bemesse, zum anderen wären zu dessen Ermittlung die gesamten Ausschreibungsunterlagen heranzuziehen. Es träfe jedoch nicht zu, dass Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen zu Lasten des Auftraggebers gingen, zumal, entgegen der Ansicht der Antragstellerin, eine derartige Rechtsprechung des VwGH zur vergaberechtlichen Nachprüfung nicht bestünde.

Im übrigen lege schon der Wortlaut des ersten Halbsatzes des Punktes

3.1.3 des LVZ fest, dass die Überwachungssoftware eine Überwachung in Echtzeit unterstützen müsse, was zur Konsequenz habe, dass auch eine Änderung schon begonnener Zeitprofile möglich sein müsse. Wenn etwa eine überwachte Person am Arbeitsplatz erkranke, eine Änderung des Zeitprofils, das eine Anwesenheit am Arbeitsplatz bis 16.00 Uhr vorsieht, jedoch nicht möglich wäre, könnte eine Überwachung des verfrühten Heimwegs, des nachfolgenden Aufenthalts am Wohnort und des Arztbesuches nicht erfolgen. Infolge Nichteingabe der Änderung würde ein Fehlalarm gemeldet, dessen Bearbeitung einen erheblichen zeitlichen Mehraufwand erfordere. Eine Überwachung in Echtzeit und ein ordnungsgemäßes, umfassendes Berichtswesen wären diesfalls nicht möglich.

Auch der zweite Halbsatz in Punkt 3.1.3 des LVZ mache klar, dass Änderungen und Anpassungen schon begonnener Zeitprofile möglich sein müssen. Welchen Sinn sollte es haben, das Zeitprofil der im oben angeführten Beispiel erkrankten Person nach 16.00 Uhr anzupassen, um im Nachhinein zu erfassen, wann und wo sich die überwachte Person befinden hätte sollen? Punkt 3.1.3 des LVZ lege gerade nicht fest, dass nur die Administration von spezifischen zukünftigen Zeitprofilen möglich sein müsse. Nach allgemeinem Sprachgebrauch könne diese Festlegung daher nur so verstanden werden, dass sich die Vorgabe der Möglichkeit zur Änderung und Anpassung auf gegenwärtige und zukünftige spezifische Zeitprofile beziehe, ohne Unterscheidung, ob ein Profil bereits aktiviert worden sei oder erst zukünftig aktiviert werden würde. Die Ansicht der Antragstellerin, aus dieser Formulierung sei abzuleiten, dass nur die Änderung von zukünftigen Zeitprofilen, nicht jedoch von aktiven Zeitprofilen möglich sein müsse, widerspreche daher dem allgemeinen Sprachverständnis.

3.12. Dieser objektive Erklärungswert ergäbe sich auch bei Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen. Punkt 2.2.1 der AAB lege das Ziel dieses Vergabeverfahrens fest, indem darin die zwingenden Anforderungen an das angebotene System grob umrissen werden. Unter anderem müsse das angebotene System demnach folgende Anforderung erfüllen:

"Das System muss eine lückenlose Überwachung ermöglichen und die flexible Konfiguration von Zeitprofilen erlauben. Die Aufenthaltsorte der überwachten Personen im Sendebereich der Überwachungsstationen werden vom System zeitabhängig gegen das Zeitprofil geprüft und Verstöße führen zu Meldungen."

In weiterer Folge verlange auch Punkt 2.2.2 der AAB (Leistungsgegenstand) die "einfache und flexible Konfiguration von Zeitprofilen."

Diese Festlegungen brächten klar zum Ausdruck, dass der Auftraggeberin eine flexible Konfiguration von Zeitprofilen wesentlich war, um eine lückenlose Überwachung in Echtzeit sicher zu stellen. In keiner Festlegung werde auch nur angedeutet, dass es genüge, wenn ausschließlich zukünftig aktive Zeitprofile geändert werden könnten.

3.13. Darüber hinaus ergebe sich diese Interpretation auch eindeutig aus dem Gesamtinhalt von Punkt 3.1.3 des LVZ.

Der Begriff der "Echtzeit" werde in der Ausschreibung zwar nicht definiert, es erschließe sich jedoch auch jeder technisch nicht versierten Person, dass damit Änderungen ohne spürbare zeitliche Verzögerung angezeigt werden müssen. Damit das möglich sei, müsse ein Echtzeitsystem jederzeit beeinflusst werden können, um auf Änderungen in den Gegebenheiten reagieren können.

Die Notwendigkeit der Änderung bereits begonnener Zeitprofile sei in der Praxis häufig notwendig. Derzeit käme es bei ca. 300 überwachten Personen auf bis zu ca. 60 Änderungen schon begonnener Zeitprofile pro Tag. Einem durchschnittlich fachkundigen Bieter hätte daher bei Lesen von Punkt 3.1.3 des LVZ unzweifelhaft klar sein müssen, dass die Anforderung der Überwachung in Echtzeit nur erfüllt werden könne, wenn auch die Änderung und Anpassung aktiver Zeitprofile möglich sei.

3.14. Die Auftraggeberin wies zudem darauf hin, dass die technische Lösung des anderen Bieters diese Anforderung standardmäßig unterstütze.

3.15. Da Punkt 3.1.3 des LVZ nicht auf die Änderung und Anpassung zukünftiger Zeitprofile beschränkt sei, sondern dies allgemein verlange, erfülle das Angebot der Antragstellerin dieses MUSS-Kriterium nicht. Nach den AAB müssten Angebote, welche ein MUSS-Kriterium nicht (vollständig) erfüllen, ausgeschieden werden. Das Angebot der Antragstellerin sei von der Auftraggeberin daher zu Recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden worden.

3.16. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Änderung bereits aktiver Zeitprofile aus Gründen der Datensicherheit und des Datenschutzes nicht möglich wäre, sei entgegenzuhalten, dass die Erstellung, Änderung und Anpassung von Zeitprofilen allgemein nur durch autorisiertes Personal mit entsprechenden Zugangsdaten erfolge. Im Übrigen lege das MUSS-Kriterium des Punktes 3.1.8 des LVZ Folgendes fest:

"Alle Anwenderaktionen in der Überwachungssoftware müssen gespeichert werden. Es muss historisch nachvollziehbar sein, welcher Anwender, wann welche Aktion durchgeführt hat. Eine Auswertung dieser Daten muss möglich sein."

Ein Missbrauch dieser Befugnis werde aufgrund dieser Vorgabe unterbunden.

3.17. Abschließend beantragte die Auftraggeberin die Abweisung der verfahrensgegenständlichen Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29.01.2018 sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren.

4. Am 16.02.2018 erließ das Bundesverwaltungsgericht antragsgemäß die von der Antragstellerin begehrte Einstweilige Verfügung.

5. Am 05.03.2018 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme, in deren Rahmen sie im Wesentlichen Folgendes ergänzend vorbrachte:

5.1. Die Ausführungen in den Schriftsätzen der Auftraggeberin wären nicht geeignet, die von der Antragstellerin aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zu entkräften.

Die im Jahr 2016 durchgeführte Ausschreibung der AG unter der BBG-GZ 2391.02614 und die in diesem Zusammenhang zur Verfügung gestellte Aufklärung der Auftraggeberin wären für die gegenständliche Ausschreibung ohne Relevanz. Die nunmehrige Ausschreibung sei ein eigenständiges und unabhängiges Vergabeverfahren, dessen Inhalt und Anforderungen isoliert von allfälligen vorangehenden Ausschreibungen zu beurteilen wäre. Maßgeblich sei alleine der objektive Erklärungswert der gegenständlichen Ausschreibungsbestimmung und nicht das subjektive Verständnis der Auftraggeberin in einer anderen Ausschreibung.

Selbst wenn man der Auffassung der Auftraggeberin folgen würde, dass Aufklärungen aus vorangehenden Ausschreibungen auch eine Wirkung für zukünftige Vergabeverfahren hätten, so stütze dies dennoch deren Standpunkt nicht, da diesfalls die Bieter vielmehr davon ausgehen hätten müssen, dass eine Administration von in der

Vergangenheit gelegenen Zeitprofilen gemäß den Ausschreibungsbedingungen nicht erforderlich sei, da die Auftraggeberin anderenfalls im Lichte der in der Ausschreibung 2016 aufgezeigten Unklarheiten wohl eine entsprechende Präzisierung / Klarstellung vorgenommen hätte.

5.2. Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin ginge zudem dem allgemeinen Sprachgebrauch nach weder aus dem ersten noch aus dem zweiten Halbsatz des Punktes 3.1.3 des LVZ hervor, dass eine Administration von vergangenen Zeitprofilen möglich sein müsse.

Der erste Halbsatz des Punktes 3.1.3 des LVZ erfordere eine Überwachung in Echtzeit. Die Software der Antragstellerin unterstütze eine Überwachung in Echtzeit, was auch von der Auftraggeberin nicht bestritten worden wäre. Die Software der Antragstellerin erlaube darüber hinaus die "Administration von spezifischen Zeitprofilen" gemäß Position 3.1.3. Das Erfordernis der Administration bereits begonnener Zeitprofile ergebe sich weder aus diesem Wortlaut noch aus der Überwachung in Echtzeit. Hätte die Auftraggeberin tatsächlich zum Ausdruck bringen wollen, dass die Administration "aller Zeitprofile" gefordert sei, so hätte sie anstatt des Wortes "spezifische" schlicht "gegenwärtige und zukünftige" oder "aktive und zukünftige" oder "aller /sämtlicher" Zeitprofile einsetzen müssen. Aus dem Wort "spezifisch" sei keine Gesamtheit aller Zeitprofile ableitbar. Gerade aus dem Wortsinn und dem allgemeinen Sprachgebrauch ergebt sich daher, dass nicht die Anpassung von (sämtlichen) Zeitprofilen gefordert worden wäre.

Die von der Auftraggeberin nun ins Treffen geführten (Anwendungs-)Beispiele seien für die Auslegung der Ausschreibung unerheblich, da die Frage, ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Widerspruch aufweist, ausschließlich am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen sei und es auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen sowie die Motive der Auftraggeberin nicht ankäme.

5.3. "Überwachung in Echtzeit" bedeute ferner, dass der Status der Überwachung ohne spürbare Verzögerung angezeigt werden müsse. Daraus ergäbe sich jedoch nicht, welche Änderungen und Eingriffe in Profile zulässig sein müssen, da sich die Anforderung auf die "Überwachung" bezieht.

5.4. Das spezielle Erfordernis der Administration von bereits begonnen Zeitprofilen erschließe sich auch nicht aus der Branchenüblichkeit oder der Branchenkenntnis eines fachkundigen Bieters. Nach der Erfahrung der Antragstellerin sei die Administration von spezifischen Zeitprofilen in Ausschreibungsunterlagen Dritter bisher nicht gefordert worden. Dies belege etwa die Bestätigung des Leiters des Bewährungsdienstes in Lettland, auch in einem vergleichbaren Vergabeverfahren in Dänemark hätte es keine entsprechenden Anforderungen gegeben.

5.5. Aus dem klaren Wortsinn des Punktes 3.1.3 des LVZ ergebe sich, dass lediglich die "Administration von spezifischen Zeitprofilen", nicht jedoch die "Administration von gegenwärtigen und zukünftigen Zeitprofilen" oder die "Administration sämtlicher Zeitprofile" gefordert war. Dies ergebe sich unter Zugrundelegung des Branchen- und Marktverständnisses, da in der Regel die Anpassung zukünftiger Zeitprofile verlangt werde und die Anpassung bereits begonnener Zeitprofile als Spezialanforderung nur in Ausnahmefällen erfordert sei. Ausschließlich der derzeitige Auftragnehmer sei aufgrund seiner im Rahmen der bisherigen Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin erworbenen Kenntnis in der Lage gewesen, zu erkennen, dass auch die Administration bereits begonnener Zeitprofile erfasst sei.

6. Am 07.03.2018 fand in der gegenständlichen Rechtssache eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, die im Wesentlichen folgenden Verlauf hatte:

In das Verfahren einbezogen wurden neben den von den Parteien dem Gericht übermittelten Schriftsätzen und Urkunden die Akte des BVwG zu den Geschäftszahlen W138 2134578-2 und W267 2165989-2.

Dr. Bernt Elsner, Rechtsvertreter der Auftraggeberin, brachte im Hinblick auf die von der Antragstellerin kurzfristig eingebrachten Stellungnahme OZ 11 ergänzend wie folgt vor:

"Das Vorbringen der Antragstellerin vom 05.03.2018 wird bestritten. Die Ausschreibung 2016 ist für das gegenständliche Verfahren insofern relevant, als der Ausschreibungsgegenstand ident ist. XXXX hatte sich an der damaligen Ausschreibung beteiligt und schon damals war die Anforderung, ob schon begonnene Zeitprofile überwachter Personen geändert werden können, Gegenstand der Angebotsprüfung.

Punkt 3.1.3 des LV[Z] des am 09.02.2016 eingeleiteten Vergabeverfahrens hatte folgenden Wortlaut:

"Die Überwachungssoftware muss eine Überwachung ("Monitoring") in Echtzeit unterstützen und neben der Verwaltung der Daten der zu überwachenden Person die Erstellung, flexible Konfiguration, Administration und

Überwachung von spezifischen Zeitprofilen erlauben. Statusmeldungen und Alarme bei Abweichungen von zeitlichen Vorgaben müssen in Echtzeit angezeigt werden."

Punkt 3.3.1 des LV des am 09.02.2016 eingeleiteten Vergabeverfahrens lautete:

"Die Festlegung, Speicherung, Löschung und Änderung von individuellen Zeitprofilen muss möglich sein."

Unter "spezifischen Zeitprofil" wird das Zeitprofil einer konkreten überwachten Person verstanden. Demnach gilt für alle Zeitprofile die geforderte Funktionalität, dass die Überwachungssoftware eine Überwachung in Echtzeit unterstützen muss, sodass auch schon begonnene Termine (Zeitprofile) abänderbar sein müssen, um laufende Änderungen des vorgegebenen Aufenthaltsortes berücksichtigen zu können."

In der Teststellung vom 20.08.2016 wurde der jetzigen Antragstellerin Folgendes vorgehalten (Beilage ./2, Frage 15):

"Bezugnehmend auf Punkt 3.3.1 wird gefordert, dass eine Festlegung, Speicherung, Löschung und Änderung von Zeitprofilen möglich sein muss (speziell über das API).

Die zur Verfügung gestellte Testversion der "PureMonitor"-Software zeigt bei durchgeführten Tests von Zeitprofiländerungen Beschränkungen. Bei der Änderung von bereits aktiven Zeitprofilen (Terminen) sind diese Termine mit einem Startzeitpunkt der bereits in der Vergangenheit liegt nicht änderbar (Fehlermeldung bei manueller Administration). Wenn diese Änderungen über das API gemacht werden, ist die Änderung ohne Fehlermeldung möglich jedoch werden "Paralleltermine" für denselben Zeitraum angelegt. Die Überwachung dieser "Paralleltermine" ist nicht fehlerfrei möglich.

Frage an die Fa. XXXX

a) Das Produktivsystem der "PureMonitor"-Software muss Änderungen von bereits aktiven Terminen mit einem Startzeitpunkt in der Vergangenheit über das API fehlerfrei möglich machen und eine ordnungsgemäße Überwachung muss gewährleistet bleiben."

Die jetzige Antragstellerin antwortete darauf (Beilage ./2, Frage 15):

"Die derzeit geltenden Beschränkungen wurden hinzugefügt um die Datenintegrität für vergangene Termine sicherzustellen, und werden nach Wunsch des Kunden entfernt. In der Produktivversion des PureMonitor wird der Kunde in der Lage sein, alle Termine über die API zu verwalten, einschließlich derjenigen, die in der Vergangenheit gestartet wurden.

Konkrete Verfügbarkeit: Rechtskräftiger Zuschlag + 4 Wochen."

Punkt 3.1.3 des LV[Z] des am 22.02.2017 eingeleiteten

Vergabeverfahrens lautet:

"Die Überwachungssoftware muss eine Überwachung ("Monitoring") in Echtzeit unterstützen und neben der Verwaltung der personenbezogenen Daten die Administration (Erstellung, Änderung Anpassung) von spezifischen Zeitprofilen erlauben. Entsprechende Meldungen über Abweichungen von diesen Zeitprofilen müssen in der Überwachungssoftware in Echtzeit angezeigt werden (Punkte 3.1.16, 3.1.18)."

Im Zuge der Überprüfung hat sich herausgestellt, dass eine Abänderung schon begonnener Termine nicht möglich war. Kontrollinspektor XXXX hat dies Herrn XXXX von XXXX über Whatspp kommuniziert und als Antwort die Bestätigung erhalten, dass dies zutreffend ist, dass es nämlich mit der zur Prüfung zur Verfügung gestellten Software nicht möglich ist, einen schon begonnen Termin zu ändern.

Auszug aus der WhatsApp Korrespondenz zwischen XXXX und XXXX :

Frage von XXXX : "Hi Udi! Question: IP 100007 RF Test SC: activ schedule is not changeable? Tried to change current must be out."

Antwort von XXXX : " Hi. Yes. It's not possible to change an appointment once it has started."

Daraufhin hat die Auftraggeberin der Antragstellerin diese Nichterfüllung eines Musskriteriums auch schriftlich am 15.01.2018 vorgehalten und ihr Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen.

Das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin an die Antragstellerin vom 15.01.2018 lautet auszugsweise:

"3. Im Leistungsverzeichnis (Punkt 3.1.3) wurde gefordert, dass die Überwachungssoftware eine Überwachung ("Monitoring") in Echtzeit unterstützt und neben der Verwaltung der personenbezogenen Daten die Administration (Erstellung, Änderung, Anpassung) von spezifischen Zeitprofilen erlauben muss. Entsprechende Meldungen über Abweichungen von diesen Zeitprofilen müssen in der Überwachungssoftware in Echtzeit angezeigt werden (Punkte 3.1.16, 3.1.18).

Die Angaben Ihrerseits waren, dass die PureMonitor-Anwendung eine vollständige Überwachung der Täter im System ermöglicht. Es ist ein äußerst robustes und flexibles System, das es den Benutzern ermöglicht, Zeitpläne, Zonen und Daten, die mit den Tätern zusammenhängen, zu erstellen, zu ändern und einzustellen. Überwachungs-Verletzungen und - Ereignisse werden noch den Sperrzeit-Regeln der Täter (ggf. Zeitplan und Zonen) erstellt. Alle Ereignisse werden in Echtzeit präsentiert und erlauben die Handhabung der Ereignisse sofort durch einen autorisierten Mitarbeiter.

Ergebnis der Teststellung: Der Praxistest hat ergeben, dass die Überwachungssoftware "PureMonitor" alle geforderten Funktionen zur Verwaltung von personenbezogenen Daten zur Verfügung stellt. Auch das Erstellen von spezifischen Zeitprofilen ist grundsätzlich möglich.

In den Praxistests wurde festgestellt, dass für die RF - und die GPS - Überwachung in der Software Pure Monitor die geforderte Funktionalität "Änderung" und "Anpassung" von spezifischen Zeitprofilen nicht bzw. nur eingeschränkt möglich ist.

a) RF - Überwachung: Änderung, Anpassung sowie das Stornieren von aktiven Zeitprofilen (Terminen) ist nicht möglich

b) GPS - Überwachung: Änderung und Anpassung von aktiven Zeitprofilen (Terminen) ist nicht möglich

Die Auftraggeberin stellt fest, dass damit die Anforderungen gemäß Punkt 3.1.3 nicht erfüllt wurden. Auch wird durch die angeführten Mängel die Möglichkeit einer Überwachung in Echtzeit eingeschränkt.

Wir bitten Ihrerseits um Stellungnahme zu dieser Erkenntnis."

Darauf antwortete die Antragstellerin wie folgt (auszugsweise):

"Die Bedingungen sind verhältnismäßig umfassend, dennoch schließen sie das spezifische Szenario einer Änderung eines bereits begonnenen Zeitfensters (Termin) aus, sondern betreffen vielmehr Änderungen und Modifikationen im Allgemeinen. Jeglicher zukünftige Termin kann beliebig und so oft wie nötig geändert werden. In Bezug auf die Änderung eines bereits begonnenen Termins ist es wichtig, zu verstehen, dass jede Änderung eines Termins eine Auswirkung hat, sowohl auf einen eventuellen Verstoß gegen Fälligkeitsregeln als auch auf generierte und an das System gesendete Ereignisse.

In der Regel dürfen keine Änderungen vorgenommen werden, die in Bezug auf bereits vergangene Termine zu Ereignissen führen, die nicht zusammenpassen (oder fehlen). Tatsächlich gilt diese Regel für das gesamte Alarmsystem, um Fehlalarme und eventuelle Betrügerei zu vermeiden durch eine spätere Änderung von Einstellungen. Ferner entspricht dies den Standards für Datensicherheit im Bereich Software und Datenmanagement."

Daraus ergibt sich, dass die Antragstellerin sehr wohl das klare Verständnis hatte, dass die Mussanforderung 3.1.3 der gegenständlichen Leistungsanforderung darin besteht, dass es möglich sein muss, schon begonnene Termine zu ändern. Dieser Vorgabe entspricht die von der Antragstellerin angebotene und zur Teststellung zur Verfügung gestellte Software Pure Monitor nicht.

[...]

Die Sichtweise der lettischen Justizverwaltung ist für das BMVRJ und damit das gegenständliche Vergabeverfahren irrelevant."

Mag. Johannes Stalzer, Rechtsvertreter der Antragstellerin, bestritt das Vorbringen der Auftraggeberin und brachte ergänzend im Wesentlichen wie folgt vor:

"Die Aufgaben und Korrespondenz zwischen Auftraggeberin und Antragstellerin in der Ausschreibung 2016 ist für die Auslegung der gegenständlichen Ausschreibung nicht von Relevanz, da ausschließlich der objektive Erklärungswert der gegenständlichen Festlegung maßgeblich ist. Darüber hinaus hat die Auftraggeberin den Leistungsgegenstand und die

entsprechenden Spezifikationen im Rahmen der Folgeausschreibung 2017 wesentlich erweitert und präzisiert, sodass davon auszugehen war, dass diese bei Kenntnis der Unklarheit der Festlegung in Punkt 3.1.3 des damaligen LV[Z] die nunmehrige Festlegung in der Ausschreibung entsprechend konkretisiert hätte."

Dr. Bernt Elsner bestreitet und weist ergänzend darauf hin, dass der Sachbearbeiter der Antragstellerin, Herr XXXX , sowohl im seinerzeitigen Verfahren der Ansprechpartner war und die Antwort verfasst hat, als auch im gegenständlichen Verfahren Ansprechpartner war und die WhatsApp-Antworten verfasst hat. Weiters wird darauf hingewiesen, dass mit einer Änderbarkeit schon begonnener Termine keine Probleme in Bezug auf die Datenintegrität bestehen. Diesbezüglich gibt es eine langjährige Erfahrung mit dem momentanen Dienstleister.

Fragen des Gerichts an die Antragstellerin:

-

Hat die Antragstellerin auch an jener Ausschreibung der Auftraggeberin teilgenommen, in deren Rahmen die Beilagen ./2 und ./3 der Auftraggeberin [Blg. ./2: Antworten zu den Fragen der Antragsgegnerin zur Teststellung vom 20.08.2016; Blg. ./3: LVZ der seinerzeitigen Ausschreibung] Teil des Verfahrensaktes wurden? Stammen insbesondere die in Beilage ./2 der Auftraggeberin enthaltenen, in hellgrüner Farbe abgedruckten Antworten von der Antragstellerin?

-

War der Leistungsgegenstand des oben erwähnten Vergabeverfahrens im Jahr 2016 (abgesehen vom Umfang und der Menge der zu liefernden Geräte) grundsätzlich gleich?

-

Hatte die sowohl in Beilage ./2 der Auftraggeberin als auch im Vergabeakt erwähnte "Pure Monitor"-Software die selben Funktionalitäten, dies insbesondere auch im Hinblick auf Punkt 3.1.3 des LVZ?

Antwort der Antragstellerin: "Die Antragstellerin hat an dem Vergabeverfahren 2016 teilgenommen. Zur Frage der Antworten in Beilage ./2 der Auftraggeberin sowie zur Frage der Identität des Leistungsgegenstandes wird auf die Einvernahme der heute stellig gemachten Zeugin verwiesen. Dies gilt auch für die Funktionalität der Software.

In diesem Zusammenhang wird vom Gericht festgehalten, dass die Zeugin keinen substantiellen Beitrag zur Klärung der umseits angeführten Fragen leisten konnte.

In der Folge brachte Mag. Stalzer ergänzend wir folgt vor: "Sofern sich die Auftraggeberin nunmehr auf die Beilage ./2 der Auftraggeberin und die darin angeführte Korrespondenz beruft, hat sie im damaligen Vergabeverfahren (2016) in Kenntnis dieser Beilage ./2 der Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung (die dann aus anderen Gründen widerrufen wurde) zugunsten der Antragstellerin getroffen. Die Auftraggeberin ist selbst von der Ausschreibungskonformität des damaligen Angebots der Antragstellerin ausgegangen und hat dementsprechend die Anforderung Punkt 3.1.3. LVZ nicht so verstanden, dass diese zwingend die Administration von aktiven Zeitprofilen verlangt. Daher konnte auch die Antragstellerin davon ausgehen, dass die Auftraggeberin deren damaliges Verständnis auch den nunmehrigen Ausschreibungsunterlagen zugrundelegt."

Dr. Elsner bestritt dieses Vorbringen und brachte selbst vor, dass sehr wohl auch schon in der damaligen Ausschreibung die Änderbarkeit bereits angefangener Termine gefordert wurde (siehe Beilagen ./2 und ./3). Ob die damalige Zuschlagsentscheidung rechtskonform gewesen wäre, wenn sie in weiterer Folge nicht zurückgenommen worden wäre, sei in diesem Verfahren nicht verfahrensgegenständlich. Zudem werde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin damals die konkrete Verfügbarkeit der geforderten Funktionalität innerhalb von vier Wochen nach rechtskräftigem Zuschlag zugesagt hätte und die Auftraggeberin hatte diese Zusage ihrer Zuschlagsentscheidung zugrunde gelegt habe. In der nunmehrigen Ausschreibung sei sehr präzise zwischen solchen Musskriterien, die einer Teststellung zu unterziehen waren, und solchen, bei denen eine Erklärung über die künftige Leistungserbringung akzeptiert wurde, unterschieden worden. Im vorliegenden Verfahren sei die Anforderung 3.1.3 LVZ ein durch Teststellung nachzuweisendes Musskriterium gewesen, wie aus der Anmerkung mit dem Buchstaben "T" im Leistungsverzeichnis hervorginge.

Abschließend legt Dr. Elsner über Aufforderung durch das Gericht den elektronisch bei der Auftraggeberin vorhandenen Vergabeakt zur Ausschreibung 2016 mittels USB-Stick vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Justiz (nunmehr: Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), hat unter Einbindung der Bundesbeschaffung GmbH als vergebender Stelle mit Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 09.02.2016 zur Zahl 2016/S 027-043970 ein Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung notwendiger Hard- und Software für die Durchführung des elektronisch überwachten Hausarrests eingeleitet (in der Folge auch: "Ausschreibung 2016"). An diesem Vergabeverfahren hat sich unter anderem auch die nunmehrige Antragstellerin beteiligt.

Ein im Zusammenhang mit einer in diesem Verfahren ergangenen Zuschlagsentscheidung vor dem BVwG zu W138 2134578-1 geführtes Nachprüfungsverfahren endete infolge Rücknahme jener Entscheidung durch die Auftraggeberin mit Schreiben vom 14.10.2016. In diesem wurden die Bieter auch darüber informiert, dass die Auftraggeberin eine Wiederholung der Vergabe beabsichtige. Dieses Vergabeverfahren elektronisch überwachter Hausarrest BBG-GZ 2391.02614 wurde von der Auftraggeberin mit Erklärung vom 18.11.2016 widerrufen. (Verfahrensakt)

1.2. Das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung 2016 lautete auszugsweise:

3.1.3 Die Überwachungssoftware muss eine Überwachung ("Monitoring") in Echtzeit unterstützen und neben der Verwaltung der Daten der zu überwachenden Person die Erstellung, flexible Konfiguration, Administration und Überwachung von spezifischen Zeitprofilen erlauben. Statusmeldungen und Alarme bei Abweichungen von zeitlichen Vorgaben müssen in Echtzeit angezeigt werden.

3.3.1 Die Festlegung, Speicherung, Löschung und Änderung von individuellen Zeitprofilen muss möglich sein.

(Verfahrensakt, Unterlagen des Vergabeverfahrens zur Ausschreibung 2016)

1.3. Mit Schreiben vom 20.08.2016 wurde der Antragstellerin als Ergebnis der Teststellung unter anderem folgende Frage gestellt.

15.) Bezug nehmend auf Punkt 3.3.1 wird gefordert, dass eine Festlegung, Speicherung, Löschung und Änderung von Zeitprofilen möglich sein muss (speziell über das API).

Die zur Verfügung gestellte Testversion der "Pure Monitor" Software zeigt bei durchgeführten Tests von Zeitprofiländerungen Beschränkungen. Bei der Änderung von bereits aktiven Zeitprofilen (Terminen) sind diese Termine mit einem Startzeitpunkt der bereits in der Vergangenheit liegt nicht änderbar (Fehlermeldung bei manueller Administration). Wenn diese Änderungen über das API gemacht werden, ist die Änderung ohne Fehlermeldung möglich jedoch werden "Paralleltermine" für denselben Zeitraum angelegt. Die Überwachung dieser "Paralleltermine" ist nicht fehlerfrei möglich.

Frage an die Fa. XXXX

a) Das Produktivsystem der "Pure Monitor" Software muss Änderungen von bereits aktiven Terminen mit einem Startzeitpunkt in der Vergangenheit über das API fehlerfrei möglich machen und eine ordnungsgemäße Überwachung muss gewährleistet bleiben.

Die Antwort der Antragstellerin auf die ihr gestellte Frage lautete wie folgt:

Die derzeit geltenden Beschränkungen wurden hinzugefügt um die Datenintegrität für vergangene Termine sicherzustellen, und werden nach Wunsch des Kunden entfernt. In der Produktivversion des PureMonitor wird der Kunde in der Lage sein, alle Termine über die API zu verwalten, einschließlich derjenigen, die in der Vergangenheit gestartet wurden.

Konkrete Verfügbarkeit: Rechtskräftiger Zuschlag + 4 Wochen

(Verfahrensakt, Unterlagen des Vergabeverfahrens zur Ausschreibung 2016)

1.4. Die Auftraggeberin hat in der Folge wiederum unter Einbindung der Bundesbeschaffung GmbH als vergebender Stelle unter der Bezeichnung "Elektronisch überwachter Hausarrest" (BBG-GZ 2391.02884) einen Rahmenvertrag über die Bereitstellung und Wartung von Hard- und Software für die elektronische Überwachung des Hausarrestes in ganz Österreich (Lieferauftrag) mit den CPV-Codes 75231200 (Hauptteil) und 75000000 (Ergänzender Gegenstand) in einem

offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip neu ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt XXXX (ohne USt.) Die Auftraggeberin hat den verfahrensgegenständlichen Auftrag (in der Folge auch: "Ausschreibung 2017") u.a. im Suppl

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at