

TE Bvwg Erkenntnis 2018/10/16 W187 2205106-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.10.2018

Entscheidungsdatum

16.10.2018

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2006 §125
BVergG 2006 §139 Abs2 Z3
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §5
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §334
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §342 Abs2
BVergG 2018 §344 Abs1
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W187 2205106-2/21E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Sabine SACHS, MAS als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA , vertreten durch die DIWOK HERMANN PETSCHKE Rechtsanwälte LLP & Co KG, Schottenring 25, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Nadelstichsichere Systeme" Los 5 der Auftraggeberinnen Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, und Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, beide vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 6. September 2018 zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA , das Bundesverwaltungsgericht möge ,die am 27. August 2018 elektronisch bekanntgegebenen Widerrufsentscheidung für nichtig erklären' gemäß § 139 Abs 2 Z 3 BVerfG 2006 ab.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 6. September 2018 beantragte die AAAA , vertreten durch die DIWOK HERMANN PETSCHKE Rechtsanwälte LLP & Co KG, Schottenring 25, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigklärung der am 27. August 2018 elektronisch bekannt gegebenen Widerrufsentscheidung, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Akteneinsicht und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Nadelstichsichere Systeme" Los 5 der Auftraggeberinnen Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, und Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, beide vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien.

1.1 Nach der Darstellung des Sachverhalts, Ausführungen zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, Bezeichnung des Vergabeverfahrens und der angefochtenen Entscheidung macht die Antragstellerin den entgangenen Gewinn, die Kosten der Angebotslegung sowie der rechtsfreundlichen Beratung und Vertretung und den Entgang eines Referenzprojekts als drohenden Schaden geltend. Das Interesse am Vertragsabschluss habe sie durch Angebotslegung und Bekämpfung der Widerrufsentscheidung dargetan. Der Nachprüfungsantrag sei rechtzeitig. Sie habe die Pauschalgebühren bezahlt. Sie behauptet das Interesse am Vertragsabschluss durch die Beteiligung am Vergabeverfahren und mehrfache Nachreichungen und nennt als drohenden Schaden den entgangenen kalkulatorischen Gewinn, den Beitrag zu den Gemeinkosten und den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts. Sie erachtet sich in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung, auf gesetzeskonforme und vollständige Angebotsprüfung, auf eine Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, auf Gleichbehandlung und Transparenz im Vergabeverfahren, auf Bekanntgabe einer Widerrufsentscheidung nur bei Vorliegen gesetzeskonformer Gründe, auf unterbleiben einer rechtswidrigen Entscheidung sowie auf gesetzeskonforme Durchführung und Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass das Widerrufsrecht gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVerfG 2006 erst nach tatsächlichem Ausscheiden der Angebote ausgeübt werden könne, tatsächlich mindestens zwei Bieter die Mindestkriterien erfüllten und daher das Vergabeverfahren nicht widerrufen werden könne sowie die Mindestkriterien für die Verpackung weder unsachlich seien noch eine entsprechende Einschränkung des Bieterwettbewerbs bewirkten. Die Mitteilung der Widerrufsentscheidung lasse den Schluss zu, dass die Auftraggeberin noch keine Angebote ausgeschieden habe. Ein Vergabeverfahren könne aber gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVerfG 2006 nur dann widerrufen werden, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot verbliebe. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass nicht nur ihr Angebot die Mindestkriterien erfülle. Damit verbliebe mehr als ein Angebot im Vergabeverfahren. Es sei nicht zu erkennen, warum das Mindestkriterium für die Ausführung der Verpackung nun unsachlich sei oder den Bieterwettbewerb einschränke.

2. Am 11. September 2018 teilte die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG mit, dass sie die Erstauftraggeberin vertrete, sah von einer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab, erteilte allgemeine Auskünfte, und bestritt das Vorbringen der Antragstellerin.

3. Am 13. September 2018 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

4. Am 13. September 2018 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung.

4.1 Sie führt im Zuge der Darstellung des Sachverhalts ua aus, dass entgegen einer ersten Beurteilung nur das Angebot der Antragstellerin die Mindestanforderung "nur mit einem Finger" erfülle. Bei allen anderen Bietern im Vergabeverfahren sei die Erfüllung dieser Mindestanforderung ausgeschlossen. Es sei aus Sicht der Anwender nicht

erforderlich, dass der Sicherheitsmechanismus mit einem Finger unter geringem Druckaufwand auslösbar sein und sicher, eindeutig einrasten müsse. Diese Mindestanforderung "mit einem Finger" widerspreche damit dem Gebot der wettbewerbsoffenen und neutralen Leistungsbeschreibung. Dieser Umstand sei der Auftraggeberin erst zu einem Zeitpunkt nach Angebotsabgabe - nämlich erst im Zuge der Überprüfungen durch die Expertenkommission - bekannt und durch das Schreiben der Antragstellerin vom 17. August 2018 gestärkt worden. Auch die Mindestanforderungen an die Verpackung hätten sich im Zuge der neuerlichen Prüfung und Evaluierung der Anforderungen als überzogen und wettbewerbseinschränkend herausgestellt. Dieser Umstand sei der Auftraggeberin erst zu einem Zeitpunkt nach Angebotsabgabe - nämlich erst im Zuge der Überprüfungen durch die Expertenkommission - bekannt geworden. Die Auftraggeberin habe auch erkannt, dass durch teilweise geänderte Mindestanforderungen - die aus Sicht der Anwender in den Einrichtungen der Antragsgegnerin nach nunmehriger Rückmeldung völlig unerheblich seien - auch ein wesentlich günstigeres Angebotsergebnis erzielt werden könne. Die Auftraggeberin habe sich daher entschlossen, das Vergabeverfahren in Los 5 zu widerrufen und ein neues Vergabeverfahren zu geänderten, wettbewerbsoffeneren Mindestanforderungen entsprechend den tatsächlichen Anforderungen der Anwender in den Einrichtungen der Antragsgegnerin einzuleiten.

4.2 Die Widerrufsentscheidung werde mit einem sachlichen Widerrufsgrund begründet, nicht mit dem Verbleib lediglich eines Angebots. Eine Widerrufsentscheidung könne auch aus anderen als den von der Auftraggeberin genannten Gründen rechtmäßig sein. An den Widerruf sei kein strenger Maßstab anzulegen. Der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren abzuschließen und den fraglichen Auftrag zu vergeben. Der Auftraggeber könne auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, für den ein Ausschreibungsverfahren stattgefunden habe, verzichten. Die Gründe für den Widerruf könnten vielfältig sein. Ein Widerruf des Vergabeverfahrens ist in jedem Fall zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen, auch wenn der Auftraggeber diese Gründe verursacht habe. Die Auftraggeberin habe erst nach Angebotsabgabe im Zuge der Beurteilungen durch die Expertenkommission erkannt, dass die Mindestanforderung "mit einem Finger" a. für die Anwender in den Einrichtungen der Antragsgegnerin nicht relevant sei, b. keine medizinische Notwendigkeit für diese Mindestanforderung bestehe, c. einen Wettbewerb im Vergabeverfahren ausschließe, d. auf einen einzigen Bieter zugeschnitten sei, e. zu einem unverhältnismäßig hohen Angebotspreis führe und damit unverhältnismäßig und überzogen sei. Dies sei ihr im Vorfeld des Verfahrens nicht bewusst gewesen. Hätte die Auftraggeberin bereits im Vorfeld des Vergabeverfahrens von diesen Umständen Kenntnis gehabt, hätte sie die nunmehr gegenständliche Mindestanforderung nicht festgelegt, sondern eine abgeänderte, wettbewerbsfreundlichere Mindestanforderung, die die Auslösung des Sicherheitsmechanismus nicht mit einem einzigen Finger verlange. Die Auftraggeberin benötige schlicht kein Produkt, das die Auslösung des Sicherheitsmechanismus mit einem einzigen Finger sicherstelle. Es liege kein Bedarf dafür vor. Der Bedarf an Sicherheitsblutentnahme/Sicherheitsinfusionssets mit Fixierflügel (Butterfly) 21G könne auch durch Produkte erfüllt werden, bei denen der Sicherheitsmechanismus nicht mit einem Finger ausgelöst werden könne. Diese Produkte seien für die Anwender genauso sicher. Alle Produkte seien erprobt und stellten höchste Anforderungen an die Sicherheit. Es sei somit nicht zweckmäßig die oben genannten Einschränkungen des Wettbewerbs, etc für ein Produkt, das die Mindestanforderung "mit einem Finger" erfülle, in Kauf zu nehmen. Die Auftraggeberin könne in dem Los 5 2/3 des Angebotspreises ersparen. Gleiches gelte für die Mindestanforderungen an die Verpackung. Es müsse der Auftraggeberin in einem Fall wie dem gegenständlichen freistehen, das Verfahren in Los 5 zu widerrufen und ein neues Vergabeverfahren mit jenen Mindestanforderungen an das Produkt, die die Auftraggeberin tatsächlich benötige, einzuleiten. Der Widerrufsgrund nach § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 sei somit jedenfalls erfüllt. Nach einer neuerlichen Überprüfung der Angebote ergebe sich, dass außer dem Angebot der Antragstellerin kein anderes Angebot das Mindestkriterium "mit einem Finger" erfülle. Damit liege auch ein Ausscheidensgrund für das letzte andere Angebot außer jenem der Antragstellerin vor. Es verbleibe somit nur ein einziges zuschlagsfähiges Angebot. Auch der Widerrufsgrund nach § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 sei somit erfüllt.

5. Am 17. September 2018 teilte die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG unter Berufung auf § 8 RAO telefonisch mit, dass sie beide Auftraggeberinnen vertrete.

6. Am 17. September 2018 erließ das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W187 2205106-1/2E eine einstweilige Verfügung, in der es den Auftraggeberinnen für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erklärung des Widerrufs untersagte.

7. Am 24. September 2018 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin bringt sie im Wesentlichen vor, dass die

Auftraggeberinnen offen ließen, ob sie den Widerruf auch auf § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 stützen. Den nachgeschobenen Widerrufsgründen liege keine abgeschlossene Angebotsprüfung zu Grunde. Damit fehlten die faktischen Grundlagen für die Widerrufsentscheidung. Die Auftraggeberinnen wollten den Widerruf aus unsachlichen Gründen erklären. Das Mindestkriterium "Verpackung" werde nämlich in anderen Losen weiterhin gefordert. Im Aufklärungsschreiben vom 17. August 2018 habe die Antragstellerin keineswegs darauf hingewiesen, dass "nur ihr eigenes Produkt" die Mindestanforderung "mit einem Finger" erfüllen würde. Sie habe lediglich darauf hingewiesen, dass diese Mindestanforderung "von anderen, kostengünstigeren Produkten" nicht erfüllt werde. Das preislich nach dem Angebot der Antragstellerin gereichte Angebot einer anderen Bieterin erfülle diese Anforderung, sodass zumindest zwei Angebote verblieben. Daher seien die Voraussetzungen für einen Widerruf gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 nicht erfüllt. Der sachliche Grund sei an § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 zu messen. Es bestehe ein Bieterwettbewerb. Die Auftraggeberinnen behaupteten, dass sich erst nach der Angebotsöffnung herausgestellt habe, dass die Mindestanforderungen überzogen seien. Demgegenüber habe sich die Expertenkommission bereits bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses und der Beantwortung der Bieteranfragen mit den Mindestanforderungen eingehend auseinandersetzen müssen, was sie auch bei der Beantwortung der Bieteranfragen getan habe. Es sei völlig unglaubwürdig, dass die detaillierten Mindestanforderungen zum "Sicherheitsmechanismus mit einem Finger" sowie zur "Verpackung" erst jetzt nach einer nunmehrigen Rückmeldung der Anwender als völlig unerheblich herausgestellt hätten. Insbesondere die Mindestanforderung "Verpackung" werde nach wie vor in den Losen 1, 2, 3, 4 und 6 verlangt. Diese Lose seien trotz gleicher Marktteilnehmer und Marktverhältnisse bisher nicht widerrufen worden. Widerrufsgründe, die bereits bei der Erstellung der Ausschreibung bestanden hätten, stellten keine tauglichen Widerrufsgründe dar. Der festgelegte Sicherheitsmechanismus vermindere das Risiko von Stichverletzungen erheblich, worauf die Antragstellerin die Auftraggeberinnen durch die Übermittlung einer Studie mit ihrem E-Mail vom 21. Juni 2018 hingewiesen habe. Daher sei die Behauptung, dass diese Mindestanforderungen für die Anwender nicht relevant wären und keine medizinische Notwendigkeit für diese Mindestanforderungen bestünden, völlig unsachlich und fachlich verfehlt. Eine offenbar völlig verfehlt ermittelte geschätzte Auftragswerte stelle keinen sachlichen Grund für einen Widerruf dar. Die Auftraggeberinnen hätten ein Premiumprodukt ausgeschrieben. Der Auftragswert sei daher nicht mit den Erfahrungswerten der Vergangenheit vergleichbar. Es sei auch nicht von Einsparung in der Höhe von € 50.000 auszugehen. Eine nachträgliche Entscheidung für ein kostengünstigeres System stelle keinen Grund für einen Widerruf dar.

8. Am 3. Oktober 2018 brachten die Auftraggeberinnen einen als "Duplik" gezeichneten Schriftsatz ein. Darin führten sie im Wesentlichen aus, dass sich aus der Stellungnahme der Auftraggeberinnen eindeutig ergebe, dass sich der Widerruf aus § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 stütze. Eine Widerrufsentscheidung könne auch aus anderen als von der Auftraggeberin genannten Gründen rechtmäßig sein. Der Widerruf könne auch auf § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 gestützt werden, weil es keinen Unterschied mache, ob ein Angebot ausgeschieden wurde oder auszuscheiden sei. Das Angebot sei nicht zuschlagsfähig. Die Auftraggeberinnen hätten eine vollständige fachkundige Prüfung der Angebote durchgeführt und sich auf Basis dieser sorgfältig ermittelten Fakten für einen Widerruf entschieden. Das Fehlen der Begründung stelle anders als bei der Zuschlagsentscheidung keinen Grund für die Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung, weil der Widerruf auch aus einem anderen Grund rechtmäßig sein könne. Die Antragstellerin sei durch die Begründung der Widerrufsentscheidung nicht daran gehindert gewesen, einen zulässigen Nachprüfungsantrag einzubringen. Verbleibe nur ein Angebot, gehe der Gesetzgeber davon aus, dass ein sachlicher Grund für den Widerruf vorliege, sodass vom Auftraggeber auch kein sachlicher Grund für den Widerruf dargetan werden müsse. Es sei nur ein zuschlagsfähiges Angebot, jenes der Antragstellerin, verblieben, sodass der Widerruf gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 zulässig sei. Es komme nicht auf den Zeitpunkt des Entstehens der Gründe für den Widerruf an. Der Widerruf sei immer dann zulässig, wenn Gründe dafür hervorkämen. Somit könne auch ein Umstand, der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens schon bestanden habe, einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen. Es sei nicht zuletzt wegen des Schreibens der Antragstellerin vom 17. August 2018 zu einer neuerlichen Überprüfung der Mindestanforderungen gekommen. Dabei hätten die Auftraggeberinnen erkannt, dass die Mindestanforderungen überzogen seien. Vom Bieterwettbewerb im Los X könne nicht auf den Bieterwettbewerb im Los Y geschlossen werden. Auch andere Sicherheitsmechanismen könnten die Gefahr von Stichverletzungen reduzieren. Es sei daher für die Auftraggeberinnen nicht relevant oder medizinisch notwendig, dass der Sicherheitsmechanismus mit einem Finger ausgelöst werden könne, da vergleichbare Arten von Sicherheitsmechanismen das Stichverletzungsrisiko in gleicher Weise verminderten, wie der in der

Mindestanforderung festgelegt. Die Auftraggeberinnen hätten ihre Kostenschätzung auf Basis ihres Leistungsverzeichnisses durchgeführt und dadurch einen dem Markt entsprechenden, geschätzten Auftragswert ihrer Ausschreibung zu Grunde gelegt. Das einzige zuschlagsfähige Angebot übersteige diese Auftragswertschätzung und die veranschlagte budgetäre Deckung der Auftraggeberinnen erheblich. Sie würden eine technisch weniger aufwendige Lösung bei erneuter Ausschreibung nachfragen. Es müsse ihnen freistehen, die Ausschreibung zu Los 5 zu widerrufen.

9. Am 12. Oktober 2018 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie hatte folgenden Verlauf:

BBBB AUVA: Der Einkauf und Experten aus den Unfallkrankenhäusern haben die Ausschreibung erstellt. Bei den Experten handelt es sich um Hygieniker, Ärzte und Pflegepersonal. Grundsätzlich fragen wir die Experten nach ihrer Erfahrung mit den eingesetzten Produkten. Danach erarbeiten wir die Spezifikationen unter Hinzuziehung von Produktdatenblättern, Informationen, dem Internet. Im Los 5 war es genauso. Ich kann mir nicht vorstellen, dass es einen direkten Kontakt zu Marktteilnehmern gegeben hat. Das ist nicht üblich. Es gibt einen laufenden Vertrag über diese Produkte. Zur Schätzung des Auftragswertes haben wir diesen herangezogen und anhand der zuliefernden Stückzahlen hochgerechnet.

Herr Dr. Matthias ÖHLER, Rechtsvertreter der Auftraggeberinnen legt Unterlagen zur Schätzung des Auftragswertes vor. Diese werden in Kopie zum Akt genommen.

BBBB : Bei der der Auftragsvergabe des bisherigen Auftrages zugrundeliegenden Ausschreibung waren die Mindestanforderungen annähernd gleich wie bei der gegenständlichen Ausschreibung. Lediglich die Anforderung, dass sich der Verschluss mit einem Fingerdruck öffnen lassen muss, war damals nicht enthalten. Die Anforderungen an die Verpackung waren gleichartig.

Dr. Franz Josef ARZTMANN, Rechtsvertreter der Antragstellerin: Bei der vorhergehenden Ausschreibung war ein Luer-Adapter, das heißt, ein zusätzlicher Ansatz im gelieferten Produkt vorhanden. Dieser ist jetzt nicht gefordert. Jetzt ist der Luer-Lock-Ansatz gefordert.

Die Verhandlungsteilnehmer sehen das derzeit gelieferte Produkt und das von der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren zu Los 5 angebotene Produkt. CCCC demonstriert den Unterschied bei der Verwendung. Dieser besteht darin, dass beim bisherigen Produkt der Butterfly mit zwei Händen aus der Vene herausgezogen wird, wobei es möglich ist, während des Entfernens der Nadel aus der Vene das Schutzröhrchen an der Haut anzusetzen und die Nadel in das Schutzröhrchen hineinzuziehen. Bei dem nunmehr angebotenen Produkt ist ein Mechanismus mit Feder angebracht, der es ermöglicht, auf Knopfdruck die Nadel aus der Vene herauszuziehen und im Kunststoffgehäuse des Butterflys zu verbergen. Dadurch ist eine Berührung mit der Nadel ausgeschlossen. Bei beiden Ausführungsvarianten ist es selbstverständlich möglich, die Nadel ohne Schutzmechanismus aus der Vene zu entfernen.

DDDD Antragstellerin: Die Nadelstichverordnung, BGBl II 16/2013 verlangt, dass sich diese Mechanismen mit einer Hand bedienen lassen.

Herr Dr. Matthias ÖHLER: Wir bestreiten dieses Vorbringen.

BBBB : Die Angebote wurden im Hinblick auf die Eignung der Bieter von der Abteilung Einkauf geprüft. Im Hinblick auf die Ausschreibungskonformität der angebotenen Produkte gab es eine Expertenkommission, die mit Ausnahme einer Person jener entsprochen hat, die bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses mitgearbeitet hat.

EEEE AUVA: Bei der Angebotsprüfung wurde in einem ersten Durchlauf von der Expertenkommission, die auch die Ausschreibung erstellt hat, jene Parameter geprüft, die ohne Patient messbar sind. In einem zweiten Schritt fand die Teststellung statt. Die Bieter hatten die Möglichkeit, vorher eine Einschulung über die Anwendung des angebotenen Produktes zu erteilen. Davon haben die Bieter auch Gebrauch gemacht. An einem künstlichen Arm oder anderen Hilfsmitteln zur Simulation eines Menschen fand dann eine Probe des Einsatzes statt. Auf Grundlage der Berichte erfolgte die weitere Vorgangsweise im Vergabeverfahren. Im Los 5 gab es sechs Angebote. Zwei Angebote sind bisher im Vergabeverfahren verblieben. Wir haben alle Angebote geprüft. Aufgrund des Schreibens der Antragstellerin vom 18.08.2018 wurde das zweite nicht ausgeschiedene Produkt erneut praktisch geprüft und festgestellt, dass es den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht. Das betrifft die Bedienung mit einem Finger. Es wurde jedoch nicht förmlich ausgeschieden. Eine ergänzende Kommunikation mit dem Bieter fand nicht mehr statt.

FFFF Antragstellerin: Es gibt die Vermutung, dass zumindest ein anderer Anbieter ein Produkt im Programm hat, das die Anforderungen der Ausschreibung in Los 5 erfüllt.

BBBB : Maßgeblich für die Widerrufe waren die taktischen Überlegungen, vor allem der Umstand, dass das Angebot dem Budgetrahmen sprengt. Dabei wird auch der budgetären Situation der AUVA Beachtung geschenkt. Die Überlegung ist, die Anforderungen an die Produkte zu überarbeiten und auf dieser Grundlage den Bieterwettbewerb neu zu eröffnen. Mit dem derzeit gelieferten Produkt sind die Auftraggeberinnen zufrieden. Die Gründe für den Widerruf in den Losen 1, 4 und 6 sind unterschiedliche. Los 4 betrifft im Grunde die gleichen Produkte, nur ein wenig kleiner. Diesbezüglich entsprechen die Widerrufsgründe. Im Los 6 gab es zwei gleich teure Angebote, wobei in der Ausschreibung eine Regelung fehlt, wie damit umzugehen ist. Im Los 1 gibt es eine missverständliche Formulierung in den Mindestanforderungen an das mit Los 5 nicht vergleichbare Produkt.

BBBB : Bei der Verpackung geht es nicht um eine Scharfkantigkeit, sondern darum, dass die Peel-Packung nicht die einzige Verpackung ist, in der geeignete Butterflys angeboten werden. Es gibt auch Butterflys in steriler Folienverpackung, die mit zwei Händen aufzureißen ist.

CCCC AUVA: Die Butterflys werden nicht in einer sterilen Umgebung wie einem Operationsaal verwendet. Daher sind die Anforderungen an die Verpackung auch nicht die gleichen. Die Nadel muss kontaminationsfrei gelagert sein. Im Übrigen muss die Verpackung mit auch nicht den Anforderungen der Verwendung in einer sterilen Umgebung entsprechen.

Herr Dr. Franz Josef ARZTMANN: Das Argument einer ersten nachträglich erkannten fehlenden Notwendigkeit einer Mindestanforderung kann kein sachlicher Grund für einen Widerruf sein, da Auftraggeber mit einer solchen Begründung einen Freibrief hätten, jedes Vergabeverfahren zu widerrufen. Nach wie vor ist davon auszugehen, dass keine ausreichende Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen für den Widerruf stattgefunden hat, da die Auftraggeberin nach wie vor nur vermutet, dass die Mindestanforderungen "Sicherheitsmechanismus" und "Verpackung" nur von einem Bieter am Markt erfüllt werden können.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Derzeit verwendet die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt Butterflies, die die Antragstellerin herstellt. Sie werden zu einem Stückpreis von € 0,23 bezogen. Auf dieser Grundlage haben die Auftraggeberinnen den Auftragswert für das gegenständliche Los geschätzt. Die Mindestanforderungen des derzeit verwendeten Produkts entsprechen jenen des ausgeschriebenen Produkts mit Ausnahme des mit einem Finger bedienbaren Verschlusses. Die Einkaufsabteilung der AUVA hat zusammen mit Experten, dh Hygienikern, Ärzten, Krankenpflegern und auf Grundlage zusätzlicher Informationen wie Produktdatenblättern, Internetrecherchen und weiteren Informationen die Ausschreibung erstellt. (Aussage von Frau Dr. BBBB AUVA, in der mündlichen Verhandlung, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt und die Wiener Gebietskrankenkasse schreiben unter der Bezeichnung "Nadelstichsichere Systeme" Los 5 Lieferungen mit dem CPV-Code 33141320-9 - Nadeln für medizinische Zwecke im Oberschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Billigstangebotsprinzip ab. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtauftrags beträgt € 252.591 pro Jahr, jener des verfahrensgegenständlichen Loses € 35.535 pro Jahr, jeweils ohne USt. Die Laufzeit des Vertrags beträgt 48 Monate. Ausschreibende und vergebende Stelle ist die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt. Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. März 2018 zur Zahl 2018/S 054-119660 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-645307-8322, beide abgesandt am 27. März 2018. Das Ende der Angebotsfrist war der 7. Mai 2018. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.3 Die Ausschreibung lautet in der Letztfassung auszugsweise wie folgt:

"...

"BESONDERE BEDINGUNGEN

...

7. Probestellung

Vor Zuschlagserteilung wird die ausschreibende Stelle, die Produkte aller Bieter, welche ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt haben, anhand der in dieser Ausschreibung geforderten Eigenschaften von einer Expertenkommission überprüfen und bezüglich Bedienbarkeit testen lassen.

Der Bieter hat die Möglichkeit, vor der Probestellung, die Expertenkommission bis zur Bedienbarkeit einzuschulen. Sollte dies der Fall sein, wird der genaue Termin für diese Einschulung während der Angebotsprüfung gesondert vereinbart.

Der Bieter hat von jedem angebotenen Artikel jeweils 3 idente Musterstücke an die ausschreibende Stelle zu übermitteln. Die Angebotsmuster sind pro Los zu verpacken. Jedes Musterteil ist mit der Positionsnummer und Größe gemäß Leistungsverzeichnis zu kennzeichnen.

Die eingereichten Musterstücke müssen in jeder Hinsicht, beispielsweise hinsichtlich der Größe und den definierten Qualitätsanforderungen, dem Leistungsverzeichnis entsprechen. Widrigenfalls muss das Angebot im jeweiligen Los, ohne weitere Prüfung ausgeschieden werden.

...

Die Teilnahme der Bieter an der Bemusterung ist nicht vorgesehen.

...

LEISTUNGSVERZEICHNIS

Die folgenden spezifizierten Qualitäten stellen Mindestanforderungen an die benötigten Produkte dar, die nicht unterschritten werden dürfen. Ein Nichterfüllen dieser Mindestanforderungen hat das Ausscheiden des Angebots zur Folge.

...

Los 5: Sicherheitsblutentnahme/Sicherheitsinfusionsset mit Fixierflügel (Butterfly) 21G

Mindestanforderungen

...

Der Sicherheitsmechanismus muss mit einem Finger unter geringem Druckaufwand auslösbar sein und sicher, eindeutig einrasten; bedienerfreundlich konstruiert sein und muss mehr als eine Punktionstechnik zulassen.

...

Sterile Verpackung, nicht scharfkantige Peelpackung, muss ohne Hilfsmittel kontaminationsfrei auch mit Handschuhen zu öffnen sein (Tiefe der Öffnungsglasche: mindestens 0,8 cm)

...

..."

Die Angebote waren elektronisch zu erstellen und abzugeben. Das Angebot war für alle Lose gemeinsam zu legen, wobei Teilangebote nur für einzelne und nicht für alle Lose zulässig waren.

(Ausschreibung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.4 Die vergebende Stelle beantwortete Bieterfragen wie folgt:

"...

44 - Bezugnehmend auf Leistungsverzeichnis, Los 1,2,3,4 und 5

Mindestanforderungen: Der Sicherheitsmechanismus muss mit einem Finger unter geringem Druckaufwand auslösbar sein und sicher, hör- und fühlbar eindeutig einrasten;

Frage von ... am 2018-04-27 12:58

Unter welchen Voraussetzungen ist der Sicherheitsmechanismus ‚unter geringem Druckaufwand‘ auslösbar?

...

Fragenbeantwortung: Die Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Probestellung durch die Expertenkommission. Dabei wird überprüft, ob der Sicherheitsmechanismus mit einem Finger, ohne größere Kraftanstrengung, ausgelöst werden kann. Der Bieter hat, auf Verlangen, die Möglichkeit, vor der Probestellung die Expertenkommission bis zur Bedienbarkeit einzuschulen.

...

45 - Bezugnehmend auf Leistungsverzeichnis, Los 1,2,3,4 und 5

Mindestanforderungen: Der Sicherheitsmechanismus muss mit einem Finger unter geringem Druckaufwand auslösbar sein und sicher, hör- und fühlbar eindeutig einrasten;

Frage von ... am 2018-04-27 12:59

Unter welchen Voraussetzungen rastet der Mechanismus ‚sicher‘ und ‚eindeutig‘ ein?

...

Fragenbeantwortung: Der Sicherheitsmechanismus muss hör- und fühlbar einrasten. Eine Deaktivierung eines Sicherheitsmechanismus darf nicht möglich sein.

Die Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Probestellung durch die Expertenkommission. Der Bieter hat, auf Verlangen, die Möglichkeit, vor der Probestellung die Expertenkommission bis zur Bedienbarkeit einzuschulen.

...

Die Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Probestellung durch die Expertenkommission. Der Bieter hat, auf Verlangen, die Möglichkeit, vor der Probestellung die Expertenkommission bis zur Bedienbarkeit einzuschulen.

...

47 - Bezugnehmend auf Leistungsverzeichnis, Los 1,2,3,4,5 und 6

Mindestanforderungen: Sterile Verpackung, nicht scharfkantige Peelpackung

Frage von ...^ ay am 2018-04-27 13:00

Unter welchen Voraussetzungen ist eine Peelpackung ‚scharfkantig‘?

...

Fragenbeantwortung: Die Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Probestellung durch die Expertenkommission. Dabei wird die Verpackung dahingehend überprüft, ob Verletzungsgefahr aufgrund scharfer Kanten besteht. Der Bieter hat auf Verlangen, die Möglichkeit, vor der Probestellung die Expertenkommission bis zur Bedienbarkeit einzuschulen.

..."

(Fragebeantwortung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Am 7. Mai 2018 fand von 11.00 Uhr bis 11.37 Uhr die bieteröffentliche Angebotsöffnung statt. Sieben Bieter gaben Angebote ab. Die Auftraggeberin öffnete im Los 5 folgende Angebote mit den nebenstehenden Angebotspreisen ohne USt:

GGGG € 83.800,80

HHHH € 27.037,50

IIII € 32.445,00

AAAA € 77.250,62

JJJJ € 33.990,00

KKKK . € 28.582,50

Ein Bieter legte kein Angebot für das Los 5.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.6 Die Auftraggeberin schied am 22. Mai 2018 die Angebote zweier Bieter zur Gänze, am 8. Juni 2018 das Angebot

einer Bieterin für die Lose 1 und 3, das Angebot einer anderen Bieterin für das Los 9 sowie am 26. Juli 2018 das Angebot einer Bieterin für die Lose 5, 7 und 8 und das Angebot einer anderen Bieterin für die Lose 2 und 5 aus. (Ausscheidensentscheidungen in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7 Über Aufforderung der Auftraggeberin vom 9. August 2018 klärte die Antragstellerin ihre Preise mit folgendem Schreiben vom 18. August 2018 auf:

"Aufklärung gemäß § 125 BVergG zu Los 5 betreffend unseres Angebotes beim Vergabeverfahren: 2018-3, GZ: WA113642/9003 Nadelstichsichere Systeme

Listpreis: 0,99 € / Stück

Europäischer Durchschnittspreis: 0,75 € / Stück

Angebotener Preis für AUVA: 0,50 € / Stück

setzte sich zusammen aus:

Material-, Produktions- und Logistikkosten: 0,285 € / Stück

Lohnkosten (Produktion und Logistik): 0,10 € / Stück

Gewinnmarge: 0,115 € / Stück

Bezug nehmend auf Ihre Aufforderung zur Nachreichung und Aufklärung gemäß §125 BVergG möchten wir eingehend darauf hinweisen, dass AAAA im Los 5 das Premiumprodukt , AAAA Push Button' angeboten hat, da nur damit eine vollumfassende Erreichung der von Ihnen im Leistungsverzeichnis geforderten Mindestanforderungen sichergestellt werden kann.

Insbesondere wollen wir hier auf den Punkt ,Der Sicherheitsmechanismus muss sich mit einem Finger unter geringem Druckaufwand ...' hinweisen, der unseres Wissens nach von anderen Kostengünstigeren Produkten unserer Mitbewerber nicht erfüllt wird (daher auch die großen Preisunterschiede!). Aus diesem Grund hat AAAA auch nicht das bisher in der AUVA in Verwendung befindliche Produkt , AAAA Vacutainer Safety Lock' angeboten.

..."

(Schreiben der Antragstellerin vom 18. August 2018 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.8 Die Auftraggeberinnen führten Probestellungen durch eine Expertenkommission durch, die bis auf ein Mitglied jener Expertenkommission entsprach, die die Spezifikationen der Ausschreibung erstellte. Für das Los 5 ergab sich, dass zwei angebotene Produkte jene Anforderung nicht erfüllten, dass der Sicherheitsmechanismus mit einem Finger unter geringem Druckaufwand auslösbar sein muss. Das neben jenem der Antragstellerin angebotene Produkt wurde ursprünglich so gewertet, dass es die Anforderung erfüllt, dass der Sicherheitsmechanismus mit einem Finger unter geringem Druckaufwand auslösbar sein muss. Es findet sich jedoch die Anmerkung: "(nach einem Schreiben von AAAA vom 17. August 2018 im Rahmen der Aufklärung gemäß § 125 BVergG zu Los 5 ist es unklar ob [...] die Mindestanforderung tatsächlich erfüllt)". Darüber hat eine erneute Teststellung stattgefunden, bei der sich gezeigt hat, dass dieses Produkt die strittige Mindestanforderung nicht erfüllt.

Bei allen getesteten Produkten ist angemerkt, dass sie die Anforderung der nicht scharfkantigen Peelpackung erfüllen. Es ergab sich jedoch auch, dass es Hersteller gibt, die ihre Produkte in einer sterilen Folienverpackung verpacken.

(Tabelle über die Ergebnisse der Probestellung der Expertenkommission in den Unterlagen des Vergabeverfahrens; Vorführung der Produkte in der mündlichen Verhandlung; Aussage von BBBB AUVA, in der mündlichen Verhandlung)

1.9 Am 27. August 2018 gab die Auftraggeberin die Widerrufsentscheidung bekannt. Sie lautet wie folgt:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir teilen Ihnen mit, dass gemäß §139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 folgende Lose widerrufen werden:

4. Sicherheitsblutentnahme/infusionsset mit Fixierflügel (Butterfly) 19 G

5. Sicherheitsblutentnahme/infusionsset mit Fixierflügel (Butterfly) 21 G

Begründung:

Das in der Ausschreibung geforderte Mindestkriterium ‚Sicherheitsmechanismus muss mit einem Finger unter geringem Druckaufwand auslösbar sein und sicher, eindeutig einrasten‘ kann vermutlich nur durch einen Bieter erfüllt werden.

Des Weiteren liegt eine nicht sachlich gerechtfertigte Einschränkung hinsichtlich der Verpackung vor.

Es besteht die Absicht des Auftraggebers, ein neuerliches Vergabeverfahren zu Los 4 und Los 5 im Anschluss an das Ausschreibungsverfahren Nadelstichsichere Systeme, PrNr: 2018-003

durchzuführen.

Die Stillhaltefrist beträgt 10 Tage. Sie endet am 2018-09-06 um 24:00 Uhr.

Hochachtungsvoll

..."

(Widerrufsentscheidung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.10 Die Auftraggeberin hat weder das Vergabeverfahren widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.11 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

1.620. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2.1 Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Auskünfte der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente.

2.2 Die Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als sie unbestritten blieben. Das betrifft insbesondere die Aussagen von BBBB AUVA, über die Erstellung und Prüfung der Angebote. Das sie auf der Seite der AUVA am Vergabeverfahren seitens der für den Einkauf zuständigen Abteilung am Vergabeverfahren beteiligt war, sind ihre Aussagen echt und richtig.

2.3 Die Echtheit und Richtigkeit von herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Diese Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes - BVwGG, BGBl I 2013/10 idGF, lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I 2013/33 idGF, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) ..."

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

(2) Entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, bleiben unberührt.

(3) ..."

3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als *lex specialis* den Bestimmungen des VwGVG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018), BGBl I 2018/65 idgF, lauten:

"4. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

1. Hauptstück

Zuständigkeit, fachkundige Laienrichter, Ausschluss und Ablehnung

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 327. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

2. Hauptstück

Besondere Bestimmungen über das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichtes

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 333. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

2. Abschnitt

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 342. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

Parteien des Nachprüfungsverfahrens

§ 346. (1) Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht sind jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber. Soweit eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchführt, tritt sie als Partei des Nachprüfungsverfahrens an die Stelle des Auftraggebers. Der Auftraggeber kann, soweit die zentrale Beschaffungsstelle an seine Stelle tritt, dem Nachprüfungsverfahren als Nebenintervenient beitreten; §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 und 19 Abs. 1 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Wird ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern gemeinsam durchgeführt, so bilden die in der Ausschreibung genannten Auftraggeber eine Streitgenossenschaft im Nachprüfungsverfahren. Die Bestimmungen der §§ 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden.

(2) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 347. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) ...

Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften

§ 376. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit Ausnahme der Einträge im Inhaltsverzeichnis zu den §§ 62, 66, 232, 237, 367 und 368 und der §§ 54 Abs. 2, 62 samt Überschrift, 66 samt Überschrift, 223 Abs. 2, 232 samt Überschrift, 237 samt Überschrift, 367 samt Überschrift, 368 samt Überschrift und des 2. Abschnittes von Anhang VIII samt Überschrift mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft. Zugleich tritt das Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, außer Kraft.

(2) ...

(4) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 65/2018 neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes: Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens

geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt gemäß Abs. 1 und 2 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage.

3.1.4 Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idgF, lauten:

"Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist

§ 139. (1) ...

(2) Ein Vergabeverfahren kann widerrufen werden, wenn

1. nur ein Angebot eingelangt ist, oder
2. nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot bleibt, oder
3. dafür sachliche Gründe bestehen."

3.1.5 Die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung - ZPO), RGBl 1895/113 idgF, lauten:

"§. 14.

Wenn die Wirkung des zu fällenden Urtheiles sich kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses oder kraft gesetzlicher Vorschrift auf sämtliche Streitgenossen erstreckt, so bilden dieselben eine einheitliche Streitpartei. Sind einzelne Streitgenossen säumig, so erstreckt sich die Wirkung der Processhandlungen der thätigen Streitgenossen auch auf sie.

§. 15.

(1) Das Recht zur Betreibung des Processes kann von jedem einzelnen der Streitgenossen ausgeübt werden.

(2) Unter den in §. 14 angegebenen Voraussetzungen sind zu jeder auf Antrag eines der Streitgenossen oder des Gegners anberaumten Tagsatzung außer den sonst beteiligten Personen stets auch sämtliche Streitgenossen, und zwar selbst dann zu laden, wenn eine frühere, in derselben Rechtssache abgehaltene Tagsatzung von ihnen versäumt wurde."

3.1.6 Die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zum Schutz der Arbeitnehmer/innen vor Verletzungen durch scharfe oder spitze medizinische Instrumente (Nadelstichverordnung - NastV), BGBl II 2013/16, lauten:

"Expositionsvermeidung

§ 4. (1) Arbeitsverfahren sind so zu gestalten, dass das Risiko von Verletzungen und Infektionen verhindert oder zumindest minimiert wird und Expositionen vermieden werden.

(2) Ergibt sich aus der Ermittlung und Beurteilung der Gefahren ein Risiko der Verletzung oder Infektion durch scharfe oder spitze medizinische Instrumente, sind, zusätzlich zu § 5 VbA, folgende Maßnahmen zu treffen:

1. Die Verwendung von scharfen oder spitzen medizinischen Instrumenten ist durch Änderung der Verfahren zu vermeiden und es sind medizinische Instrumente mit integrierten Sicherheits- und Schutzmechanismen zur Verfügung zu stellen sowie für deren Verwendung zu sorgen, sofern nicht die Ermittlung und Beurteilung der Gefahren ergeben hat, dass für eine konkrete Tätigkeit keine geeigneten medizinischen Instrumente mit integrierten Sicherheits- und Schutzmechanismen erhältlich sind, mit denen ein gleichwertiges Arbeitsergebnis erzielt werden kann.

2. Das Wiederaufsetzen der Schutzkappe auf die gebrauchte Nadel ist verboten.

3. Es sind sichere Verfahren für den Umgang mit und für die Entsorgung von scharfen oder spitzen medizinischen Instrumenten festzulegen und umzusetzen. Für die Entsorgung solcher Instrumente sind, so nah wie möglich an den Bereichen, an denen sie verwendet oder vorgefunden werden können, deutlich gekennzeichnete Behälter in ausreichender Anzahl bereit zu stellen, die ausreichend stich- und bruchfest, flüssigkeitsdicht, fest verschließbar und undurchsichtig sind."

3.2 Formale Voraussetzungen

3.2.1 Maßgebliche Rechtslage

3.2.1.1 Am 21. August 2018 trat das BVergG 2018 nach seinem § 376 Abs 1 in Kraft und das BVergG 2006 zu diesem Zeitpunkt außer Kraft.

3.2.1.2 Nach § 376 Abs 4 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttret

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at