

# TE Verg Bescheid 2013/11/7 N/0108-BVA/04/2013-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.11.2013

## Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
- 
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
- 
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
- 
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 128/2013 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung (Lose 1-3)" 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, Josefstädterstraße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KAF), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch X\*\*\*, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, eingebracht am 30. Oktober 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 128 aus 2013, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das

Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung (Lose 1-3)" 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, Josefstädterstraße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KAF), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch X\*\*\*, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, eingebracht am 30. Oktober 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag auf Aussetzung des Laufs des Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Dem Antrag auf Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist des Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens wird stattgegeben. Der Lauf der Angebotsfrist im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung (Lose 1-3)" wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

III.römisch drei.

Dem Antrag auf Untersagung der Angebotsöffnung im Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens wird stattgegeben.

Den Auftraggebern wird im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung (Lose 1-3)" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Angebote zu öffnen.

Begründung

Die europaweit am 1.10.2013 ausgeschriebene "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung (Lose 1-3)" soll in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip abgewickelt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde mit 7.11.2013, 10:00 Uhr, festgelegt. Nach Übersendung der 1.

Fragebeantwortung am 25.10.2013 erfolgten zwei Berichtigungen der Ausschreibung.

Mit Schriftsatz vom 30.10.2013 stellte A\*\*\* (in der Folge Antragsteller) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und der 1. Fragebeantwortung sowie in eventu auf Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen bzw einzelner Festlegungen in der 1. Fragebeantwortung. In Verbindung damit wurden ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren, sowie Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühr und Durchführung einer mündlichen Verhandlung eingebracht.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass zahlreiche Ausschreibungsbestimmungen sowie Festlegungen in der 1.Fragebeantwortung rechtswidrig seien.

Abgesehen davon, dass es sich beim Zuschlagskriterium "Geschmacksrichtungen Trinknahrung" (8 Punkte) auf Grund eines nicht möglichen Vergleichs der Angebote zueinander in qualitativer und quantitativer Hinsicht um kein zulässiges Zuschlagskriterium iSd § 2 Z 20 lit d sublit aa BVerGG idGF, sondern um ein bloßes Leistungsmerkmal handle, seien die Geschmacksrichtungen "fruchtig" und "nicht fruchtig" nicht definiert. Der Auftraggeber erhalte damit einen unzulässigen Spielraum. Außer Acht gelassen worden sei, dass es sechs Positionen pro Los gebe, der Bieter aber mehr als eine "fruchtige" und "nicht fruchtige" Geschmacksrichtung in "zumindest" vier bzw fünf Positionen anbieten solle. Nach der Judikatur sei auch das Zuschlagskriterium "Verpackungsmaterial" (1 Punkt) ein unzulässiges Zuschlagskriterium iSd § 2 Z 20 lit d sublit aa BVerGG idGF, da es keinen Vergleich der Angebote zueinander in qualitativer und quantitativer Hinsicht ermögliche. Auch bei diesem Zuschlagskriterium handle es sich um ein bloßes Leistungsmerkmal. Dies treffe auch auf die Zuschlagskriterien "Proteingehalt" (1 Punkt) und "Ballaststoffe" (1 Punkt) zu. Diese Zuschlagskriterien würde lediglich eine Aussage darüber treffen, ob die Kriterien erfüllt seien oder nicht. Abgesehen davon, dass es sich beim Zuschlagskriterium "Geschmacksrichtungen Trinknahrung" (8 Punkte) auf Grund eines nicht möglichen Vergleichs der Angebote zueinander in qualitativer und quantitativer Hinsicht um kein zulässiges Zuschlagskriterium iSd Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVerGG idGF, sondern um ein bloßes Leistungsmerkmal handle, seien die Geschmacksrichtungen "fruchtig" und "nicht fruchtig" nicht definiert. Der Auftraggeber erhalte damit einen unzulässigen Spielraum. Außer Acht gelassen worden sei, dass es sechs Positionen

pro Los gebe, der Bieter aber mehr als eine "fruchtbare" und "nicht fruchtbare" Geschmacksrichtung in "zumindest" vier bzw. fünf Positionen anbieten solle. Nach der Judikatur sei auch das Zuschlagskriterium "Verpackungsmaterial" (1 Punkt) ein unzulässiges Zuschlagskriterium iSd Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG idgF, da es keinen Vergleich der Angebote zueinander in qualitativer und quantitativer Hinsicht ermögliche. Auch bei diesem Zuschlagskriterium handle es sich um ein bloßes Leistungsmerkmal. Dies treffe auch auf die Zuschlagskriterien "Proteingehalt" (1 Punkt) und "Ballaststoffe" (1 Punkt) zu. Diese Zuschlagskriterien würden lediglich eine Aussage darüber treffen, ob die Kriterien erfüllt seien oder nicht.

Zwar begrenze Punkt 3.3.2 der Ausschreibungsunterlagen die Pönale für das Überschreiten der Maximallieferfrist im Einzelfall mit maximal Euro 100,--. Aus dieser Bestimmung lasse sich jedoch nicht ableiten, dass diese Grenze auch für die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Pönale Maximallieferzeit" (3 Punkte) gelte. Mit der 5. Antwort im Rahmen der 1. Fragebeantwortung zu diesem Thema, wonach sich die Begrenzung der Pönale mit Euro 100,-- pro Einzelfall auf die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Pönale Maximallieferzeit" dergestalt auswirke, dass - selbst im Fall einer höher angebotenen Pönalezahlung - für die Bewertung maximal Euro 100,-- herangezogen würden, werde das genannte Zuschlagskriterium unzulässiger Weise ohne eine allfällige Berichtigung nachträglich geändert. Darüber hinaus sei das Zuschlagskriterium "Pönale Maximallieferzeit" rechtswidrig, zumal der Eintritt der Pönale im Extremfall aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen von nicht vorhersehbaren und nicht unter dem Einfluss des Bieters stehenden Faktoren abhängen. Eine unter diesen Umständen anzubietende und einer Bewertung unterliegende Pönale könne daher nicht ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken ermittelt werden. Das Zuschlagskriterium "Preis" (86 Punkte) sei diskriminierend, da auch im Hinblick auf die 1. Fragebeantwortung unberücksichtigt bleibe, dass das Gewicht der zu transportierenden Trinknahrung unmittelbar von der angebotenen Energiedichte abhängen und damit auch bei der Bewertung der Transportkosten nicht außer Acht gelassen werden dürfe. Die vorgegebenen Gewichtsklassen samt Mengenvordersatz hätten eine Diskriminierung jener Bieter zur Folge, deren Produkte eine höhere Energiedichte aufweisen würden. Da sowohl beim "Produkt" als auch beim "Transport" die Komponente "Energiedichte" zu berücksichtigen und damit auch zu bewerten sei, müsste die Energiedichte auch bei der Bewertung des Gesamtpreises Beachtung finden.

Die Höhe der Mindestdeckungssumme (gemäß Punkt 1.4.4. lit a der Ausschreibungsunterlagen - Euro 3 Mio.) bei der Berufshaftpflichtversicherung sei überschießend. Sowohl im Hinblick auf das gesamte Auftragsvolumen (Euro 750.000,-) als auch im Hinblick auf die Teilvergabe pro Los (Euro 250.000,-) sei die genannte Mindestdeckungssumme unangemessen hoch. Selbst im Hinblick auf die 2. Antwort der 1. Fragebeantwortung zu Punkt 1.4.5. der Ausschreibungsunterlagen seien die Mindestanforderungen der geforderten Referenzprojekte unklar. Sie sollten jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zum geschätzten Auftragswert eines Loses stehen. Die Höhe der Mindestdeckungssumme (gemäß Punkt 1.4.4. Litera a, der Ausschreibungsunterlagen - Euro 3 Mio.) bei der Berufshaftpflichtversicherung sei überschießend. Sowohl im Hinblick auf das gesamte Auftragsvolumen (Euro 750.000,-) als auch im Hinblick auf die Teilvergabe pro Los (Euro 250.000,-) sei die genannte Mindestdeckungssumme unangemessen hoch. Selbst im Hinblick auf die 2. Antwort der 1. Fragebeantwortung zu Punkt 1.4.5. der Ausschreibungsunterlagen seien die Mindestanforderungen der geforderten Referenzprojekte unklar. Sie sollten jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zum geschätzten Auftragswert eines Loses stehen.

Der Antragsteller sei ein Tochterunternehmen eines weltweit führenden Lebensmittelherstellers mit rund 100 Gesellschaften sowie 481 Fabriken in 87 Ländern. Das Betätigungsfeld umfasse auch die Produktion und Lieferung von Trinknahrung. Der Antragsteller sei auch auf dem österreichischen Markt tätig, sodass die gegenständliche Auftragserteilung ein wesentliches Referenzprojekt darstelle. Der Antragsteller habe sein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages durch Beteiligung an der vorliegenden Ausschreibung sowie Stellung des Nachprüfungsantrages gezeigt.

Dem Antragsteller werde als Marktführer auf dem österreichischen Markt aufgrund der rechtswidrigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen sowie der rechtswidrigen 1. Fragebeantwortung die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie Legung eines bestmöglichen Angebotes mit optimalen Erfolgsaussichten unmöglich gemacht. Es ginge ein bedeutender Marktanteil verloren. Dem Antragsteller drohe ein Schaden, der sich aus den Kosten der Vorbereitung des Angebotes sowie an der Teilnahme am Vergabeverfahren und der hinzukommenden

Pauschalgebühr sowie den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung zusammensetze. Zudem drohe der Verlust eines Referenzprojektes. Der Antragsteller erachte sich durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in

seinem in folgenden aufgezählten Rechten verletzt: Durchführung eines

transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens; Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze, Gleichbehandlung aller Bieter; Festlegung transparenter, klarer vergaberechtrechtskonformer, kalkulierbarer und nicht diskriminierender Ausschreibungsbestimmungen; sonstiger Festlegungen während der Angebotsfrist sowie Vergleichbarkeit der Angebote; Ermittlung der Preise und Angebotslegung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken; Festlegung angemessener und vergaberechtskonformer Eignungskriterien und -nachweise; Festlegung transparenter, klarer, vergaberechtskonformer, kalkulierbarer und nicht diskriminierende Festlegungen in der Fragebeantwortung bzw sonstiger Festlegungen während der Angebotsfrist; Bewertung vergleichbarer Angebote; transparente, beeinflussbare, nicht diskriminierender, rechtskonforme und bewertbare Zuschlagskriterien; Festlegung von Zuschlagskriterien, die einen Vergleich der Angebote in qualitativer und quantitativer Hinsicht ermöglichen; Festlegung von Zuschlagskriterien entsprechend § 2 Z 20 lit d sublit aa BVergG idgF; Bewertung entsprechend der festgelegten Zuschlagskriterien; Nicht-Abänderung der festgelegten Zuschlagskriterien; Festlegung rechtskonformer Vertragsregelungen; Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes; Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Bestbieter und Widerruf einer rechtswidrigen Ausschreibung. transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens; Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze, Gleichbehandlung aller Bieter; Festlegung transparenter, klarer vergaberechtrechtskonformer, kalkulierbarer und nicht diskriminierender Ausschreibungsbestimmungen; sonstiger Festlegungen während der Angebotsfrist sowie Vergleichbarkeit der Angebote; Ermittlung der Preise und Angebotslegung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken; Festlegung angemessener und vergaberechtskonformer Eignungskriterien und -nachweise; Festlegung transparenter, klarer, vergaberechtskonformer, kalkulierbarer und nicht diskriminierende Festlegungen in der Fragebeantwortung bzw sonstiger Festlegungen während der Angebotsfrist; Bewertung vergleichbarer Angebote; transparente, beeinflussbare, nicht diskriminierender, rechtskonforme und bewertbare Zuschlagskriterien; Festlegung von Zuschlagskriterien, die einen Vergleich der Angebote in qualitativer und quantitativer Hinsicht ermöglichen; Festlegung von Zuschlagskriterien entsprechend Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG idgF; Bewertung entsprechend der festgelegten Zuschlagskriterien; Nicht-Abänderung der festgelegten Zuschlagskriterien; Festlegung rechtskonformer Vertragsregelungen; Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes; Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Bestbieter und Widerruf einer rechtswidrigen Ausschreibung.

Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei zwingend erforderlich, da die Auftraggeber ansonsten mit der Angebotsöffnung fortfahren und mit dem Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw dem rechtswidrigen Zuschlag unumkehrbare Tatsachen schaffen könnten. Trotz rechtswidriger Ausschreibungsbestimmungen und Festlegungen in der 1. Fragebeantwortung wäre der Antragsteller gezwungen, ein Angebot zu legen. Ein bestmögliches Angebot mit optimalen Erfolgsaussichten könnte damit nicht gelegt werden.

Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stünden keine vergleichbaren Interessen der Auftraggeber sowie sonstiger Mitbieter entgegen. Gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechende öffentliche Interessen würden ebenfalls nicht vorliegen. Die Interessenabwägung müsse zu Gunsten des Antragstellers ausfallen.

Die Auftraggeber erteilten in ihrer Stellungnahme vom 5.11.2013 zunächst allgemeine Auskünfte zu dem in Form eines offenen Verfahrens, nach dem Bestbieterprinzip durchzuführenden, dem Oberschwellenbereich zuzuordnenden Lieferauftrag. Das Vergabeverfahren befinde sich im Stadium der Angebotslegung. Die Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt. Es sei weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Der auf Aussetzung des Vergabeverfahrens gerichtete Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei überschießend und nicht gerechtfertigt. Die Auftraggeber hätten ein Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens, zumal der Vergabewettbewerb deutlich optimierte Beschaffungsbedingungen erwarten lasse. Eine solche Einsparung liege auch im öffentlichen Interesse. Jede Verzögerung sei mit höheren Beschaffungskosten verbunden. Bei einer Aussetzung des Vergabeverfahrens könnten von den Auftraggebern nicht einmal irgendwelche Maßnahmen - beispielsweise eine Berichtigung - durchgeführt werden. Beim Antrag auf Aussetzung des

Vergabeverfahrens handle es sich jedenfalls nicht um das gelindeste Mittel. Im Vergleich dazu seien die Untersagung der Angebotsöffnung bzw die Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist völlig ausreichend, um die Interessen des Antragstellers zu sichern.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

#### I. Rechtslagerrömisches eins. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl I Nr. 128/2013, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im § 345 Abs. 17 Z 3 angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 17 Z 2 BVergG idG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 128/2013 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG idG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 128 aus 2013, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und des Nachprüfungsantrages zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 12.7.2013 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 128/2013 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0108-BVA/04/2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.7.2013 anhängig gemacht wurde, sind für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und das Nachprüfungsverfahren ebenfalls die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 128/2013 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und des Nachprüfungsantrages zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 12.7.2013 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 128 aus 2013, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0108-BVA/04/2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.7.2013 anhängig gemacht wurde, sind für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und das Nachprüfungsverfahren ebenfalls die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 128 aus 2013, maßgeblich.

#### II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG idG sind 1. die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), 2. die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), 3. die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, 4. die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und 5. die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KAF). Diese sind öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG idG (vgl BVA 24.6.2011, N/0054-BVA/10/2001-EV9; 5.3.2012, N/0022-BVA/14/2012-EV7; 6.3.2012, N/0025-BVA/14/2012-EV11; 28.9.2012, N/0089-BVA/12/2012-EV6; 23.5.2013, N/0040-BVA/11/2013-EV6 ua). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG idG sind 1. die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), 2. die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), 3. die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, 4. die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und 5. die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KAF). Diese sind öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph

3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF vergleiche BVA 24.6.2011, N/0054-BVA/10/2001-EV9; 5.3.2012, N/0022-BVA/14/2012-EV7; 6.3.2012, N/0025-BVA/14/2012-EV11; 28.9.2012, N/0089- BVA/12/2012-EV6; 23.5.2013, N/0040-BVA/11/2013-EV6 ua).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG idgF, der auf Grund des geschätzten Gesamtauftragswertes bzw des Auftragswert der Lose den relevanten Schwellenwert überschreitet, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, das in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt wird. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG idgF, der auf Grund des geschätzten Gesamtauftragswertes bzw des Auftragswert der Lose den relevanten Schwellenwert überschreitet, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, das in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt wird.

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

Laut Stellungnahme der Auftraggeber wurde das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Im Ergebnis ist der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs. 1 BVergG idgF zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG idgF vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Laut Stellungnahme der Auftraggeber wurde das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Im Ergebnis ist der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG idgF zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG idgF vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet.

### III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG idgF hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG idgF hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG idgF hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG idgF hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG idgF können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige

Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG idGF können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs. 4 BVergG idGF ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG idGF ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG idGF ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von den Auftraggebern geplant ist, das Vergabeverfahren fortzuführen, die Angebote zu öffnen und die Rahmenvereinbarung mit dem besten Bieter abzuschließen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zutreffen, er in der Folge ein Angebot legen könnte und für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Betracht kommt, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Angebotsabgabe und Vertragsabschluss nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfälligen Angebotslegung sowie den Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem Antragsteller ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG idGF ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von den Auftraggebern geplant ist, das Vergabeverfahren fortzuführen, die Angebote zu öffnen und die Rahmenvereinbarung mit dem besten Bieter abzuschließen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zutreffen, er in der Folge ein Angebot legen könnte und für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Betracht kommt, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Angebotsabgabe und Vertragsabschluss nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfälligen Angebotslegung sowie den Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem Antragsteller ermöglicht.

Soweit die Auftraggeber gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung vorbringen, an der Fortführung des Vergabeverfahrens auf Grund der zu erwartenden deutlich optimierten Beschaffungsbedingungen ein Interesse zu haben, solche Einsparungen würden auch im öffentlichen Interesse liegen und jede Verzögerung mit höheren Beschaffungskosten verbunden wäre, so ist ihnen entgegenzuhalten, dass es sich bei diesem Vorbringen der Auftraggeber um eine pauschale Darlegung handelt, ohne dass der Versuch unternommen worden wäre, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Dieses unsubstantiierte Vorbringen kann somit nicht Grundlage einer Interessenabwägung iSd § 329 Abs. 1 BVergG idGF sein (vgl. BVA 23.5.2013, N/0040-BVA/11/2013-EV6; 10.10.2012, N/0095-BVA/04/2012-EV6; 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2008-EV7;

25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7; 12.8.2003, 10N-137/03-7 u.a.). Soweit die Auftraggeber gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung vorbringen, an der Fortführung des Vergabeverfahrens auf Grund der zu erwartenden deutlich optimierten Beschaffungsbedingungen ein Interesse zu haben, solche Einsparungen würden auch im öffentlichen Interesse liegen und jede Verzögerung mit höheren Beschaffungskosten verbunden wäre, so ist ihnen entgegenzuhalten, dass es sich bei diesem Vorbringen der Auftraggeber um eine pauschale Darlegung handelt, ohne dass der Versuch unternommen worden wäre, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Dieses unsubstantiierte Vorbringen kann somit nicht Grundlage einer Interessenabwägung iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG idgF sein vergleiche BVA 23.5.2013, N/0040-BVA/11/2013-EV6; 10.10.2012, N/0095-BVA/04/2012-EV6; 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2008-EV7; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7; 12.8.2003, 10N-137/03-7 u.a.).

Außerdem wären diese finanziellen Argumente der Auftraggeber als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung untauglich, da ansonsten die Erlassung einer einstweiligen Verfügung fast immer verhindert und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausgeschaltet würde (vgl. BVA 27.8.2009, N/0088-BVA/04/2009-EV10; 13.12.2007, N/0118-BVA/04/2007-EV12; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 11.10.2004, 07N-95/04-10 u.v.a.). Außerdem wären diese finanziellen Argumente der Auftraggeber als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung untauglich, da ansonsten die Erlassung einer einstweiligen Verfügung fast immer verhindert und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausgeschaltet würde vergleiche BVA 27.8.2009, N/0088-BVA/04/2009-EV10; 13.12.2007, N/0118-BVA/04/2007-EV12; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 11.10.2004, 07N-95/04-10 u.v.a.).

Demgegenüber liegt nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Demgegenüber liegt nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Es ist außerdem darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen haben (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 u.a.). Es ist außerdem darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen haben vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 u.a.).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG idgF ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber als überwiegend zu werten. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG idgF ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber als überwiegend zu werten.

Beim Antrag auf Aussetzung des Vergabeverfahrens handelt es sich im Vergleich zum auf Untersagung der Angebotsöffnung gerichteten Eventualbegehren des Antragstellers nicht um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSv § 329 Abs. 3 BVergG idgF. Damit wäre den Auftraggeber jeder Handlungsspielraum - selbst die Vornahme einer Berichtigung - genommen. Beim Antrag auf Aussetzung des Vergabeverfahrens handelt es sich im Vergleich zum auf Untersagung der Angebotsöffnung gerichteten Eventualbegehren des Antragstellers nicht um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSv Paragraph 329, Absatz 3, BVergG idgF. Damit wäre den Auftraggeber jeder Handlungsspielraum - selbst die Vornahme einer Berichtigung - genommen.

Dem Antragsteller muss aber auch noch nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens jedenfalls die Möglichkeit offen stehen, innerhalb der Frist ein Angebot einzureichen. Zu diesem Zweck war daher - dem Eventualantrag entsprechend - neben der Untersagung der Angebotsöffnung der Lauf der Angebotsfrist auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die Angebotsfrist vollständig abläuft (vgl. BVA 23.5.2013, N/0043-BVA/11/2013-EV6; 28.9.2012, N/ 0089-BVA/12/2012-EV6; 10.11.2008, N/0140-BVA/07/2008-EV7 u.v.a.). Dem Antragsteller muss aber auch noch nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens jedenfalls die Möglichkeit offen stehen, innerhalb der Frist ein Angebot einzureichen. Zu diesem Zweck war daher - dem Eventualantrag entsprechend - neben der Untersagung der Angebotsöffnung der Lauf der Angebotsfrist auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die Angebotsfrist vollständig abläuft vergleiche BVA 23.5.2013, N/0043-BVA/11/2013-EV6; 28.9.2012, N/ 0089-BVA/12/2012-EV6; 10.11.2008, N/0140-BVA/07/2008-EV7 u.v.a.).

Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen.

**Zuletzt aktualisiert am**

20.12.2013

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)