

TE Bvwg Erkenntnis 2015/5/18 W114 2101509-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.05.2015

Entscheidungsdatum

18.05.2015

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §140

BVergG 2006 §19 Abs4

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §318 Abs1 Z7

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs17

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

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 § 140 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 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

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
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
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W114 2101509-1/27E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Bernhard DITZ als Vorsitzendem und die fachkundigen Laienrichter Mag. Georg KONETZKY als Beisitzer der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als Beisitzer der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch die vergebende Stelle XXXX, diese vertreten durch XXXX, eingeleitet über Antrag der XXXX, vertreten durch XXXX vom 24. September 2012, wie folgt erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Bernhard DITZ als Vorsitzendem und die fachkundigen Laienrichter Mag. Georg KONETZKY als Beisitzer der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als Beisitzer der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch die vergebende Stelle römisch 40, diese vertreten durch römisch 40, eingeleitet über Antrag der römisch 40, vertreten durch römisch 40 vom 24. September 2012, wie folgt erkannt:

A)

1. Dem Antragsbegehren,

"die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" der Auftraggeber für nichtig zu erklären,

in eventu,

folgende Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage für nichtig zu erklären:

- * Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Position 1.5, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Position 2.2, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Position 2.3, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Position 3.2, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Position 3.4, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Position 3.6, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Position 4.1, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Position 4.2, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Position 4.3, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis "Produktkatalog";
- * Punkt 1.17.3;
- * Punkt 1.17.4;
- * Punkt 2.4.7;
- * Punkt 2.7.5;
- * Punkt 2.9;
- * Punkt 3.3.2",

wird n i c h t s t a t t g e g e b e n.

2. Die Anträge,

"den Auftraggebern aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag (inkl. Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen",

und

"das BVA möge den Auftraggebern auftragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen",

werden a b g e w i e s e n .

3. Der Antrag der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch die vergebende Stelle XXXX, diese vertreten durch XXXX vom 10.03.2015, 3. Der Antrag der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch die vergebende Stelle römisch 40 , diese vertreten durch römisch 40 vom 10.03.2015,

"Beantragt wird zudem, die Antragstellerin dazu zu verhalten, die von den Auftraggebern ersetzten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 1.800,00 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters der Auftraggeber rückzuerstatten",

wird z u r ü c k g e w i e s e n .

Rechtsgrundlagen: §§ 312, 318, 319 und 325 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 312, 318, 319 und 325 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 BVG zulässig
Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, BVG zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

* 1. Am 24.09.2012 stellte die XXXX (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch XXXX beim Bundesvergabeamt (BVA) das im Spruchpunkt A 1 dieses Erkenntnisses wörtlich wiedergegebene Begehren sowie Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Akteneinsicht und auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung. Folgende Rechtswidrigkeiten wurden seitens der Antragstellerin hinsichtlich der Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" behauptet:
* 1. Am 24.09.2012 stellte die römisch 40 (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch römisch 40 beim Bundesvergabeamt (BVA) das im Spruchpunkt A 1 dieses Erkenntnisses wörtlich wiedergegebene Begehren sowie Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Akteneinsicht und auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung. Folgende Rechtswidrigkeiten wurden seitens der Antragstellerin hinsichtlich der Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" behauptet:

Diskriminierender Mengenvordersatz;

* Fehlen der erforderlichen Schulungsleistungen;

* Unklare Zuschlagskriterien;

* Diskriminierende technische Spezifikationen;

* Unkalkulierbare Überprüfungskosten;

* Unterschiedlich große Verpackungseinheiten;

* Unterschiedliche Eigenschaften der Flaschen- und Beutelsysteme;

* Falsche Mengenangaben;

* Mangelnde Berücksichtigung der Umweltgerechtigkeit der Leistung

* Sittenwidrige Schadenersatzpflicht des Auftragnehmers

Fehlen des datenschutzrechtlichen Dienstleistervertrages

2. Mit Schriftsatz vom 27.09.2012 gaben die 1.

Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien (im Weiteren: Auftraggeber), alle vertreten durch die vergebende Stelle XXXX, diese vertreten durch XXXX allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren.
Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien (im Weiteren: Auftraggeber), alle vertreten durch die vergebende Stelle römisch 40, diese vertreten durch römisch 40 allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren.

3. Mit Bescheid des BVA vom 28.09.2012, N/0090-BVA/12/2012-EV4, wurde im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Lauf der Angebotsfrist im Vergabeverfahren "Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.
 4. Am 04.10.2012 übermittelten die Auftraggeber an das BVA die Unterlagen des Vergabeverfahrens.
 5. Am 08.10.2012 erstatteten die Auftraggeber eine Stellungnahme, in welcher sie die Zurück- in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrages beantragten.
 6. Unter Aufrechterhaltung des Nachprüfungsbegehrens replizierte die Antragstellerin auf das Vorbringen der Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 12.10.2012.
 7. In einer ersten mündlichen Verhandlung wurde vom BVA unter Hinweis auf § 45 Abs. 3 AVG der Versuch des Zustandekommens eines Ausgleiches der einander widersprechenden Ansprüche der Verfahrensparteien unternommen, der jedoch - obwohl die Auftraggeber ihre Bereitschaft erklärten, die Ausschreibung zu berichtigen - nicht zustande kam. Das BVA gab bekannt, dass am 30.10.2012 eine weitere mündliche Verhandlung stattfindet und forderte die Antragstellerin auf, bekannt zu geben, welche Punkte aus dem verfahrenseinleitenden Antrag noch offen bleiben würden.
 7. In einer ersten mündlichen Verhandlung wurde vom BVA unter Hinweis auf Paragraph 45, Absatz 3, AVG der Versuch des Zustandekommens eines Ausgleiches der einander widersprechenden Ansprüche der Verfahrensparteien unternommen, der jedoch - obwohl die Auftraggeber ihre Bereitschaft erklärten, die Ausschreibung zu berichtigen - nicht zustande kam. Das BVA gab bekannt, dass am 30.10.2012 eine weitere mündliche Verhandlung stattfindet und forderte die Antragstellerin auf, bekannt zu geben, welche Punkte aus dem verfahrenseinleitenden Antrag noch offen bleiben würden.
 8. In einer Stellungnahme vom 23.10.2012 legte die Antragstellerin dar, in wie weit sie durch eine von den Auftraggebern angekündigte Berichtigung der Ausschreibung nur mehr eingeschränkt beschwert wäre, schränkte ihr Antragsbegehren jedoch nicht ein.
 9. In einer Stellungnahme vom 26.10.2012 legten die Auftraggeber dar, dass sie in einer 5. Nachsendung an alle Interessenten mehrere Berichtigungen der Ausschreibungsunterlage und deren Anhang 1 eingearbeitet hätten. Damit hätten die Auftraggeber die Antragstellerin "klaglos gestellt".
 10. In der mündlichen Verhandlung am 30.10.2012 legte die Antragstellerin dar, in welchen Punkten sie sich durch die Berichtigung nicht mehr beschwert erachte. Sie führte jedoch aus, dass durch die Berichtigung zahlreiche inhaltlich bedeutsame Änderungen vorgenommen worden wären (mehrfache Änderung der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien), was dazu führen müsste, dass ein Widerruf und eine Neuausschreibung vorzunehmen wären.
- Die Auftraggeber führten dabei zum Ausschreibungsgegenstand "Zubehör" aus, dass die Überleitgeräte ein Zubehör für Sonden- und Trinknahrung darstellen würden. Da es der Applikation diene, sei es zugleich ein Applikationsgerät.
11. Am 30.10.2012 erfolgte eine weitere Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen (6. Nachsendung).
 12. Mit Bescheid des BVA vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18, wurde die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" für nichtig erklärt und die Auftraggeber verpflichtet, der Antragstellerin zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800.-- zu ersetzen. Im Wesentlichsten zusammengefasst begründete das BVA seine Entscheidung damit, dass aufgrund von wesentlichen Änderungen seit der EU-weiten Veröffentlichung der Ausschreibung am 21.08.2012, insbesondere jener der 5. Nachsendung (berichtigte Ausschreibungsunterlage vom 26.10.2012) in Verbindung mit dem nicht transparent gestalteten Zuschlagskriterium "Preis" die Ausschreibung iSd § 138 Abs. 1 BVergG zwingend zu widerrufen sei und nicht mit einer bloßen Berichtigung gemäß § 90 BVergG das Auslangen gefunden werden könne.
 12. Mit Bescheid des BVA vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18, wurde die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" für nichtig erklärt und die Auftraggeber verpflichtet, der Antragstellerin zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800.-- zu ersetzen. Im Wesentlichsten zusammengefasst begründete das BVA seine Entscheidung damit, dass aufgrund von wesentlichen Änderungen seit der EU-weiten Veröffentlichung der Ausschreibung am 21.08.2012, insbesondere jener der 5. Nachsendung (berichtigte Ausschreibungsunterlage vom 26.10.2012) in Verbindung mit dem

nicht transparent gestalteten Zuschlagskriterium "Preis" die Ausschreibung iSd Paragraph 138, Absatz eins, BVergG zwingend zu widerrufen sei und nicht mit einer bloßen Berichtigung gemäß Paragraph 90, BVergG das Auslangen gefunden werden könne.

13. Gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18, erhoben die Auftraggeber am 17.12.2012 Beschwerde beim VwGH und beantragten die Aufhebung dieses Bescheides. Begründet wurde diese Beschwerde damit, dass das BVA zu Unrecht unter Hinweis auf im Vergabekontrollverfahren nach Stellung des Nachprüfungsantrages erfolgte Berichtigungen, die unangefochten geblieben wären und daher bestandsfest geworden wären, von einem zwingenden Widerruf des Vergabeverfahrens ausgegangen wäre, sich inhaltlich nicht mit der ursprünglichen Ausschreibung auseinandergesetzt habe und daher zu Unrecht die Ausschreibung für nichtig erklärt habe.

14. Am 17.04.2013 veröffentlichten die Auftraggeber unter Bezugnahme auf die ursprünglich bekannt gegebene Ausschreibungsbekanntmachung im gegenständlichen Vergabeverfahren am 22.08.2012 im Supplement S des Amtsblattes der EU unter 2013/ S 075-124458, dass das Vergabeverfahren eingestellt wurde. Als weitere zusätzliche Information enthält diese Bekanntmachung im Amtsblatt Folgendes:

"Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 05.11.2012, GZ: N/0090-BVA/12/2012 wurde die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" für nichtig erklärt."

15. Gleichzeitig am 17.04.2013 veröffentlichten die Auftraggeber im Supplement S des Amtsblattes der EU zu 2013/ S 075-125615 unter der Bezeichnung "Rahmenvereinbarung Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät" ein Beschaffungsvorhaben hinsichtlich der Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät und die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Transport- und Schulungsdienstleistungen für mehrere Auftraggeber auf Basis einer Rahmenvereinbarung über den Zeitraum von 3 Jahren. Dieses Beschaffungsvorhaben unterteilt sich - so wie das verfahrensgegenständliche Beschaffungsvorhaben - in 10 Lose. Der Gegenstand dieser 10 Lose deckt sich mit dem Gegenstand der 10 Lose in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Während das verfahrensgegenständliche Beschaffungsvorhaben verfahrensintern als

"3. Vergabeverfahren" bezeichnet wird wurde das neue Vergabeverfahren verfahrensintern als "4. Vergabeverfahren" bezeichnet.

16. Die Ausschreibung im "4.Vergabeverfahren" wurde ebenfalls von der Antragstellerin und einem weiteren Unternehmen beim BVA angefochten. Mit Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, wurde vom BVA auch die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" (bekannt gemacht am 17.04.2013) für nichtig erklärt. Eine dagegen von den Auftraggebern eingebrachte Beschwerde beim VwGH führte dazu, dass der VwGH mit Erkenntnis vom 15.12.2014, 2013/04/0119 den Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufhob. Die zu N/0040-BVA/11/20/2013 und N/0043-BVA/11/2013 beim BVA anhängig gemachten Vergabekontrollverfahren sind beim BVwG zu W123 2017340-1 anhängig. 16. Die Ausschreibung im "4.Vergabeverfahren" wurde ebenfalls von der Antragstellerin und einem weiteren Unternehmen beim BVA angefochten. Mit Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, wurde vom BVA auch die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" (bekannt gemacht am 17.04.2013) für nichtig erklärt. Eine dagegen von den Auftraggebern eingebrachte Beschwerde beim VwGH führte dazu, dass der VwGH mit Erkenntnis vom 15.12.2014, 2013/04/0119 den Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufhob. Die zu N/0040-BVA/11/20 aus 2013, und N/0043-BVA/11/2013 beim BVA anhängig gemachten Vergabekontrollverfahren sind beim BVwG zu W123 2017340-1 anhängig.

17. Mit Erkenntnis des VwGH vom 21.01.2015, 2012/04/0154-8, wurde der Bescheid des BVA vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. In der Begründung des Erkenntnisses folgte der VwGH der Rechtsauffassung der Auftraggeber, wonach das BVA zu Unrecht die Überprüfung der Rechtskonformität der Berichtigung der Ausschreibung in das Nachprüfungsverfahren betreffend die Anfechtung der Ausschreibung miteinbezogen hat. Die Berichtigung einer Ausschreibung stelle eine eigenständige gesondert anfechtbare

Entscheidung als Festlegung während der Angebotsfrist dar. Gegenstand des Vergabekontrollverfahrens sei jedoch nicht diese Berichtigung sondern die dieser Berichtigung zeitlich vorgelagerte Ausschreibung unter Ausklammerung allfälliger Berichtigungen. Da das BVA seine Entscheidung jedoch ausschließlich auf Rechtswidrigkeiten, die allenfalls die Berichtigung betreffen, stütze, habe sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet.

18. Infolge der Rechtsnachfolge des BVA durch das BVwG (Art. 130 Abs. 2 Z 2 und Art. 131 Abs. 2 B-VG iVm § 291 BVergG) wurde das Erkenntnis des VwGH vom 21.01.2015, 2012/04/0154-8 samt den Verfahrensunterlagen des diesem Beschwerdeverfahren zugrundeliegenden Vergabekontrollverfahren dem BVwG zur weiteren Erledigung übermittelt, wo es am 24.02.2015 entsprechend der GV des BVwG der Gerichtsabteilung W114 zur Erledigung zugewiesen wurde. 18. Infolge der Rechtsnachfolge des BVA durch das BVwG (Artikel 130, Absatz 2, Ziffer 2 und Artikel 131, Absatz 2, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, BVergG) wurde das Erkenntnis des VwGH vom 21.01.2015, 2012/04/0154-8 samt den Verfahrensunterlagen des diesem Beschwerdeverfahren zugrundeliegenden Vergabekontrollverfahren dem BVwG zur weiteren Erledigung übermittelt, wo es am 24.02.2015 entsprechend der GV des BVwG der Gerichtsabteilung W114 zur Erledigung zugewiesen wurde.

19. Nachdem in der Begründung des Bescheides des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, entnommen werden kann, dass die Bekanntmachung der Ausschreibung "Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät" vom 17.04.2013 nach mehrfachem Widerruf erfolgt sei, wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit den Auftraggebern und der Antragstellerin Kontakt aufgenommen und zum aktuellen Verfahrensstand des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens Fragen gestellt.

20. Von den Auftraggebern wurde dazu in Stellungnahmen vom 10.03.2015 bzw. vom 30.03.2015 und vom 04.05.2015 im Wesentlichen zusammengefasst vorgebracht, dass das Vergabeverfahren weder widerrufen noch beendet worden wäre. Es sei lediglich zur Nichtigerklärung des früheren Vergabeverfahrens durch das BVA und nicht zum Widerruf gekommen. Das Vergabeverfahren sei durch die Übermittlung von zwei Nachsendungen am 26.10.2012 und am 30.10.2012 fortgesetzt worden. Am 15.04.2013 habe die vergebende Stelle EU-weit die Nichtigerklärung des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch das BVA bekannt gemacht. Eine Beendigung des Vergabeverfahrens liege infolge der Aufhebung des Bescheides des BVA vom 05.11.2012 durch den VwGH nicht mehr vor. Es hätte von den Auftraggebern auch keine Einstellung bzw. Beendigung des Vergabeverfahrens vorgenommen werden können, da nach Erlassung der Entscheidung durch das BVA, die materiell sofort rechtskräftig wurde, ein schon eingestelltes Verfahren einer weiteren Einstellung denklogisch nicht zugänglich sei.

Entsprechend dem Ausspruch des VwGH vom 21.01.2015 zu 2012/04/0154-8, befinde sich das gegenständliche Vergabekontrollverfahren vor Entscheidung durch das nunmehr zuständige BVwG und dieses habe inhaltlich über das Nachprüfungsbegehren zu entscheiden. Es sei für die Auftraggeber von hoher Wichtigkeit, eine Klärung zu erhalten, ob die gegenständliche Ausschreibung rechtskonform oder in einem oder mehreren Punkten rechtswidrig sei. Die Auftraggeber hätten gemäß Spruchpunkt II des aufgehobenen Bescheides des BVA an die Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800.-- entrichtet. Dieser Bezahlung fehle nunmehr die Rechtsgrundlage. Da die angefochtene Ausschreibung fehlerlos sei und das Nachprüfungsbegehren zurück- oder abzuweisen sei, habe die Antragstellerin die anfallenden Pauschalgebühren selbst zu tragen und die Antragstellerin sei anzuhalten, die von den Auftraggebern ersetzten Pauschalgebühren diesen zurück zu ersetzen. Entsprechend dem Ausspruch des VwGH vom 21.01.2015 zu 2012/04/0154-8, befinde sich das gegenständliche Vergabekontrollverfahren vor Entscheidung durch das nunmehr zuständige BVwG und dieses habe inhaltlich über das Nachprüfungsbegehren zu entscheiden. Es sei für die Auftraggeber von hoher Wichtigkeit, eine Klärung zu erhalten, ob die gegenständliche Ausschreibung rechtskonform oder in einem oder mehreren Punkten rechtswidrig sei. Die Auftraggeber hätten gemäß Spruchpunkt römisch zwei des aufgehobenen Bescheides des BVA an die Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800.-- entrichtet. Dieser Bezahlung fehle nunmehr die Rechtsgrundlage. Da die angefochtene Ausschreibung fehlerlos sei und das Nachprüfungsbegehren zurück- oder abzuweisen sei, habe die Antragstellerin die anfallenden Pauschalgebühren selbst zu tragen und die Antragstellerin sei anzuhalten, die von den Auftraggebern ersetzten Pauschalgebühren diesen zurück zu ersetzen.

21. Von der Antragstellerin wurde in Stellungnahmen vom 09.03.2015 bzw. vom 25.03.2015 und vom 04.05.2015 im Wesentlichen zusammengefasst vorgebracht, dass die Auftraggeber denselben Leistungsinhalt im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren und in einem Verfahren, das zum Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, geführt habe, ausgeschrieben hätten. Beide Ausschreibungen

wären an dieselbe Bietergruppe gerichtet und wären in zehn Lose aufgeteilt. Die Auftraggeber hätten in einer EU-weiten Bekanntmachung vom 17.04.2013 das gegenständliche Vergabeverfahren eingestellt. Am selben Tag sei auch eine neue Ausschreibung betreffend denselben Leistungsgegenstand veröffentlicht worden. Von der Antragstellerin werde von einem Widerruf der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ausgegangen. Im konkreten Fall mangle es den Auftraggebern bei der Durchführung von mehreren Vergabeverfahren mit demselben Auftragsgegenstand an der erforderlichen Vergabeabsicht. Die Auftraggeber würden gegen § 19 Abs. 4 BVergG verstoßen.²¹ Von der Antragstellerin wurde in Stellungnahmen vom 09.03.2015 bzw. vom 25.03.2015 und vom 04.05.2015 im Wesentlichen zusammengefasst vorgebracht, dass die Auftraggeber denselben Leistungsinhalt im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren und in einem Verfahren, das zum Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, geführt habe, ausgeschrieben hätten. Beide Ausschreibungen wären an dieselbe Bietergruppe gerichtet und wären in zehn Lose aufgeteilt. Die Auftraggeber hätten in einer EU-weiten Bekanntmachung vom 17.04.2013 das gegenständliche Vergabeverfahren eingestellt. Am selben Tag sei auch eine neue Ausschreibung betreffend denselben Leistungsgegenstand veröffentlicht worden. Von der Antragstellerin werde von einem Widerruf der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ausgegangen. Im konkreten Fall mangle es den Auftraggebern bei der Durchführung von mehreren Vergabeverfahren mit demselben Auftragsgegenstand an der erforderlichen Vergabeabsicht. Die Auftraggeber würden gegen Paragraph 19, Absatz 4, BVergG verstoßen.

Das BVA habe das Vergabeverfahren nicht eingestellt; eine entsprechende Befugnis wäre dem BVA auch nicht zugekommen. Zudem habe auch der VwGH die "Einstellung" durch die Auftraggeber auch nicht aufgehoben.

Für einen Abspruch durch das BVwG hinsichtlich des Antrages auf Rückerstattung der erstatteten Pauschalgebühren bestehe keine Rechtsgrundlage.

22. Am 07.05.2015 fand im BVwG eine mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde den Auftraggebern und der Antragstellerin umfassend die Gelegenheit eingeräumt zur Frage, ob das gegenständliche Vergabeverfahren beendet, widerrufen oder eingestellt wurde sowie zur Frage der Rückerstattung von entrichteten Pauschalgebühren sowie zum Gegenstand des gegenständlichen Vergabekontrollverfahren und zur Frage der Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens Stellung zu nehmen und ein ergänzendes Parteivorbringen zu erstatten.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1.1. Die Auftraggeber führten unter der Bezeichnung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" ein offenes Verfahren hinsichtlich eines Lieferauftrages durch. Die Ausschreibung ist in 10 Lose unterteilt. Ziel des Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung je ausgeschriebenem Los. Die Bekanntmachung der Ausschreibung wurde am 22.08.2012 im Supplement S des Amtsblattes der EU zu 2012/ S 160-267187 bekannt gemacht.

1.2. Der von den Auftraggebern geschätzte Auftragswert liegt im Oberschwellenbereich, wobei der geschätzte Auftragswert den am 24.09.2012 in Geltung befindlichen Wert des

§ 12 Abs. 1 Z 2 BVergG (zum 24.09.2012: € 200.000.--) um mehr als das 10fache übersteigtParagraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (zum 24.09.2012: € 200.000.--) um mehr als das 10fache übersteigt.

1.3. Die Ausschreibungsunterlagen des Vergabeverfahrens wurden durch "6 Nachsendungen" mehrfach berichtigt, wobei die fünfte und sechste Nachsendung (Berichtigung) an alle Interessierten - zumindest teilweise das Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin berücksichtigend - am 26.10.2015 bzw. am 30.10.2012 übermittelt wurden. Die Übermittlung dieser Berichtigungen erfolgte somit nachdem der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag vom BVA am 24.09.2012 an die Auftraggeber übermittelt wurde.

1.4. Am 24.09.2012 langte im BVA der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag samt einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Die Antragstellerin entrichtete insgesamt € 1.800.-- an Pauschalgebühren.

1.5. Mit Bescheid des BVA vom 28.09.2012, N/0090-BVA/12/2012-EV4, wurde im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Lauf der Angebotsfrist im Vergabeverfahren "Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

1.6. Im BVA fanden am 16.10.2012 sowie am 30.10.2012 mündliche Verhandlungen statt. Die Auftraggeber führten

dabei am 30.10.2012 zum Ausschreibungsgegenstand "Zubehör" aus, dass die Überleitgeräte ein Zubehör für Sonden- und Trinknahrung darstellen würden. Da es der Applikation diene, sei es zugleich ein Applikationsgerät. Das führte dazu, dass letztlich in der zuletzt berichtigten Ausschreibungsunterlage im gegenständlichen Vergabeverfahren die in der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage enthaltene Wortfolge "und Zubehör" in der berichtigten Version hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistungsgegenstandes nicht mehr aufscheint.

1.7. Mit Bescheid des BVA vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18, wurde vor Ablauf der Angebotsfrist die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" für nichtig erklärt und die Auftraggeber verpflichtet, der Antragstellerin zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Pauschalgebühren in Höhe von €

1.800.-- zu ersetzen. Im Wesentlichen zusammengefasst begründete das BVA seine Entscheidung damit, dass aufgrund von wesentlichen Änderungen seit der EU-weiten Veröffentlichung der Ausschreibung am 21.08.2012, insbesondere jener der 5. Nachsendung (berichtigte Ausschreibungsunterlage vom 26.10.2012) in Verbindung mit dem nicht transparent gestalteten Zuschlagskriterium "Preis" die Ausschreibung iSd

§ 138 Abs. 1 BVergG zwingend zu widerrufen sei und nicht mit einer bloßen Berichtigung gemäß § 90 BVergG das Auslangen gefunden werden könne. Paragraph 138, Absatz eins, BVergG zwingend zu widerrufen sei und nicht mit einer bloßen Berichtigung gemäß Paragraph 90, BVergG das Auslangen gefunden werden könne.

1.8. Gegen diesen Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18, erhoben die Auftraggeber am 17.12.2012 Beschwerde beim VwGH und beantragten die Aufhebung dieses Bescheides. Begründet wurde diese Beschwerde damit, dass das BVA zu Unrecht unter Hinweis auf im Vergabekontrollverfahren nach Stellung des Nachprüfungsantrages erfolgte Berichtigungen, die unangefochten geblieben wären und daher bestandsfest geworden wären, von einem zwingenden Widerruf des Vergabeverfahrens ausgegangen wäre, sich inhaltlich nicht mit der ursprünglichen Ausschreibung auseinandergesetzt habe und daher zu Unrecht die Ausschreibung für nichtig erklärt habe.

1.9. Am 17.04.2013 veröffentlichten die Auftraggeber unter Bezugnahme auf die ursprünglich bekannt gegebene Ausschreibungsbekanntmachung unter Benutzung eines Standardformulars für "Bekanntmachungen über zusätzliche Informationen, Informationen über nichtabgeschlossene Verfahren oder Berichtigung" im gegenständlichen Vergabeverfahren am 22.08.2012 im Supplement S des Amtsblattes der EU unter 2013/ S 075-124458, dass das Vergabeverfahren eingestellt wurde. Als weitere zusätzliche Information enthält diese Bekanntmachung im Amtsblatt Folgendes:

"Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 05.11.2012, GZ: N/0090-BVA/12/2012 wurde die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" für nichtig erklärt."

Gleichzeitig am 17.04.2013 veröffentlichten die Auftraggeber im Supplement S des Amtsblattes der EU zu 2013/ S 075-125615 unter der Bezeichnung "Rahmenvereinbarung Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät" ein Beschaffungsvorhaben hinsichtlich der Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät und die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Transport- und Schulungsdienstleistungen für mehrere Auftraggeber auf Basis einer Rahmenvereinbarung über den Zeitraum von 3 Jahren. Dieses Beschaffungsvorhaben unterteilt sich - so wie das verfahrensgegenständliche Beschaffungsvorhaben - in 10 Lose. Der Inhalt dieser 10 Lose deckt sich mit dem Inhalt der 10 Lose in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Während das verfahrensgegenständliche Beschaffungsvorhaben verfahrensintern als

"3. Vergabeverfahren" bezeichnet wird, wurde das neue Vergabeverfahren verfahrensintern auf Auftraggeberseite als "4. Vergabeverfahren" bezeichnet.

1.10. Die Ausschreibung im "4.Vergabeverfahren" wurde ebenfalls von der Antragstellerin und einem weiteren Unternehmen beim BVA angefochten. Mit Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, wurde vom BVA auch die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" (bekannt gemacht am 17.04.2013) für nichtig erklärt. Eine dagegen von den Auftraggebern eingebrachte Beschwerde beim VwGH führte dazu, dass der VwGH mit Erkenntnis vom 15.12.2014, 2013/04/0119 den Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, wegen Rechtswidrigkeit

seines Inhaltes aufhob. Die zu N/0040-BVA/11/20/2013 und N/0043-BVA/11/2013 beim BVA anhängig gemachten Vergabekontrollverfahren sind beim BVwG zu W123 2017340-1 anhängig.1.10. Die Ausschreibung im "4.Vergabeverfahren" wurde ebenfalls von der Antragstellerin und einem weiteren Unternehmen beim BVA angefochten. Mit Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, wurde vom BVA auch die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" (bekannt gemacht am 17.04.2013) für nichtig erklärt. Eine dagegen von den Auftraggebern eingebrachte Beschwerde beim VwGH führte dazu, dass der VwGH mit Erkenntnis vom 15.12.2014, 2013/04/0119 den Bescheid des BVA vom 09.08.2013, N/0040-BVA/11/20/2013-27, N/0043-BVA/11/2013-22, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufhob. Die zu N/0040-BVA/11/20 aus 2013, und N/0043-BVA/11/2013 beim BVA anhängig gemachten Vergabekontrollverfahren sind beim BVwG zu W123 2017340-1 anhängig.

1.11. Mit Erkenntnis des VwGH vom 21.01.2015, 2012/04/0154-8, wurde der Bescheid des BVA vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. In der Begründung des Erkenntnisses folgte der VwGH der Rechtsauffassung der Auftraggeber, wonach das BVA zu Unrecht die Überprüfung der Rechtskonformität der Berichtigung der Ausschreibung in das Nachprüfungsverfahren betreffend die Anfechtung der Ausschreibung miteinbezogen hat. Die Berichtigung einer Ausschreibung stelle eine eigenständige gesondert anfechtbare Entscheidung als Festlegung während der Angebotsfrist dar. Gegenstand des Vergabekontrollverfahrens sei jedoch nicht diese Berichtigung sondern die dieser Berichtigung zeitlich vorgelagerte ursprünglich vorgelegte Ausschreibung unter Ausklammerung allfälliger Berichtigungen. Da das BVA seine Entscheidung jedoch ausschließlich auf Rechtswidrigkeiten, die allenfalls die Berichtigung betreffen, stütze, habe das BVA den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet.

1.12. Infolge der Rechtsnachfolge des BVA durch das BVwG (Art. 130 Abs. 2 Z 2 und Art. 131 Abs. 2 B-VG iVm § 291 BVergG) wurde das Erkenntnis des VwGH vom 21.01.2015, 2012/04/0154-8 samt dem diesem Beschwerdeverfahren zugrundeliegenden Vergabekontrollverfahren dem BVwG zur weiteren Erledigung übermittelt, wo es am 24.02.2015 entsprechend der GV des BVwG der Gerichtsabteilung W114 zur Erledigung zugewiesen wurde.1.12. Infolge der Rechtsnachfolge des BVA durch das BVwG (Artikel 130, Absatz 2, Ziffer 2 und Artikel 131, Absatz 2, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, BVergG) wurde das Erkenntnis des VwGH vom 21.01.2015, 2012/04/0154-8 samt dem diesem Beschwerdeverfahren zugrundeliegenden Vergabekontrollverfahren dem BVwG zur weiteren Erledigung übermittelt, wo es am 24.02.2015 entsprechend der GV des BVwG der Gerichtsabteilung W114 zur Erledigung zugewiesen wurde.

1.13. Die Auftraggeber haben der Antragstellerin - entsprechend Spruchpunkt 2. des Bescheides des BVA vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18, die von der Antragstellerin im Vergabekontrollverfahren entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von €

1.800.-- bereits ersetzt.

1.14. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde kein Zuschlag erteilt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgten (bislang) auch keine Widerrufserklärung und damit kein Widerruf. Nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senates liegt im gegenständlichen Vergabeverfahren auch keine Widerrufsentscheidung vor.

1.15. Am 07.05.2015 fand im BVwG eine mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde den Auftraggebern und der Antragstellerin umfassend die Gelegenheit eingeräumt zur Frage, ob das gegenständliche Vergabeverfahren beendet, widerrufen oder eingestellt wurde sowie zur Frage der Rückerstattung von entrichteten Pauschalgebühren sowie zum Gegenstand des gegenständlichen Vergabekontrollverfahren und zur Frage der Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens Stellung zu nehmen und ein ergänzendes Parteivorbringen zu erstatten.

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig und nachvollziehbar aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens, dem Verfahrensakt des BVA, Stellungnahmen der Parteien, Auskünften der Auftraggeber und dem in der mündlichen Verhandlung am 07.05.2015 erstatteten Vorbringen der Verfahrensparteien. Soweit Schriftstücke vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten dabei nur insoweit auf, als die Antragstellerin von einem Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens ausgeht, was von den Auftraggebern entschieden bestritten wird.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zur anzuwendenden Rechtslage und zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes:

Das BVergG 2006 (BVergG) idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 BVergG - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. April 2012, in Kraft getreten. Das BVergG 2006 (BVergG) in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 BVergG - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. April 2012, in Kraft getreten.

Mit BGBl I Nr. 128/2013 erfolgte eine weitere Novelle zum BVergG. Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG trat mit 1. Jänner 2014 das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) an die Stelle des BVA. § 345 Abs. 17 Z 2 BVergG regelt darüber hinaus, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen sind. Das bedeutet, dass das Vergabeverfahren zu der am 24.09.2012 in Kraft befindlichen Rechtslage zu Ende zu führen ist und dass an Stelle des BVA das BVwG tritt, dem die Rechtssache auch vom VwGH nach Entscheidung über die Beschwerde gegen die Entscheidung des BVA vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18 übermittelt wurde. Mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, erfolgte eine weitere Novelle zum BVergG. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG trat mit 1. Jänner 2014 das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) an die Stelle des BVA. Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG regelt darüber hinaus, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen sind. Das bedeutet, dass das Vergabeverfahren zu der am 24.09.2012 in Kraft befindlichen Rechtslage zu Ende zu führen ist und dass an Stelle des BVA das BVwG tritt, dem die Rechtssache auch vom VwGH nach Entscheidung über die Beschwerde gegen die Entscheidung des BVA vom 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18 übermittelt wurde.

Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr. 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 10/2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das BVwG für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das am 24.09.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0067-BVA/05/2012 am 24.09.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1. April 2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 maßgeblich. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das BVwG für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das am 24.09.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0067-BVA/05/2012 am 24.09.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1. April 2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, maßgeblich.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das BVwG damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeber zuständig. Zum Nichtvorliegen einer Widerrufsentscheidung, einer Widerrufserklärung und damit zum Nichtvorliegen eines Widerrufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird auf die diesbezüglichen Ausführungen in diesem Erkenntnis hingewiesen. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das BVwG damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeber zuständig. Zum Nichtvorliegen einer Widerrufsentscheidung, einer Widerrufserklärung und damit zum Nichtvorliegen eines Widerrufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird auf die diesbezüglichen Ausführungen in diesem Erkenntnis hingewiesen.

3.2. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG sind die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Es handelt sich bei allen Auftraggebern um Sozialversicherungsträger. Sie sind bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts. Sie sind als Selbstverwaltungskörper voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher öffentliche Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (BVwG vom 05.02.2014, W123 2000167-1/33E oder VwGH vom 29.04.2014, Ra 2014/04/0003-4). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Es handelt sich bei allen Auftraggebern um Sozialversicherungsträger. Sie sind bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts. Sie sind als Selbstverwaltungskörper voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher öffentliche Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (BVwG vom 05.02.2014, W123 2000167-1/33E oder VwGH vom 29.04.2014, Ra 2014/04/0003-4).

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin genügt den formalen Anforderungen gemäß § 322 Abs 1 BVergG. Er richtet sich insbesondere gegen die Ausschreibung im gegenständlichen Vergabeverfahren - eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit.a. sublit.aa BVergG und wurde innerhalb der Frist des § 321 Abs 4 BVergG eingebracht. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin genügt den formalen Anforderungen gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Er richtet sich insbesondere gegen die Ausschreibung im gegenständlichen Vergabeverfahren - eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG und wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG eingebracht.

Für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung waren unter Hinweis auf § 318 Abs. 1 Z 1, 4 BVergG sowie §§ 1, 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 der zur Anwendung gelangenden Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2012 - BVA-GebV 2012, BGBl. II Nr. 130/2012, Pauschalgebühren von insgesamt € 900.-- zu entrichten. Da die Antragstellerin jedoch einen Betrag in Höhe von € 1.800.-- an das damals zuständige BVA überwiesen hat, liegt daher ein Übergenuss der Republik Österreich vor, sodass zwischenzeitig gemäß § 318 Abs. 1 Z 7 BVergG die Zahlstelle des BVwG angewiesen wurde an die Antragstellerin einen Betrag in Höhe von € Für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung waren unter Hinweis auf Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4, BVergG sowie Paragraphen eins, 2, Absatz eins und 3 Absatz eins, der zur Anwendung gelangenden Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2012 - BVA-GebV 2012, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 130 aus 2012,, Pauschalgebühren von insgesamt € 900.-- zu entrichten. Da die Antragstellerin jedoch einen Betrag in Höhe von € 1.800.-- an das damals zuständige BVA überwiesen hat, liegt daher ein Übergenuss der Republik Österreich vor, sodass zwischenzeitig gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG die Zahlstelle des BVwG angewiesen wurde an die Antragstellerin einen Betrag in Höhe von €

900.-- aus dem Titel der zu viel entrichteten Pauschalgebühren im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren zurückzuüberweisen. Die Antragstellerin hat jedenfalls die erforderlichen Pauschalgebühren bezahlt.

3.3. Zu Spruchpunkt A 1.:

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das BVwG eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn
Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das BVwG 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 den

Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 BVergG geltenden gemachteAntragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG geltenden gemachten

Recht verletzt, und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem

Einfluss ist.

Ob die verfahrensgegenständliche Ausschreibung die Antragstellerin in dem von ihr im einleitenden Schriftsatz geltend gemachten Rechten verletzt, wurde vom BVwG - nach Aufhebung des Bescheides des BVA vom 05.11.2012 durch das Erkenntnis des VwGH vom 21.01.2015, 2012/04/0154-8 - letztlich nicht geprüft. Diese Prüfung und eine Entscheidung darüber darf im konkreten Vergabekontrollverfahren vom Bundesverwaltungsgericht auch nicht erfolgen, da das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren von den Auftraggebern eingestellt wurde und damit der Abspruch über eine allfällige Rechtswidrigkeit für den Ausgang des beendeten Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss sein kann.

Dazu wird vom BVwG auf den Wortlaut des § 325 Abs. 1 hingewiesen, wonach eine Verletzung des geltend gemachten Rechts einer Entscheidung des AG allein nicht ausreicht. Die Rechtsverletzung muss auch innerhalb der Beschwerdepunkte auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Daher ist vom Bundesverwaltungsgericht auch eine Prüfung der Relevanz für den Verfahrensausgang untersucht worden. Dazu wird vom BVwG auf den Wortlaut des Paragraph 325, Absatz eins, hingewiesen, wonach eine Verletzung des geltend gemachten Rechts einer Entscheidung des AG allein nicht ausreicht. Die Rechtsverletzung muss auch innerhalb der Beschwerdepunkte auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Daher ist vom Bundesverwaltungsgericht auch eine Prüfung der Relevanz für den Verfahrensausgang untersucht worden.

Hat eine Rechtswidrigkeit keine Auswirkungen auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, ist ihre Nichtigerklärung ohne Nutzen für den Antragsteller und dient daher auch nicht dem subjektiven Rechtsschutz. (vgl. dazu Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 325 Rz 12). Hat eine Rechtswidrigkeit keine Auswirkungen auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, ist ihre Nichtigerklärung ohne Nutzen für den Antragsteller und dient daher auch nicht dem subjektiven Rechtsschutz. vergleiche dazu Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) Paragraph 325, Rz 12).

Wie in der vor dem BVwG in der mündlichen Verhandlung am 07.05.2015 vom vorsitzenden Richter ausgeführt, musste sich der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG zuerst mit der Frage beschäftigen, in welchem Verfahrensstadium sich das gegenständliche Vergabeverfahren befindet.

Diesbezüglich kommt der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG zweifelsfrei zur Auffassung, dass das gegenständliche Vergabeverfahren von den Auftraggebern eingestellt wurde. Diese Einstellung erfolgte nicht durch den Ausspruch des BVA im aufgehobenen Bescheid vom 05.11.2012 sondern durch die Auftraggeber. Wie die Auftraggeber das Vergabeverfahren eingestellt haben, wird in der EU-weiten Bekanntmachung vom 17.04.2013 nicht weiter ausgeführt. Jedenfalls wurde das Einstellen des Vergabeverfahrens für alle am gegenständlichen Vergabeverfahren interessierte Bewerber öffentlichkeitswirksam und klar nach außen in Erscheinung tretend im gegenständlichen Vergabeverfahren von den Auftraggebern bekannt gemacht. Aus dem Wortlaut dieser Veröffentlichung kann kein anderer Schluss gezogen werden, als dass die veröffentlichenden Auftraggeber am 17.04.2013 die Erklärung abgegeben haben, dass das gegenständliche Vergabeverfahren eingestellt wurde. Eine andere Interpretation lässt der klare Wortlaut "Das Vergabeverfahren wurde eingestellt" auch nicht zu. Jeder, der diese unbekämpft gebliebene und mittlerweile auch bestandsfest gewordene Auftraggeberentscheidung wahrnimmt, muss davon ausgehen, dass das gegenständliche Vergabeverfahren nicht mehr fortgesetzt werden soll, sondern eingestellt wurde. Auch ein Auftraggeber muss sich an seine eigenen mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Festlegungen bzw. Entscheidungen in einem Vergabeverfahren halten. (vgl. dazu u.a. VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135, VwGH vom 27.06.2007, 2005/04/0234, VwGH vom 01.10.2008, 2005/04/0204, VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090, VwGH vom 20.05.2010, 2007/04/0072, VwGH vom 14. 04. 2011, 2008/04/0065, VwGH vom 12.06.2013, 2011/04/0169, VwGH vom 21.01.2014, 2011/04/0133, VwGH vom 17.06.2014, 2013/04/0029). Wie das gegenständliche Vergabeverfahren eingestellt wurde, kann dieser Mitteilung durch die Auftraggeber jedoch nicht entnommen werden. Diesbezüglich kommt der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG zweifelsfrei zur Auffassung, dass das gegenständliche Vergabeverfahren von den Auftraggebern eingestellt wurde. Diese Einstellung erfolgte nicht durch den Ausspruch des BVA im aufgehobenen Bescheid vom 05.11.2012 sondern durch die Auftraggeber. Wie die Auftraggeber das Vergabeverfahren eingestellt haben, wird in der EU-weiten Bekanntmachung vom 17.04.2013 nicht weiter ausgeführt. Jedenfalls wurde das Einstellen des Vergabeverfahrens für alle am gegenständlichen Vergabeverfahren interessierte Bewerber öffentlichkeitswirksam und klar nach außen in Erscheinung tretend im

gegenständlichen Vergabeverfahren von den Auftraggebern bekannt gemacht. Aus dem Wortlaut dieser Veröffentlichung kann kein anderer Schluss gezogen werden, als dass die veröffentlichenden Auftraggeber am 17.04.2013 die Erklärung abgegeben haben, dass das gegenständliche Vergabeverfahren eingestellt wurde. Eine andere Interpretation lässt der klare Wortlaut "Das Vergabeverfahren wurde eingestellt" auch nicht zu. Jeder, der diese unbekämpft gebliebene und mittlerweile auch bestandsfest gewordene Auftraggeberentscheidung wahrnimmt, muss davon ausgehen, dass das gegenständliche Vergabeverfahren nicht mehr fortgesetzt werden soll, sondern eingestellt wurde. Auch ein Auftraggeber muss sich an seine eigenen mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Festlegungen bzw. Entscheidungen in einem Vergabeverfahren halten. vergleiche dazu u.a. VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135, VwGH vom 27.06.2007, 2005/04/0234, VwGH vom 01.10.2008, 2005/04/0204, VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090, VwGH vom 20.05.2010, 2007/04/0072, VwGH vom 14. 04. 2011, 2008/04/0065, VwGH vom 12.06.2013, 2011/04/0169, VwGH vom 21.01.2014, 2011/04/0133, VwGH vom 17.06.2014, 2013/04/0029). Wie das gegenständliche Vergabeverfahren eingestellt wurde, kann dieser Mitteilung durch die Auftraggeber jedoch nicht entnommen werden.

Auch die von den Auftraggebern am 17.04.2013 EU-weit vorgenommene Bekanntmachung des Vergabeverfahrens "Rahmenvereinbarung Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät" kann nur als Neustart zur Beschaffung des verfahrensgegenständlichen Leistungsgegenstandes verstanden werden, was vom Bundesverwaltungsgericht als zusätzlicher Hinweis betrachtet wird, dass das "3. Vergabeverfahren" von den Auftraggebern eingestellt bzw. beendet wurde.

Wenn die Auftraggeber die Auffassung vertreten, durch die Nichtigklärung der Ausschreibung durch das BVA sei das Vergabeverfahren eingestellt oder beendet worden, entspricht dies weder der Tatsache noch der Befugnis des damals als Vergabekontrollbehörde zuständigen BVA. Bereits aus der Zuständigkeitsregelung des § 312 BVergG ist erkennbar, dass das BVA lediglich zur Nichtigklärung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen zuständig war. Ein Vergabeverfahren stellt jedoch im Gegensatz zu einer Ausschreibung keine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Das BVA hat somit das Vergabeverfahren - wie von den Auftraggebern behauptet - nicht beendet oder eingestellt; es hat nur die Ausschreibung für nichtig erklärt. Wenn die Auftraggeber die Auffassung vertreten, durch die Nichtigklärung der Ausschreibung durch das BVA sei das Vergabeverfahren eingestellt oder beendet worden, entspricht dies weder der Tatsache noch der Befugnis des damals als Vergabekontrollbehörde zuständigen BVA. Bereits aus der Zuständigkeitsregelung des Paragraph 312, BVergG ist erkennbar, dass das BVA lediglich zur Nichtigklärung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen zuständig war. Ein Vergabeverfahren stellt jedoch im Gegensatz zu einer Ausschreibung keine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Das BVA hat somit das Vergabeverfahren - wie von den Auftraggebern behauptet - nicht beendet oder eingestellt; es hat nur die Ausschreibung für nichtig erklärt.

Dem BVA und nunmehr dem BVwG kam bzw. kommt in einem Vergabekontrollverfahren keine Befugnis zu, ein Vergabeverfahren zu beenden, einzustellen oder zu widerrufen. Viel mehr hat ein Auftraggeber nach der Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - ehemals durch die Vergabekontrollbehörden, nunmehr durch das zuständige Verwaltungsgericht - das Vergabeverfahren fortzusetzen. (vgl. dazu Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 325 Rz 22). Dem BVA und nunmehr dem BVwG kam bzw. kommt in einem Vergabekontrollverfahren keine Befugnis zu, ein Vergabeverfahren zu beenden, einzustellen oder zu widerrufen. Viel mehr hat ein Auftraggeber nach der Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - ehemals durch die Vergabekontrollbehörden, nunmehr durch das zuständige Verwaltungsgericht - das Vergabeverfahren fortzusetzen. vergleiche dazu Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) Paragraph 325, Rz 22).

Wenn die Auftraggeber behaupten, beim am 22.08.2012 EU-weit bekannt gemachten ausgeschriebenen Leistungsgegenstand würde es sich um einen anderen Leistungsgegenstand als jenem, der am 17.04.2013 EU-weit ausgeschrieben wurde, handeln, kann diesem Vorbringen nicht zugestimmt werden. Der am 17.04.2013 EU-weit ausgeschriebene Leistungsgegenstand entspricht nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senates des BVwG jenem der früheren Ausschreibungsbekanntmachung, wobei in der Zwischenzeit lediglich gewonnene Erfahrungen berücksichtigt und eingearbeitet wurden und damit nur Anpassungen vorgenommen wurden. Damit muss man bei einem Vergleich der beiden Leistungsgegenstände der beiden Vergabeverfahren von einer Identität des Leistungsgegenstandes ausgehen.

Der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG gelangt unter Hinweis auf § 19 BVergG dabei zur Auffassung, dass

eine gleichzeitige mehrfache Ausschreibung eines identen Leistungsgegenstandes bzw. eine gleichzeitige mehrfache Ausschreibung eines Leistungsgegenstandes mit Adaptierungen aufgrund zwischenzeitiger zusätzlicher Erkenntnisse mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens, insbesondere mit § 19 Abs. 4 BVergG nicht in Einklang zu bringen ist. Entscheidet ein Auftraggeber sich dafür einen bereits ausgeschriebenen und noch nicht vergebenen Leistungsgegenstand neuerlich auszuschreiben, führt dies dazu, dass er das frühere bislang nicht abgeschlossene Vergabeverfahren vorher zu beenden hat, was die Auftraggeber in der gegenständlichen Angelegenheit offensichtlich auch getan haben. Der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG gelangt unter Hinweis auf Paragraph 19, BVergG dabei zur Auffassung, dass eine gleichzeitige mehrfache Ausschreibung eines identen Leistungsgegenstandes bzw. eine gleichzeitige mehrfache Ausschreibung eines Leistungsgegenstandes mit Adaptierungen aufgrund zwischenzeitiger zusätzlicher Erkenntnisse mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens, insbesondere mit Paragraph 19, Absatz 4, BVergG nicht in Einklang zu bringen ist. Entscheidet ein Auftraggeber sich dafür einen bereits ausgeschriebenen und noch nicht vergebenen Leistungsgegenstand neuerlich auszuschreiben, führt dies dazu, dass er das frühere bislang nicht abgeschlossene Vergabeverfahren vorher zu beenden hat, was die Auftraggeber in der gegenständlichen Angelegenheit offensichtlich auch getan haben.

Da der Bekanntmachung vom 17.04.2013 nicht entnommen werden kann, wie das gegenständliche Vergabeverfahren eingestellt wurde, und in dieser allgemeinen Information der Auftraggeber auch keine Bezugnahme auf einen allfälligen Widerruf enthalten ist, kann nach Auffassung des erkennenden Senates diese Bekanntmachung auch nicht als Widerrufsentscheidung betrachtet werden. In dieser Bekanntmachung kann auch keine Widerrufserklärung erblickt werden, zumal eine Widerrufserklärung gemäß § 140 BVergG immer eine Widerrufsentscheidung voraussetzt. Da der Bekanntmachung vom 17.04.2013 nicht entnommen werden kann, wie das gegenständliche Vergabeverfahren eingestellt wurde, und in dieser allgemeinen Information der Auftraggeber auch keine Bezugnahme auf einen allfälligen Widerruf enthalten ist, kann nach Auffassung des erkennenden Senates diese Bekanntmachung auch nicht als Widerrufsentscheidung betrachtet werden. In dieser Bekanntmachung kann auch keine Widerrufserklärung erblickt werden, zumal eine Widerrufserklärung gemäß Paragraph 140, BVergG immer eine Widerrufsentscheidung voraussetzt.

Zusammenfassend kommt daher der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG zum Ergebnis, dass das gegenständliche Vergabeverfahren von den Auftraggebern eingestellt wurde und am 17.04.2013 ein Neustart des Beschaffungsvorhabens gestartet wurde, sodass allenfalls im eingestellten Vergabeverfahren vorliegende Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des eingestellten Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss sind und daher unter Bezugnahme auf § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG die Voraussetzung der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht gegeben sein kann, sodass das diesbezügliche Antragsbegehren der ASt abzuweisen war. Zusammenfassend kommt daher der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG zum Ergebnis, dass das gegenständliche Vergabeverfahren von den Auftraggebern eingestellt wurde und am 17.04.2013 ein Neustart des Beschaffungsvorhabens gestartet wurde, sodass allenfalls im eingestellten Vergabeverfahren vorliegende Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des eingestellten Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss sind und daher unter Bezugnahme auf Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG die Voraussetzung der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht gegeben sein kann, sodass das diesbezügliche Antragsbegehren der ASt abzuweisen war.

3.4. Zu A 2.) Ersatz der Pauschalgebühren:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem BVwG 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 BVwG 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

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 BVwG. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das BVwG.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsbegehren zumindest teilweise insofern obsiegt, als die Auftraggeber bereits im Vergabeverfahren - das Nichtigerklärungsbegehren der Antragstellerin zumindest teilweise berücksichtigend - die Ausschreibungsunterlagen in mehreren Berichtigungen abgeändert haben. Diesbezüglich hat die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren zu mindestens teilweise obsiegt, sodass ihr Anspruch auf Ersatz der von ihr vergaberechtskonform entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von €

900.-- unter Hinweis auf § 319 Abs. 1 BVergG rechtskonform entstanden ist. Da in der Zwischenzeit jedoch der Pauschalgebührenersatz von den Auftraggebern an die Antragstellerin - wie auch von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG am 07.05.2015 zugestanden wurde - bereits erfolgt ist, war das diesbezügliche Antragsbegehren abzuweisen. 900.-- unter Hinweis auf Paragraph 319, Absatz eins, BVergG rechtskonform entstanden ist. Da in der Zwischenzeit jedoch der Pauschalgebührenersatz von den Auftraggebern an die Antragstellerin - wie auch von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG am 07.05.2015 zugestanden wurde - bereits erfolgt ist, war das diesbezügliche Antragsbegehren abzuweisen.

3.5. Zu A 3.) Rückerstattung der von den Auftraggebern erstatteten Pauschalgebühren:

Wie bereits in der Begründung zu Spruchpunkt A 2.) dieses Erkenntnisses ausgeführt wurde, haben die Auftraggeber im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren unter Berücksichtigung von § 319 Abs. 1 BVergG rechtskonform der Antragstellerin die von dieser im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren entrichteten Pauschalgebühren ersetzt. Wie bereits in der Begründung zu Spruchpunkt A 2.) dieses Erkenntnisses ausgeführt wurde, haben die Auftraggeber im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren unter Berücksichtigung von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG rechtskonform der Antragstellerin die von dieser im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren entrichteten Pauschalgebühren ersetzt.

Ein von der Antragstellerin entrichteter Mehrbetrag in Höhe von €

900.-- wird vom BVwG unter Hinweis auf § 318 Abs. 1 Z 7 BVergG an die Antragstellerin zurückerstattet. 900.-- wird vom BVwG unter Hinweis auf Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG an die Antragstellerin zurückerstattet.

Sofern die Auftraggeber allenfalls verneinen, der Pauschalgebührenerstattungsanspruch der Antragstellerin würde nicht zu Recht bestehen, vertreten sie eine falsche Rechtsauffassung. Diesbezüglich wird auf die Begründung zu A 2.) hingewiesen. Sofern sie der Auffassung sind, dass das BVwG zu einem Ausspruch zur Rückerstattung von allenfalls zu Unrecht erstatteten Pauschalgebühren zuständig wäre, vermag das BVwG in den taxativ aufgezählten Zuständigkeitsbestimmungen des § 312 BVergG keine taugliche gesetzliche Grundlage hierfür zu erkennen, sodass das diesbezügliche Antragsbegehren mangels Zuständigkeit des BVwG zurückzuweisen war. Sofern die Auftraggeber allenfalls verneinen, der Pauschalgebührenerstattungsanspruch der Antragstellerin würde nicht zu Recht bestehen, vertreten sie eine falsche Rechtsauffassung. Diesbezüglich wird auf die Begründung zu A 2.) hingewiesen. Sofern sie der Auffassung sind, dass das BVwG zu einem Ausspruch zur Rückerstattung von allenfalls zu Unrecht erstatteten Pauschalgebühren zuständig wäre, vermag das BVwG in den taxativ aufgezählten Zuständigkeitsbestimmungen des Paragraph 312, BVergG keine taugliche gesetzliche Grundlage hierfür zu erkennen, sodass das diesbezügliche Antragsbegehren mangels Zuständigkeit des BVwG zurückzuweisen war.

Zu B) Zulässigkeit 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 zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung von Rechtsfragen abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. In der gegenständlichen Entscheidung werden Fragen aufgeworfen,

hinsichtlich deren Beantwortung eine Rechtsprechung des VwGH nicht vorliegt. Zum einen stellt sich die Frage nach der Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von allfälligen Vergaberechtswidrigkeiten in einer Ausschreibung, wenn das entsprechende Vergabeverfahren bereits eingestellt wurde, zum anderen betrifft es die Frage, ob ein Leistungsgegenstand nebeneinander und gleichzeitig in mehreren Ausschreibungen von einem Auftraggeber ausgeschrieben werden kann. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung von Rechtsfragen abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. In der gegenständlichen Entscheidung werden Fragen aufgeworfen, hinsichtlich deren Beantwortung eine Rechtsprechung des VwGH nicht vorliegt. Zum einen stellt sich die Frage nach der Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von allfälligen Vergaberechtswidrigkeiten in einer Ausschreibung, wenn das entsprechende Vergabeverfahren bereits eingestellt wurde, zum anderen betrifft es die Frage, ob ein Leistungsgegenstand nebeneinander und gleichzeitig in mehreren Ausschreibungen von einem Auftraggeber ausgeschrieben werden kann.

Schlagworte

Einstellung, Identität, Leistungsinhalt, Lieferauftrag,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der
Ausschreibung, Obsiegen, öffentlicher Auftraggeber,
Pauschalgebührenersatz, Rahmenvereinbarung, Revision zulässig,
Vergabeverfahren, Widerruf des Vergabeverfahrens,
Widerrufsentscheidung, Widerrufsgrund

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W114.2101509.1.00

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at