

TE Bvwg Erkenntnis 2014/7/2 W123 2007789-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.07.2014

Entscheidungsdatum

02.07.2014

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
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 § 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 § 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 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 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. 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

W123-2007789-1/25E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Veronika Macha als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Projekt ProTel PVA - Anschaffung und Installation einer neuen Telekommunikationsinfrastruktur samt Betriebsleistungen" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Nußdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, über die Anträge der XXXX GmbH, XXXX, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 12.05.2014, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Veronika Macha als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Projekt ProTel PVA - Anschaffung und Installation einer neuen Telekommunikationsinfrastruktur samt Betriebsleistungen" des

Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Nußdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, über die Anträge der römisch 40 GmbH, römisch 40, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 12.05.2014, zu Recht erkannt:

SPRUCH

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Auswahlentscheidung der Pensionsversicherungsanstalt vom 02.05.2014 im Vergabeverfahren "Projekt ProTel PVA - Anschaffung und Installation einer neuen Telekommunikationsinfrastruktur samt Betriebsleistungen" für nichtig erklären", wird mangels Antragslegitimation zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 129 Abs 1 Z 7 iVm 312 Abs 2 Z 2 und 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit 312 Absatz 2, Ziffer 2 und 320 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge der Pensionsversicherungsanstalt auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Antrag auf Nachprüfung sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Händen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 12. Mai 2014 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vom 2. Mai 2014, auf Gebührenersatz, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Einholung eines Sachverständigengutachtens und auf Akteneinsicht.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Pensionsversicherungsanstalt schreibe eine Rahmenvereinbarung über den Lieferauftrag "Projekt ProTel PVA - Anschaffung und Installation einer neuen Telekommunikationsinfrastruktur samt Betriebsleistungen" im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich aus. Das gegenständliche Verfahren sei am 12. Juni 2013 im Supplement zum Amtsblatt der EU bekanntgemacht worden (2013/S 112-191047). Am 13. Jänner 2014 sei die Antragstellerin zur Legung eines Letztangebotes aufgefordert worden, welches sie fristgerecht bis 27. Jänner 2014, 13.00 Uhr, abgegeben habe.

Am 2. Mai 2014 sei die Entscheidung ergangen, dass die Auftraggeberin beabsichtige, die Rahmenvereinbarung mit der XXXX abzuschließen (Auswahlentscheidung). Darin teile die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass "aufgrund der bestandsfesten Kriterien zur Ermittlung der Partei der Rahmenvereinbarung Ihrem Angebot bei der Bewertung der Qualität und Leistung weniger Punkte vergeben werden konnten als dem erfolgreichen Angebot, dessen Merkmale und Vorteile dazu führten, dass dieses in Summe die höhere Punktezahl erzielte. Die erreichte Gesamtpunktezahl des erfolgreichen Angebots beträgt 82,93; ihr Angebot wurde mit insgesamt 80,08 Punkten bewertet." Zudem sei für die Antragstellerin sowie die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin die Verteilung der Bewertungspunkte hinsichtlich des Projektpreises und des Kriteriums "Qualität & Leistung" mitgeteilt worden. Darüber hinaus habe die Auftraggeberin die Niederschriften zur Bewertung der Angebote der Antragstellerin und der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin übermittelt. Am 2. Mai 2014 sei die Entscheidung ergangen, dass die Auftraggeberin beabsichtige, die Rahmenvereinbarung mit der römisch 40 abzuschließen (Auswahlentscheidung). Darin teile die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass "aufgrund der bestandsfesten Kriterien zur Ermittlung der Partei der Rahmenvereinbarung Ihrem Angebot bei der Bewertung der Qualität und Leistung weniger Punkte vergeben werden konnten als dem erfolgreichen Angebot, dessen Merkmale und Vorteile dazu führten, dass dieses in Summe die höhere Punktezahl erzielte. Die erreichte Gesamtpunktezahl des erfolgreichen Angebots beträgt 82,93; ihr Angebot

wurde mit insgesamt 80,08 Punkten bewertet." Zudem sei für die Antragstellerin sowie die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin die Verteilung der Bewertungspunkte hinsichtlich des Projektpreises und des Kriteriums "Qualität & Leistung" mitgeteilt worden. Darüber hinaus habe die Auftraggeberin die Niederschriften zur Bewertung der Angebote der Antragstellerin und der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin übermittelt.

Angefochten werde diese Auswahlentscheidung vom 2. Mai 2014. Zu den Gründen für die Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass zum einen das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin nicht ausschreibungskonform sei, da diese entgegen den Vorgaben der Ausschreibung die gleichzeitige Schulung aller Mitarbeiter eines Bereiches bzw Standortes angeboten habe. Zum anderen sei das Angebot der Antragstellerin mehrfach schlechter als jenes der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin bewertet worden und mangle es zum Teil an einer nachvollziehbaren Begründung. Die Antragstellerin habe 25,08 Punkte und die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin 39,22 Punkte für das Zuschlagskriterium "Qualität und Leistung" erhalten. Diese von der Auftraggeberin vorgenommene Bestbieterermittlung sei rechtswidrig, da bei der Qualitätspunktevergabe in gravierender Weise gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung verstoßen worden sei. Dies betreffe die Bewertung des Integrations- und Roll-Out-Konzeptes, des Schnittstellenkonzeptes, des Security- und Verfügbarkeitskonzeptes, des Schulungskonzeptes EDV Admin und des Schulungskonzeptes EE Vermittlungsagenten sowie des Usability-Konzeptes. Darüber hinaus sei anzunehmen, dass das Bewertungsverfahren nicht entsprechend Pkt 3 LBO-Ausschreibungsunterlage vorgenommen worden sei, weil bei der Konzeptpräsentation und den darauffolgenden Verhandlungen jedenfalls der Projektleiter des gegenständlichen Vergabeverfahrens, Herr XXXX, nicht anwesend gewesen sei, von dem die Antragstellerin annehme, dass er Teil der Bewertungskommission gewesen sei. Auch ergebe sich aus den unrichtigen Angebotsbewertungen und -begründungen, dass die Mitglieder der Bewertungskommission offenbar nicht die erforderliche Sachkunde aufgewiesen hätten. Bei Einsatz einer fachkundigen, unabhängigen und unbefangenen Bewertungskommission sei ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens zu erwarten, weswegen die nicht gesetzeskonforme Zusammensetzung von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens sei.

Angefochten werde diese Auswahlentscheidung vom 2. Mai 2014. Zu den Gründen für die Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass zum einen das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin nicht ausschreibungskonform sei, da diese entgegen den Vorgaben der Ausschreibung die gleichzeitige Schulung aller Mitarbeiter eines Bereiches bzw Standortes angeboten habe. Zum anderen sei das Angebot der Antragstellerin mehrfach schlechter als jenes der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin bewertet worden und mangle es zum Teil an einer nachvollziehbaren Begründung. Die Antragstellerin habe 25,08 Punkte und die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin 39,22 Punkte für das Zuschlagskriterium "Qualität und Leistung" erhalten. Diese von der Auftraggeberin vorgenommene Bestbieterermittlung sei rechtswidrig, da bei der Qualitätspunktevergabe in gravierender Weise gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung verstoßen worden sei. Dies betreffe die Bewertung des Integrations- und Roll-Out-Konzeptes, des Schnittstellenkonzeptes, des Security- und Verfügbarkeitskonzeptes, des Schulungskonzeptes EDV Admin und des Schulungskonzeptes EE Vermittlungsagenten sowie des Usability-Konzeptes. Darüber hinaus sei anzunehmen, dass das Bewertungsverfahren nicht entsprechend Pkt 3 LBO-Ausschreibungsunterlage vorgenommen worden sei, weil bei der Konzeptpräsentation und den darauffolgenden Verhandlungen jedenfalls der Projektleiter des gegenständlichen Vergabeverfahrens, Herr römisch 40 , nicht anwesend gewesen sei, von dem die Antragstellerin annehme, dass er Teil der Bewertungskommission gewesen sei. Auch ergebe sich aus den unrichtigen Angebotsbewertungen und -begründungen, dass die Mitglieder der Bewertungskommission offenbar nicht die erforderliche Sachkunde aufgewiesen hätten. Bei Einsatz einer fachkundigen, unabhängigen und unbefangenen Bewertungskommission sei ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens zu erwarten, weswegen die nicht gesetzeskonforme Zusammensetzung von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens sei.

2. Die Auftraggeberin erstattete am 22.05.2014 eine Stellungnahme zum gesamten Antragsvorbringen und brachte einleitend fehlende Antragslegitimation der Antragstellerin vor. Das Angebot der Antragstellerin sei aus folgenden Gründen auszuschneiden:

Unterlassene Preisaufklärung

Nichterfüllung einer MUSS-Anforderung gemäß Punkt 5.6.12 der Leistungsbeschreibung

Nichterfüllung der MUSS-Anforderungen in Punkt 5.5.1 der Leistungsbeschreibung - Unzulässiger 3. Rechenzentrum - Standort für das zentrale System

Nichtanforderung einer MUSS-Anforderung in Punkt 5.11.4.6.1 der Leistungsbeschreibung - ZEPTA

Nicht plausible Preiszusammensetzung

Remedy: Fehlende Schnittstellenbeschreibung - Ausschreibungswidrigkeit zu Punkt 3.9.3 (Dokument 1)

Die Auftraggeberin verwies auf Pkt. 5.6.12 der Leistungsbeschreibung, wonach Einträge aus der Anrufliste bewusst gelöscht werden können müssen. Diese Anforderung erfülle die Antragstellerin nicht. Nach ihrem Angebot sei nämlich ein individuelles (= bewusstes) Löschen von Einträgen aus der Anrufliste nicht möglich. Zwar habe die Antragstellerin bei der Prüfung der MUSS-Kriterien im Zuge der Teststellung des LBO angekündigt, zu prüfen, ob diese Nichterfüllung Software-bedingt begründet sei. Ein Ergebnis dieser Prüfung stehe aber bis dato aus, davon abgesehen, dass dieses das Faktum nicht hätte beseitigen können, dass die MUSS-Anforderung nicht erfüllt gewesen sei.

3. Mit Schriftsatz vom 23.05.2014 erhob die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin begründete Einwendungen und wies einleitend - wie die Auftraggeberin - auf die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der Antragstellerin auf Grund der Nichterfüllung des Punktes 5.6.12 der Leistungsbeschreibung hin.

4. Die Antragstellerin erstattete am 16.06.2014 eine Stellungnahme und wies auf die Ausschreibungskonformität des Angebotes der Antragstellerin hin. Die Prüfung des MUSS-Kriteriums gemäß Pkt. 5.6.12 der Leistungsbeschreibung ("bewusstes Löschen") im Zuge der Teststellung des LBO am 6.2.2014 habe ergeben, dass die geforderte Darstellung der Anrufe in der Anrufliste, als auch das bewusste Löschen der Einträge aus der Anrufliste möglich sei. Diesbezüglich wies die Antragstellerin auf die Anmerkung im Prüfungsprotokoll hin ("kein individuelles Löschen - wird noch geprüft ob SW-bedingt"). Die Anmerkung "kein individuelles Löschen - wird noch geprüft ob SW-bedingt" beziehe sich jedoch nicht auf die Funktion des bewussten Lösches von Einträgen aus der Anrufliste. Unter "bewusstem Löschen" sei das Setzen einer bewussten Aktion, die auf das Löschen der Einträge aus der Anrufliste gerichtet sei, zu verstehen, im Gegensatz zu einer automatischen Löschfunktion, bei der etwa die Anrufliste automatisch nach z.B. drei Monaten gelöscht werde. Das individuelle Löschen hingegen bedeute, dass einzelne Anrufe gelöscht werden könnten. Dies sei jedoch nicht gefordert gewesen; verlangt sei lediglich gewesen, dass die Einträge aus der Anrufliste bewusst gelöscht werden könnten. Dass die Auftraggeberin (vor Einbringung des Nachprüfungsantrages) selbst auch diese Ansicht vertreten habe, ergebe sich auch aus dem Prüfprotokoll der Teststellung, wo sie selbst die Anforderung als erfüllt angekreuzt habe und (als Kontrast zum "bewussten Löschen") zusätzlich angemerkt habe, dass kein individuelles Löschen möglich sei. Wäre sie der Ansicht gewesen, dass das Kriterium "bewusstes Löschen" nicht erfüllt sei bzw. eine weitere Prüfung erforderlich sei, hätte sie die Anforderung als nicht erfüllt ankreuzen müssen. Da die sachverständig unterstützte Auftraggeberin selbst im Rahmen der Angebotsprüfung zu dem Ergebnis gekommen sei, dass das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen entspreche, wäre für die nunmehr gegenteilige Interpretation der Anforderung "bewusstes Löschen" die Bestellung eines Sachverständigen erforderlich; dies sei dem Bundesverwaltungsgericht jedoch im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation verwehrt, sodass auch aus diesem Grund die Antragslegitimation zu bejahen sei.

Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht davon ausginge, dass das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden wäre, wäre die Antragslegitimation der Antragstellerin weiterhin gegeben, da das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin unter Anwendung des selben Prüfungsmaßstabes und des Grundsatzes der Bietergleichbehandlung tatsächlich nicht den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen entspreche und daher auszuscheiden wäre. Die Antragstellerin wies auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Fastweb hin, wonach die Bieter ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen hätten. Ferner verwies sie auf die Entscheidung des BVA vom 26.4.2004, 12N-2/04-55, welche zeitlich vor der restriktiven Rechtsprechung des VWGH ergangen sei. Vor diesem Hintergrund sei die Frage, ob die mitbeteiligte Partei allenfalls auszuscheiden wäre, daher jedenfalls rechtlich relevant, weil die Antragstellerin ein schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage habe, ob der Zuschlag an die mitbeteiligte Partei als präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin ergehe oder auf ein anderes im Vergabeverfahren verbliebenes zuschlagsfähiges Angebot zugeschlagen werde. In eventu werde vorgebracht, dass sämtliche abgegebenen Letztangebote wegen Widerspruchs gegen die Ausschreibungsunterlagen auszuscheiden wären. Wie bereits im Nachprüfungsantrag vorgebracht, widerspreche das Letztangebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin den Ausschreibungsunterlagen, da nach dem Schulungskonzept EDV-Admins und für die Vermittlungs-Agents in den EE alle Mitarbeiter entgegen dem Gleichzeitigkeitsverbot auf ein Mal und somit gleichzeitig geschult werden sollten.

5. Am 18.06.2014 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt: Auf die Frage des VR, ob man mit dem angebotenen Gerät der Antragstellerin "bewusst" löschen könne, gab die Antragstellerin an, dass man bewusst löschen könne. Es sei möglich, mit diesem Gerät bewusst zu löschen. Der VR konfrontierte die Antragstellerin mit dem Schriftsatz vom 16.06.2014. Die Antragstellerin wies auf die Anforderungen in der Ausschreibung hin, wonach ein "individuelles" Löschen nicht gefordert gewesen sei.

Die Auftraggeberin bestätigte, dass die Prüfung des LBO vom 06.02.2014 die letzte Prüfung im Zuge der Teststellung gewesen sei. Die Anmerkung zur Mussanforderung gemäß Punkt 5.6.12 "kein individuelles Löschen - wird noch geprüft ob SW- bedingt", erklärte die Auftraggeberin dahingehend, dass gedacht gewesen sei, dass die Antragstellerin das noch intern prüfen solle. Dies habe die Antragstellerin im Übrigen angekündigt. Das "x" (= Erfüllung "ja") sei im Hinblick auf die Ankündigung der Antragstellerin gesetzt worden. Dies sei der letzte Termin der Teststellung gewesen, da danach die Teststellung abgebaut worden sei. Die Ankündigung habe sich daher nur auf die Antragstellerin beziehen können. Hingewiesen wurde auf die Vorgaben der Ausschreibung (Erfüllung anzukreuzen "ja" oder "nein"). Das damalige Ankreuzen mit "ja" sei ein Entgegenkommen der Auftraggeberin an die Antragstellerin gewesen. Hätte man damals schon das Kästchen "nein" angekreuzt, dann wäre die Antragstellerin sofort auszuschneiden gewesen. Im Übrigen sei die Unterscheidung zwischen "bewusstem" und "individuellem" Löschen Wortklauberei. Wenn nämlich individuelles Löschen einzelner Anrufe aus der Anrufliste nicht möglich sei, dann ergebe sich daraus eine ausschreibungswidrige Einschränkung der Funktionalität.

Die Antragstellerin brachte zu diesem Punkt vor, dass in Bezug auf das bewusste Löschen der Antragstellerin in der Teststellung mitgeteilt worden sei, dass das Kriterium bewusstes Löschen erfüllt sei. Jedoch hätte die Antragstellerin noch prüfen sollen, ob das individuelle Löschen funktioniert. Der VR wies auf die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 22.05.2014, Punkt A, 3., Rn 1, hin. Die Antragstellerin bestätigte das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach das Ergebnis dieser Prüfung "bis dato" ausstehe. Da diesbezüglich keine Rückmeldung seitens der Antragstellerin erfolgt sei, sei die Auftraggeberin offenbar davon ausgegangen, dass das individuelle Löschen nicht möglich sei und habe das Angebot der Antragstellerin schlechter bewertet, woraus ersichtlich sei, dass es sich nicht um ein Musskriterium, sondern allenfalls um ein Bewertungskriterium handle. Die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin wies auf Punkt 5.6.12 hin, der klar zwischen Mussanforderungen und Sollanforderungen unterscheide. Das bewusste Löschen sei eindeutig eine Mussanforderung, die zwingend anzubieten sei. Das Nichterbringen dieses Nachweises sei ein zwingender Ausscheidungsgrund. Die Auftraggeberin brachte hierzu vor, dass die Bewertungskommission auf Basis der insoweit unmissverständlichen Ausschreibungsfestlegungen keine rechtliche Würdigung der Angebote vorzunehmen gehabt habe. Das Fehlen des individuellen Löschens sei bei der Bewertung der Kommission als Einschränkung erkannt worden. Dass es sich um eine Ausschreibungswidrigkeit handle, sei nicht Gegenstand der kommissionellen Bewertung gewesen. Die Antragstellerin führte dazu aus, dass die Vorprüfung der Bewertung des Angebotes wie auch die Teststellung durch die technische Verfahrensbegleitung HMP erfolgt sei, die die Ausschreibungsunterlagen selbst verfasst habe und die Kommission - bis auf ein einziges Kriterium, das gegenständlich nicht relevant sei - dem Vorschlag der Verfahrensbegleitung gefolgt sei.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Auftraggeberin hat die gegenständliche Rahmenvereinbarung im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte am 12.06.2013.

2. Dokument 1 der Ausschreibung - "Aufforderung zur Angebotslegung" lautet auszugsweise:

3.1 Allgemeines

Als Partei der Rahmenvereinbarung wird jenes Unternehmen ausgewählt, welches zur Leistungserbringung geeignet ist und dessen Letztangebot die Mindestanforderungen erfüllt, den Ausschreibungsbestimmungen entspricht und anhand der nachstehenden Kriterien zur Auswahl der Partei der Rahmenvereinbarung (Zuschlagskriterien gemäß § 151 Abs 3 BVergG 2006) am besten bewertet wird, d.h. die meisten Punkte erhält. Als Partei der Rahmenvereinbarung wird jenes Unternehmen ausgewählt, welches zur Leistungserbringung geeignet ist und dessen Letztangebot die

Mindestanforderungen erfüllt, den Ausschreibungsbestimmungen entspricht und anhand der nachstehenden Kriterien zur Auswahl der Partei der Rahmenvereinbarung (Zuschlagskriterien gemäß Paragraph 151, Absatz 3, BVergG 2006) am besten bewertet wird, d.h. die meisten Punkte erhält.

.....

3.9.8 Bewertung der Usability

.....

Die Erfüllung folgender MUSS-Kriterien muss vom Bieter im Zuge der Teststellung nachgewiesen werden:

.....

- Anrufliste (Punkt 5.6.12 in Dokument 2 "Leistungsbeschreibung")

.....

Bei Nichterfüllung eines dieser MUSS-Kriterien im Zuge der Teststellung ist das Angebot auszuscheiden.

3. Dokument 2 der Ausschreibung - "Leistungsbeschreibung" lautet auszugsweise:

5.6.12. Anrufliste

MUSS-Anforderung:

Komfort- und Standardapparate müssen über eine Anruflistenfunktion verfügen. Diese muss es ermöglichen, dass z.B. Anrufe, die während der Abwesenheit des Benutzers eingelangt sind, in Form einer Auflistung der letzten 10 Anrufe mit Datum, Uhrzeit und Rufnummer des Anrufers anzuzeigen.

Die Funktion "Anrufliste" muss für folgende Gespräche zur Verfügung gestellt werden:

ankommende Anrufe in Abwesenheit

abgehende Telefonate

Durch Abheben des Hörers oder Drucken einer "Bestätigungstaste" oder "Wählentaste" kann der Anruf gestartet werden.

Einträge aus der Anrufliste müssen bewusst gelöscht werden können.

4. Aus dem Protokoll vom 6.2.2014 zum Angebot der Antragstellerin, "Prüfung der MUSS-Kriterien im Zuge der Teststellung des LBO als Ergänzung zum Protokoll vom 10.12.2013", ist folgendes ersichtlich:

Beim Kriterium "Anrufliste" (Punkt. 5.6.12 in Dokument 2 "Leistungsbeschreibung"), "Löschen von Einträgen aus der Anrufliste", findet sich folgende Anmerkung: kein individuelles Löschen - wird noch geprüft ob SW-bedingt.

5. Dem Protokoll "Bewertung der Usability im Zuge der Teststellung, Bewertungsvorschlag nach LBO der Antragstellerin (Zeitraum der Teststellung: 25.11.2013 bis 16.12.2013; LBO 6.12.2014 bis 10.2.2014) ist folgender Eintrag zu entnehmen:

Folgende Punkte wurden im Zuge der Usability-Prüfung als Einschränkung bewertet:

Einträge in der Anrufliste sind ohne Statusanzeige der Nebenstellen realisiert

Selektives Löschen von Einträgen in der Anrufliste beim Apparat OS 15 war im Test nicht möglich.

6. Die Auftraggeberin hat die beiden "Hauptangebote" der Bieterin XXXXausgeschieden. Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden. Ebenfalls nicht ausgeschieden wurde das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin sowie jenes der Bieterin

XXXX.römisch 40 .

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl I Nr. 128/2013, kundgemacht am 11. Juli 2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im § 345 Abs 17 Z 3 angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12. Juli 2013, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs 17 Z 2 BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fort zu führen. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, kundgemacht am 11. Juli 2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12. Juli 2013, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fort zu führen.

Dies hat zur Folge, dass für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 12. Juli 2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 heranzuziehen hat. Für das gegenständliche, beim Bundesverwaltungsgericht am 12. Mai 2014 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren sind hingegen die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 128/2013 maßgeblich, sodass sich das Rechtsschutzverfahren nach den mit 1. Jänner 2014 novellierten Bestimmungen des 4. Teils des BVergG richtet (§ 345 Abs 17 Z 3 und 4 BVergG). Dies hat zur Folge, dass für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 12. Juli 2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, heranzuziehen hat. Für das gegenständliche, beim Bundesverwaltungsgericht am 12. Mai 2014 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren sind hingegen die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, maßgeblich, sodass sich das Rechtsschutzverfahren nach den mit 1. Jänner 2014 novellierten Bestimmungen des 4. Teils des BVergG richtet (Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3 und 4 BVergG).

Bei den Paragraphenangaben wird unterschiedslos auf das BVergG Bezug genommen. Darunter ist gegebenenfalls jeweils die im Sinne der obigen Ausführungen geltende Fassung zu verstehen.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 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, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Pensionsversicherungsanstalt. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 10.6.2013, N/0053-BVA/14/2013-EV7; BVA 14.4.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; BVA 23.3.2011, N/0104-BVA/04/2010-11 uva). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nach den Angaben der Auftraggeberin um einen Lieferauftrag iSd § 6 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Pensionsversicherungsanstalt. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 10.6.2013, N/0053-BVA/14/2013-EV7; BVA 14.4.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; BVA 23.3.2011, N/0104-

BVA/04/2010-11 uva). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nach den Angaben der Auftraggeberin um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt daher nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt daher nicht vor.

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Z 1), und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Z 2). Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Ziffer eins,), und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Ziffer 2,).

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertig Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertig Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Gemäß ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden sowie des Verwaltungsgerichtshofes ist einem Bieter

die Antragslegitimation abzusprechen, wenn sein Angebot zwingend auszuschneiden gewesen wäre (siehe dazu die bei Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 320 Rz 49, zitierte Rechtsprechung). Der Verwaltungsgerichtshof sprach wiederholt aus, dass die Nachprüfungsbehörde befugt - und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet - ist, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (siehe dazu grundlegend VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). In diesem Erkenntnis präzisierte der VwGH diese Rechtsfrage dahingehend, dass der Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein mangelhaftes Angebot gelegt hat nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden, kann, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden ist. Die Vergabekontrollbehörde hat - auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bieter(n) (nur dann) als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre. Gemäß ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden sowie des Verwaltungsgerichtshofes ist einem Bieter die Antragslegitimation abzusprechen, wenn sein Angebot zwingend auszuschneiden gewesen wäre (siehe dazu die bei Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320, Rz 49, zitierte Rechtsprechung). Der Verwaltungsgerichtshof sprach wiederholt aus, dass die Nachprüfungsbehörde befugt - und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet - ist, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (siehe dazu grundlegend VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). In diesem Erkenntnis präzisierte der VwGH diese Rechtsfrage dahingehend, dass der Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein mangelhaftes Angebot gelegt hat nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden, kann, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden ist. Die Vergabekontrollbehörde hat - auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bieter(n) (nur dann) als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre.

Diese - vom VwGH aufgestellten - Voraussetzungen zur Prüfung der Antragslegitimation liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor, da das Angebot der Antragstellerin einen wesentlichen (unbehebbar)en Mangel ausweist, der sich bereits aus der Aktenlage ergibt und zwingend zum Ausscheiden desselben hätte führen müssen:

Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und folgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89). Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16. August 2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mwN; BVA vom 14. Dezember 2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. (siehe dazu bereits BVA 26.9.2009 N/0056-BVA/13/2009-24). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH vom 22. Juni 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054; VwGH vom 7. September 2009, 2007/04/0090; VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und folgedessen nach ständiger

Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (siehe EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89). Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16. August 2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mwN; BVA vom 14. Dezember 2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. (siehe dazu bereits BVA 26.9.2009 N/0056-BVA/13/2009-24). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH vom 22. Juni 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321.). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054; VwGH vom 7. September 2009, 2007/04/0090; VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; idS etwa auch EuG v 10.12.2009 Rs T-195/08, Antwerpse Bouwwerke NV gegen EK, Rz 51 mwN der Rspr: "Eine im Lastenheft vorgesehene Bedingung ist nach Maßgabe ihres Zwecks, ihrer Systematik und ihres Wortlauts auszulegen."). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA vom 4. Juni 2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16. Februar 2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH vom 21. November 2011, 2006/04/0024; vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200; BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua)Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich

(siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; idS etwa auch EuG v 10.12.2009 Rs T-195/08, Antwerpse Bouwwerke NV gegen EK, Rz 51 mwN der Rspr: "Eine im Lastenheft vorgesehene Bedingung ist nach Maßgabe ihres Zwecks, ihrer Systematik und ihres Wortlauts auszulegen."). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA vom 4. Juni 2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16. Februar 2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH vom 21. November 2011, 2006/04/0024; vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200; BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua).

Aus Pkt. 5.6.12 des Dokuments 2 - "Leistungsbeschreibung" geht hervor, dass die Anforderung "Einträge aus der Anrufliste müssen bewusst gelöscht werden können" eine MUSS-Anforderung ist. In Pkt. 3.9.8 des Dokuments 1 - "Aufforderung zur Angebotslegung" ist explizit festgelegt, dass die Anrufliste (Pkt. 5.6.12 in Dokument 2 "Leistungsbeschreibung") ein MUSS-Kriterium darstellt und vom Bieter im Zuge der Teststellung nachgewiesen werden muss. Die Nichterfüllung dieses MUSS-Kriteriums führt zum Ausscheiden des Angebotes.

Bereits aus den Vergabeunterlagen ist ersichtlich, dass die Antragstellerin die Anforderungen in Pkt. 5.6.12 im Zuge der Teststellung nicht erfüllt hat (vgl. dazu die Anmerkung im Protokoll vom 6.2.2014: "Kein individuelles Löschen - wird noch geprüft ob SW-bedingt"). Die Auftraggeberin wäre somit - auf Grund ihrer eigenen bestandskräftigten Ausschreibungsbedingungen - bereits in diesem Stadium verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. In der mündlichen Verhandlung klärte die Auftraggeberin das damalige Ankreuzen des Kästchens "ja", somit das scheinbare Erfüllen dieser Anforderung, dahingehend auf, dass dieses "ja" ein Entgegenkommen der Auftraggeberin an die Antragstellerin gewesen sei. Die Auftraggeberin und die Antragstellerin stimmten im Wesentlichen darin überein, dass die Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt noch zu prüfen gehabt hätte, ob das individuelle Löschen beim Gerät der Antragstellerin tatsächlich funktioniert. Die Auftraggeberin brachte in der Stellungnahme vom 22.05.2014 vor, dass die Antragstellerin bei der Prüfung dieses MUSS-Kriteriums im Zuge der Teststellung des LBO angekündigt habe, zu prüfen, ob diese Nichterfüllung SW-bedingt begründet sei, ein Ergebnis dieser Prüfung jedoch "bis dato" ausstehe. Die Antragstellerin bestätigte in der mündlichen Verhandlung das Vorbringen der Auftraggeberin: Ein Ergebnis dieser Prüfung steht also "bis dato" aus. Somit gesteht die Antragstellerin selbst ein, dass sie die Anforderung in Pkt. 5.6.12 der Leistungsbeschreibung "bewusstes Löschen" (sogar im Zeitpunkt nach erfolgter Teststellung) nicht erfüllt hat. Damit liegt aber bereits aus diesem Grunde ein nicht ausschreibungskonformes Angebot iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG vor. Bereits aus den Vergabeunterlagen ist ersichtlich, dass die Antragstellerin die Anforderungen in Pkt. 5.6.12 im Zuge der Teststellung nicht erfüllt hat vergleiche dazu die Anmerkung im Protokoll vom 6.2.2014: "Kein individuelles Löschen - wird noch geprüft ob SW-bedingt"). Die Auftraggeberin wäre somit - auf Grund ihrer eigenen bestandskräftigten Ausschreibungsbedingungen - bereits in diesem Stadium verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. In der mündlichen Verhandlung klärte die Auftraggeberin das damalige Ankreuzen des Kästchens "ja", somit das scheinbare Erfüllen dieser Anforderung, dahingehend auf, dass dieses "ja" ein Entgegenkommen der Auftraggeberin an die Antragstellerin gewesen sei. Die Auftraggeberin und die Antragstellerin stimmten im Wesentlichen darin überein, dass die Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt noch zu prüfen gehabt hätte, ob das individuelle Löschen beim Gerät der Antragstellerin tatsächlich funktioniert. Die Auftraggeberin brachte in der Stellungnahme vom 22.05.2014 vor, dass die Antragstellerin bei der Prüfung dieses MUSS-Kriteriums im Zuge der Teststellung des LBO angekündigt habe, zu prüfen, ob diese Nichterfüllung SW-bedingt begründet sei, ein Ergebnis dieser Prüfung jedoch "bis dato" ausstehe. Die Antragstellerin bestätigte in der mündlichen Verhandlung das Vorbringen der Auftraggeberin: Ein Ergebnis dieser Prüfung steht also "bis dato" aus. Somit gesteht die Antragstellerin selbst ein, dass sie die Anforderung in Pkt. 5.6.12 der Leistungsbeschreibung "bewusstes Löschen" (sogar im Zeitpunkt nach erfolgter Teststellung) nicht erfüllt hat. Damit liegt aber bereits aus diesem Grunde ein nicht ausschreibungskonformes Angebot iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vor.

Soweit die Antragstellerin im Schriftsatz vom 16.06.2014 und in der mündlichen Verhandlung darauf hinweist, dass

sich die Anmerkung "Kein individuelles Löschen - wird noch geprüft, ob SW-bedingt" nicht auf die Funktion des "bewussten" Löschens von Einträgen aus der Anrufliste beziehe, da unter "bewusstem Löschen" das Setzen einer bewussten Aktion, die auf das Löschen der Einträge aus der Anrufliste gerichtet sei, zu verstehen sei (im Gegensatz zu einer automatischen Löschfunktion), ist diese Argumentationslinie in sich unstimmig und im Ergebnis widersprüchlich. Schon der Wortlaut der MUSS-Anforderung spricht vom "bewussten" Löschen. Die seitens der Antragstellerin nunmehr ins Spiel gebrachte "automatische Löschfunktion" wird in Pkt. 5.6.12 der Leistungsbeschreibung gar nicht erwähnt (bzw. verlangt). Das zwischen einem bewusstem Tun, also dem Setzen einer bestimmten Handlung einerseits und einer automatischen Funktion (also ohne, dass es eines aktiven Tuns bedarf) andererseits ein Gegensatz besteht, liegt in der Natur der Sache. Die Antragstellerin konnte jedoch in ihren Ausführungen nicht plausibel und nachvollziehbar darlegen, warum ein "bewusstes" Löschen nicht einer bewussten Aktion bedürfe, also eines Setzens einer individuellen Handlung. Die Antragstellerin weist selbst darauf hin, dass das "individuelle Löschen" bedeutet, dass einzelne Anrufe gelöscht werden können. Genau das soll aber mit der Formulierung ("müssen bewusst gelöscht werden können") in der Anforderung gemäß Pkt. 5.6.12 der Leistungsbeschreibung zum Ausdruck kommen. Warum aber ein "bewusstes" Löschen nicht bedeuten soll, dass man (offenkundig) einzelne Anrufe (durch eine gezielte Aktion) löschen können soll, konnte die Antragstellerin jedenfalls nicht schlüssig darlegen.

Das Angebot der Antragstellerin ist daher zwingend auszuschneiden. Soweit die Antragstellerin vermeint, dass zur Prüfung dieser Frage die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen erforderlich wäre, ist darauf hinzuweisen, dass sich dieser Ausscheidenstatbestand bereits auf Grund der Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt. Zudem hat die Antragstellerin selbst bestätigt, dass sie "bis dato" die Anforderungen in Pkt. 5.6.12 der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt hat. Abgesehen davon ist die seitens der Antragstellerin aufgeworfene (scheinbare) Differenz zwischen "bewusstem" und "individuellem" Löschen eine Auslegungsfrage der Ausschreibungsbedingungen, somit eine Rechtsfrage, die aber von einem Sachverständigen nicht zu beantworten ist. Soweit die Antragstellerin vorbringt, dass die Auftraggeberin offenbar selbst von einem ausschreibungsgemäßen Angebot ausgegangen ist, da die Auftraggeberin die Anforderung "als erfüllt angekreuzt" habe, ist zunächst auf die diesbezügliche Aufklärung der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung hinzuweisen. Zudem verkennt die Antragstellerin diesbezüglich die ständige Rechtsprechung, dass es nicht in der Disposition des Auftraggebers steht, von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Allein deshalb, weil der Auftraggeber von einer formalen Ausscheidung eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein mit einem Mangel behaftetes Angebot nicht zu einem zulässigen Anbot, dem der Zuschlag hätte erteilt werden können (siehe dazu grundlegend VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050).

Soweit die Antragstellerin auf die Entscheidung des EuGH in der Rs Fastweb hinweist und daraus (vermeintlich) ableitet, dass auch im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben sei, verkennt sie, dass der Sachverhalt in der Rs Fastweb anders gelagert war, als jener des hier zugrunde liegenden Vergabeverfahrens. In der Rs Fastweb haben lediglich zwei Bieter ein Angebot abgegeben und beide bestimmte technische Anforderungen in der Ausschreibung nicht erfüllt. Da beide Angebote zwingend auszuschneiden waren, wäre das Vergabeverfahren in weiterer Folge zu widerrufen gewesen. Im gegenständlichen Vergabeverfahren verbleibt jedoch - selbst nach einem allfälligen Ausscheiden der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin - jedenfalls noch ein weiteres Angebot, dass von der Auftraggeberin nicht ausgeschieden wurde. Ein hinreichend substantiiertes Vorbringen, wonach auch dieses Angebot zwingend auszuschneiden wäre, wurde aber von der Antragstellerin nicht vorgebracht. Aber auch den Ausführungen der Antragstellerin, wonach das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin auszuschneiden wäre, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Im Gegensatz zu Pkt. 5.6.12 der Leistungsbeschreibung, der bei Nichterfüllen dieser Anforderung einen zwingenden Ausscheidenstatbestand vorsieht, ist Pkt.1.2.3 des Dokumentes 3 - "Projektentwicklung und Roll-Out" nicht als MUSS-Anforderung definiert. In dieser Bestimmung findet sich jedenfalls kein expliziter Hinweis. Somit ist aber davon auszugehen, dass das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin nicht zwingend (aufgrund des Nichterfüllens einer Mussanforderung) auszuschneiden ist. Die sonstigen seitens der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten im gegenständlichen Vergabeverfahren betreffen lediglich die "bessere" Bewertung hinsichtlich des Angebotes der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin und sind somit nicht dahingehend relevant, ob das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin auszuschneiden gewesen wäre. Wie aber bereits festgehalten, verbleibt - auch nach einem allfälligen Ausscheiden der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin - jedenfalls noch eine dritte (zuschlagsfähige) Bieterin im Vergabeverfahren, womit aber die Auftraggeberin nicht verpflichtet wäre, das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen.

Soweit die Antragstellerin auf die Entscheidung des verstärkten Senates vom 26.04.2004, 12N/2-04/55, hinweist, verkennt sie auch diesbezüglich die unterschiedlichen Sachverhalte. In der zitierten Entscheidung aus dem Jahr 2004 legten drei Bieter Angebote. Ein Bieter wurde bereits im Vorfeld ausgeschieden. Somit verblieben Antragstellerin und präsumtive Zuschlagsempfängerin. Das Ermittlungsverfahren kam zum Ergebnis, dass auch diese beiden Angebote auszuschneiden gewesen wären, womit aber - wie in der Rs Fastweb - das Vergabeverfahren in weiterer Folge zu widerrufen war.

Soweit die Auftraggeberin schließlich auf die jüngere Entscheidung des BVA vom 19.08.2013, N/0073-BVA/06/2013/47, hinweist, ist auf die Ausführungen des BVA in diesem Bescheid hinzuweisen. Daraus ergibt sich zweifelsfrei, dass auch der dort zu entscheidende Sachverhalt mit dem hier zugrundeliegenden nicht vergleichbar ist. Das BVA hielt in der Schlussfolgerung nachfolgendes fest: "Sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wären auszuschneiden gewesen. Wie eben dargelegt, sieht sich die Auftraggeberin mit einem zwingenden, jedenfalls aber mit einem fakultativen Widerrufsgrund konfrontiert. Losgelöst davon hat die Auftraggeberin selbst eingestanden, dass sie die Angebotsprüfung noch nicht zu Ende geführt hat. Dies verdeutlicht auch der Umstand, dass die Auftraggeberin hier zahlreiche, mitunter in keiner Weise im Akt dokumentierte Ausscheidensgründe heranzieht. Es ist auch nicht die Aufgabe des Bundesvergabeamtes hier anstelle der Auftraggeberin das Vergabeverfahren entsprechend weiter bzw. zu Ende zu führen." Im gegenständlichen Vergabeverfahren hat aber die Auftraggeberin die Angebotsprüfung (insbesondere hinsichtlich des Angebotes der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin und des Angebotes der Bieter XXXXsowie XXXX jedenfalls zu Ende geführt. Soweit die Auftraggeberin schließlich auf die jüngere Entscheidung des BVA vom 19.08.2013, N/0073-BVA/06/2013/47, hinweist, ist auf die Ausführungen des BVA in diesem Bescheid hinzuweisen. Daraus ergibt sich zweifelsfrei, dass auch der dort zu entscheidende Sachverhalt mit dem hier zugrundeliegenden nicht vergleichbar ist. Das BVA hielt in der Schlussfolgerung nachfolgendes fest: "Sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wären auszuschneiden gewesen. Wie eben dargelegt, sieht sich die Auftraggeberin mit einem zwingenden, jedenfalls aber mit einem fakultativen Widerrufsgrund konfrontiert. Losgelöst davon hat die Auftraggeberin selbst eingestanden, dass sie die Angebotsprüfung noch nicht zu Ende geführt hat. Dies verdeutlicht auch der Umstand, dass die Auftraggeberin hier zahlreiche, mitunter in keiner Weise im Akt dokumentierte Ausscheidensgründe heranzieht. Es ist auch nicht die Aufgabe des Bundesvergabeamtes hier anstelle der Auftraggeberin das Vergabeverfahren entsprechend weiter bzw. zu Ende zu führen." Im gegenständlichen Vergabeverfahren hat aber die Auftraggeberin die Angebotsprüfung (insbesondere hinsichtlich des Angebotes der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin und des Angebotes der Bieter XXXXsowie römisch 40 jedenfalls zu Ende geführt.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin Pkt. 5.6.12 der Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt hat und somit gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Ein Bieter hat jedenfalls dann keine Antragslegitimation iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG, wenn sein Angebot für den Zuschlag oder - wie im gegenständlichen Fall - für die "Auswahlentscheidung" von vornherein nicht in Betracht kommt, aber andere zuschlagsfähige Angebote bzw. (wie gegenständlich) jedenfalls noch zwei für die "Auswahlentscheidung" heranzuziehende Angebote im Vergabeverfahren verbleiben (siehe dazu auch Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1787). Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin Pkt. 5.6.12 der Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt hat und somit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Ein Bieter hat jedenfalls dann keine Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, wenn sein Angebot für den Zuschlag oder - wie im gegenständlichen Fall - für die "Auswahlentscheidung" von vornherein nicht in Betracht kommt, aber andere zuschlagsfähige Angebote bzw. (wie gegenständlich) jedenfalls noch zwei für die "Auswahlentscheidung" heranzuziehende Angebote im Vergabeverfahren verbleiben (siehe dazu auch Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1787).

Da sich auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei ergeben hat, dass das Angebot der Antragstellerin bereits aufgrund der Nichterfüllung des Punktes 5.6.12 des Dokuments

2 - "Leistungsbeschreibung" auszuschneiden gewesen wäre, musste auf

die weiteren vorgebrachten Ausscheidenstatbestände nicht mehr eingegangen werden. Der Antragstellerin wurde auch im Rahmen des Parteiengenhörs (durch Übermittlung der Schriftsätze der Auftraggeberin sowie der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin) bzw. im Rahmen der mündlichen Verhandlung die Gelegenheit eingeräumt, zu den

vorgebrachten Ausscheidenstatbeständen Stellung zu nehmen (siehe zu diesen Erfordernissen vor allem EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller).

Zu Spruchpunkt II.:Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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 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, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

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

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt EUR 18.468,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt.

Da aber dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht weder ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Zu B Zur 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 zur Antragslegitimation (vgl dazu für viele VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 sowie VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095) 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 zur Antragslegitimation vergleiche dazu für viele VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 sowie VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095) 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.

Schlagworte

Antragslegitimation, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheiden von Angeboten, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Ausscheidung, Auswahlentscheidung, Behebbarkeit, Behebbarkeit von Mängeln, Kalkulation, Lieferauftrag, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, Nichtigerklärung der

Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebühren, Pauschalgebührenersatz, Plausibilität, Rahmenvereinbarung, Schaden, Unbehebbarkeit, Verbesserungsauftrag, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W123.2007789.1.01

Zuletzt aktualisiert am

13.08.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at