

TE Verg Bescheid 2013/7/12 N/0074-BVA/07/2013-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.07.2013

Norm

BVergG 2006 §329

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 BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Sterile OP-Sets für alle AUVA-Behandlungseinrichtungen" des Auftraggebers Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert Stifter-Straße 65, 1200 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 5.7.2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Sterile OP-Sets für alle AUVA-Behandlungseinrichtungen" des Auftraggebers Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert Stifter-Straße 65, 1200 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 5.7.2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Lauf der Angebotsfrist aussetzen und der Antragsgegnerin untersagen, die Angebote für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu öffnen", wird stattgegeben.

Im Vergabeverfahren "Sterile OP-Sets für alle AUVA-Behandlungseinrichtungen" wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und dem Auftraggeber die Öffnung der Angebote untersagt.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 5.7.2013 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt mit Bekanntmachung vom 1.6.2013 europaweit ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich eingeleitet habe. Gegenstand der ausgeschriebenen Leistung sei die Belieferung aller

Behandlungseinrichtungen des Auftraggebers mit vom Auftraggeber definierten sterilen OP-Sets, OP-Mänteln und Einzelabdecktüchern. Es könnten sowohl Materialien, die zur Wiederaufbereitung, als auch Materialien, die nicht zur Wiederaufbereitung vorgesehen seien, angeboten werden.

Das Ende der Angebotsfrist sei mit 15.7.2013, 11:00 Uhr, festgelegt. Der Vertrag solle voraussichtlich mit 1.7.2014 zu laufen beginnen und auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden.

Gegen diese Ausschreibung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag.

Die Antragstellerin sei eine der führenden Anbieterinnen für das Komplettangebot an Miettextilien. Ihr Angebot umfasse u.a. die textile Versorgung für das Gesundheitswesen. Sie beliefere auch derzeit einige Krankenhäuser der gegenständlichen Ausschreibung. Durch den Bezug der Ausschreibungsunterlagen habe sie ihr Interesse an der gegenständlichen Ausschreibung bekundet.

Die Ausschreibungsunterlagen würden in zahlreichen Punkten gegen die Bestimmungen des BVergG, insbesondere gegen das Transparenzgebot, das Diskriminierungsverbot, den Grundsatz der Vergleichbarkeit der Leistungen, das Gebot, bei der Leistungsbeschreibung oder den Zuschlagskriterien die Umweltgerechtigkeit der Leistung zu berücksichtigen, sowie den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs verstoßen. So sei eine vergaberechtskonforme Abgabe eines Angebotes aufgrund der Vielzahl der rechtswidrigen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen unmöglich.

Konkret führte die Antragstellerin aus:

Ausgeschrieben seien neben Abdecktüchern auch spezielle OP-Mäntel, die von Chirurgen bei ihrer Arbeit zu ihrem eigenen Schutz und zum Schutz des Patienten getragen werden und die normative Anforderungen erfüllen müssten. Derzeit würden jene Krankenhäuser, die auch von der gegenständlichen Ausschreibung umfasst seien, auf zwei unterschiedliche Strategien setzen. In manchen Einrichtungen würden Einweg-OP-Abdecksysteme (inkl. OP Mäntel) eingesetzt werden, die nach einmaligem Gebrauch entsorgt würden, in anderen würden Mehrweg-OP Mäntel getragen werden, die nach ihrem Einsatz vom jeweiligen Lieferanten wieder aufbereitet (gereinigt und sterilisiert) würden. Es würden jedoch in keinem der Krankenhäuser sowohl Einwegartikel als auch Mehrwegartikel im ausgeschriebenen Segment eingesetzt. In ein und derselben Ausschreibung sei sowohl die Lieferung von sterilen Mehrweg- als auch Einwegartikeln ausgeschrieben worden, obwohl die beiden Systeme nicht miteinander vergleichbar seien. Damit verstoße die Ausschreibung gegen die Vorgabe des § 78 Abs. 3 BVergG. Bereits aufgrund der unterschiedlichen ökologischen und ökonomischen Auswirkungen von Einweg- und Mehrwegartikeln, die durch diverse Studien nachgewiesen seien, seien Einweg- und Mehrwegartikel nicht miteinander vergleichbar. Die mangelnde Vergleichbarkeit werde auch in den Ausschreibungsunterlagen manifest. Es würden sich dort eine Reihe von Festlegungen finden, die Hersteller von Mehrwegtextilien, wie die Antragstellerin, diskriminieren. Bereits die Beschaffenheit der Materialien sei völlig unterschiedlich, so dass die Bieter von ungleichen Voraussetzungen bei der Kalkulation ihrer Angebote ausgingen. Einwegartikel würden aus Papier und Plastik, Mehrwegartikel hingegen aus Textilien hergestellt. Die Ausschreibung stehe damit aber auch im Widerspruch zur klaren und eindeutigen Vorgabe des § 19 Abs. 5 BVergG, welcher verlange, dass im Rahmen des Vergabeverfahrens auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ist. Durch die gleichzeitige Ausschreibung von Einweg- und Mehrwegartikeln, ohne auf die Unterschiede der beiden Artikel in ökologischer Hinsicht Bedacht zu nehmen, verstoße der Auftraggeber auch gegen die §§ 19 Abs. 5 und 96 Abs. 4 BVergG. Die Vorteile von Mehrweg-Bekleidungsartikeln lägen aus ökologischer Sicht klar auf der Hand, wie eine aktuelle Studie zur ökologischen Bewertung von OP-Textilien beweise. Ebenso sei der Abfallanteil bei Mehrwegtextilien deutlich geringer. Mehrwegartikel würden aber auch im Hinblick auf die Patientensicherheit besser abschneiden. Ebenso rechne sich die Verwendung von Mehrwegtextilien im OP wirtschaftlich. Ausgeschrieben seien neben Abdecktüchern auch spezielle OP-Mäntel, die von Chirurgen bei ihrer Arbeit zu ihrem eigenen Schutz und zum Schutz des Patienten getragen werden und die normative Anforderungen erfüllen müssten. Derzeit würden jene Krankenhäuser, die auch von der gegenständlichen Ausschreibung umfasst seien, auf zwei unterschiedliche Strategien setzen. In manchen Einrichtungen würden Einweg-OP-Abdecksysteme (inkl. OP Mäntel) eingesetzt werden, die nach einmaligem Gebrauch entsorgt würden, in anderen würden Mehrweg-OP Mäntel getragen werden, die nach ihrem Einsatz vom jeweiligen Lieferanten wieder aufbereitet (gereinigt und sterilisiert) würden. Es würden jedoch in keinem der Krankenhäuser sowohl Einwegartikel als auch Mehrwegartikel im ausgeschriebenen Segment eingesetzt. In ein und derselben Ausschreibung sei sowohl die Lieferung von sterilen

Mehrweg- als auch Einwegartikeln ausgeschrieben worden, obwohl die beiden Systeme nicht miteinander vergleichbar seien. Damit verstoße die Ausschreibung gegen die Vorgabe des Paragraph 78, Absatz 3, BVergG. Bereits aufgrund der unterschiedlichen ökologischen und ökonomischen Auswirkungen von Einweg- und Mehrwegartikeln, die durch diverse Studien nachgewiesen seien, seien Einweg- und Mehrwegartikel nicht miteinander vergleichbar. Die mangelnde Vergleichbarkeit werde auch in den Ausschreibungsunterlagen manifest. Es würden sich dort eine Reihe von Festlegungen finden, die Hersteller von Mehrwegtextilien, wie die Antragstellerin, diskriminieren. Bereits die Beschaffenheit der Materialien sei völlig unterschiedlich, so dass die Bieter von ungleichen Voraussetzungen bei der Kalkulation ihrer Angebote ausgingen. Einwegartikel würden aus Papier und Plastik, Mehrwegartikel hingegen aus Textilien hergestellt. Die Ausschreibung stehe damit aber auch im Widerspruch zur klaren und eindeutigen Vorgabe des Paragraph 19, Absatz 5, BVergG, welcher verlange, dass im Rahmen des Vergabeverfahrens auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ist. Durch die gleichzeitige Ausschreibung von Einweg- und Mehrwegartikeln, ohne auf die Unterschiede der beiden Artikel in ökologischer Hinsicht Bedacht zu nehmen, verstoße der Auftraggeber auch gegen die Paragraphen 19, Absatz 5 und 96 Absatz 4, BVergG. Die Vorteile von Mehrweg-Bekleidungsartikeln lägen aus ökologischer Sicht klar auf der Hand, wie eine aktuelle Studie zur ökologischen Bewertung von OP-Textilien beweise. Ebenso sei der Abfallanteil bei Mehrwegtextilien deutlich geringer. Mehrwegartikel würden aber auch im Hinblick auf die Patientensicherheit besser abschneiden. Ebenso rechne sich die Verwendung von Mehrwegtextilien im OP wirtschaftlich.

Jedoch nicht nur, dass auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung in der Ausschreibung in rechtswidriger Weise nicht Bedacht genommen werde, würden Anbieter von sterilen OP-Mehrwegartikeln gegenüber Anbietern von sterilen Einwegartikeln sogar benachteiligt:

Gemäß den Vorgaben der Ausschreibung habe der zukünftige Auftragnehmer in den Räumen der Behandlungseinrichtungen des Auftraggebers ein Konsignationslager einzurichten. Der Auftraggeber sei berechtigt, bei Bedarf die in der Konsignations-Warenliste (Anlage 1 der AUL) enthaltenen Produkte aus dem Lager zu entnehmen. Anlage 1 enthalte jedoch lediglich ein Muster, so dass das Warenlager nicht näher definiert werde und den Bietern damit eine taugliche Kalkulationsgrundlage fehle. Für Lieferanten von Einwegartikeln stelle die Einrichtung dieses Lagers einen klaren Vorteil dar, da sie sich dadurch Logistikkosten in wesentlichem Umfang ersparen würden, weil Einwegartikel eine deutlich höhere Haltbarkeitsdauer (bis zu fünf Jahren) als Mehrwegartikel (3-6 Monate) aufweisen würden. Folglich sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin einen Großteil ihrer Produkte, die ihm Konsignationslager gelagert würden, wieder zurücknehmen werde müssen, weil diese eine geringere Haltbarkeitsdauer aufweisen. Somit sei das Risiko und der Aufwand, das bzw. der mit der Einrichtung eines Konsignationslager verbunden ist, aus Sicht der Antragstellerin beträchtlich höher, als jenes von Lieferanten von Einwegartikeln. Jeder Artikel der Antragstellerin werde speziell angefertigt, so dass seitens der Antragstellerin eine beträchtliche Anzahl an Artikeln produziert und vorgehalten werden müsste, ohne dass sie hierfür ein Entgelt erhalte. Die Kosten des Warenbestandes für das Konsignationslager seien daher für Hersteller von Einweg-Bekleidungssystemen besser zu kalkulieren. Die Forderung nach einem Konsignationslager benachteilige daher Mehrweglieferanten in unzulässiger Weise.

Ebenso sei nicht ersichtlich, warum die Ausschreibungsunterlagen unterschiedliche Preisanpassungsmechanismen vorsehen, je nachdem, ob es sich um Einweg- oder Mehrwegtextilien handle.

Auch würden die im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Größertoleranzen bei Abdecktüchern Lieferanten von Mehrwegartikeln benachteiligen, da Mehrwegtextilien bekanntlich beim Waschgang einschrumpfen könnten. Obgleich die ÖNORM EN 13795 die Kompetenz zur Identifizierung von kritischen und weniger kritischen Bereichen des Produkts dem Hersteller oder Aufbereiter übertrage, habe der Auftraggeber rechtswidriger Weise die jeweils kritischen und nicht kritischen Bereiche auf den Skizzen anhand von Farblegenden definiert. Durch die Spezifikation in der Ausschreibung müssten die Produkte der Antragstellerin einen deutlich höheren Laminatanteil aufweisen, als dies erforderlich sei, weil die kritischen Flächen in den Skizzen größer bzw. umfangreicher als erforderlich festgelegt worden seien. Dadurch würden die Produkte der Antragstellerin gegenüber Einwegartikeln auch teurer, voluminöser und schwerer. Hinsichtlich der Setbeschreibung, Schulterarthroskopie, werde beim Beach-Chair-Tuch verlangt, dass beiderseits 2-3 cm breite Klettverschlüsse am oberen Ende vom Auffangbeutel angebracht sein müssten. Diese Klettverschlüsse seien bei Mehrwegartikeln aufgrund der hygienischen Anforderung nicht einsetzbar und würden von der Antragstellerin daher nicht angeboten werden. Diese Funktionsanforderung könne vielmehr mit einem Klebeband

oder einer Schlauchhalterung gleichwertig erfüllt werden. Nach den Ausschreibungsunterlagen seien jedoch Alternativ- und Abänderungsangebote nicht zulässig. Varianten seien nur in eingeschränktem Umfang zugelassen, jedoch nicht in Bezug auf diese Funktionsanforderung. Nach den Vorgaben der Ausschreibung seien der Preis (60 %) sowie das Handling im Routinebetrieb (40 %) als Zuschlagskriterien vorgesehen. Das Kriterium "Handling im Routinebetrieb" werde in weitere Subkriterien unterteilt. Diese seien jedoch zum Teil unbestimmt und somit nicht hinreichend konkret und würden einen unzulässigen Ermessensspielraum eröffnen. Darüber hinaus würden einzelne Zuschlagskriterien diskriminierend wirken, da sie von Einwegartikel-Herstellern besser erfüllt werden könnten. Darüber hinaus würden die Zuschlagskriterien die Entsorgungskosten sowie den bei Einwegartikeln entstehenden Abfall, der bei diesen 4,5 Mal so hoch sei als bei Mehrwegartikeln, in unzulässiger Weise nicht berücksichtigen. Es handle sich dabei um Folgekosten, die im Wege der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen seien. Die Ausschreibung verstoße daher auch aus diesem Grund gegen § 19 Abs. 5 BVergG sowie gegen § 96 Abs. 6 leg.cit. Auch würden die im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Größtoleranz bei Abdecktüchern Lieferanten von Mehrwegartikeln benachteiligen, da Mehrwegtextilien bekanntlich beim Waschgang einschrumpfen könnten. Obgleich die ÖNORM EN 13795 die Kompetenz zur Identifizierung von kritischen und weniger kritischen Bereichen des Produkts dem Hersteller oder Aufbereiter übertrage, habe der Auftraggeber rechtswidriger Weise die jeweils kritischen und nicht kritischen Bereiche auf den Skizzen anhand von Farblegenden definiert. Durch die Spezifikation in der Ausschreibung müssten die Produkte der Antragstellerin einen deutlich höheren Laminatanteil aufweisen, als dies erforderlich sei, weil die kritischen Flächen in den Skizzen größer bzw. umfangreicher als erforderlich festgelegt worden seien. Dadurch würden die Produkte der Antragstellerin gegenüber Einwegartikeln auch teurer, voluminöser und schwerer. Hinsichtlich der Setbeschreibung, Schulterarthroskopie, werde beim Beach-Chair-Tuch verlangt, dass beiderseits 2-3 cm breite Klettverschlüsse am oberen Ende vom Auffangbeutel angebracht sein müssten. Diese Klettverschlüsse seien bei Mehrwegartikeln aufgrund der hygienischen Anforderung nicht einsetzbar und würden von der Antragstellerin daher nicht angeboten werden. Diese Funktionsanforderung könne vielmehr mit einem Klebeband oder einer Schlauchhalterung gleichwertig erfüllt werden. Nach den Ausschreibungsunterlagen seien jedoch Alternativ- und Abänderungsangebote nicht zulässig. Varianten seien nur in eingeschränktem Umfang zugelassen, jedoch nicht in Bezug auf diese Funktionsanforderung. Nach den Vorgaben der Ausschreibung seien der Preis (60 %) sowie das Handling im Routinebetrieb (40 %) als Zuschlagskriterien vorgesehen. Das Kriterium "Handling im Routinebetrieb" werde in weitere Subkriterien unterteilt. Diese seien jedoch zum Teil unbestimmt und somit nicht hinreichend konkret und würden einen unzulässigen Ermessensspielraum eröffnen. Darüber hinaus würden einzelne Zuschlagskriterien diskriminierend wirken, da sie von Einwegartikel-Herstellern besser erfüllt werden könnten. Darüber hinaus würden die Zuschlagskriterien die Entsorgungskosten sowie den bei Einwegartikeln entstehenden Abfall, der bei diesen 4,5 Mal so hoch sei als bei Mehrwegartikeln, in unzulässiger Weise nicht berücksichtigen. Es handle sich dabei um Folgekosten, die im Wege der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen seien. Die Ausschreibung verstoße daher auch aus diesem Grund gegen Paragraph 19, Absatz 5, BVergG sowie gegen Paragraph 96, Absatz 6, leg.cit.

Der Antragstellerin drohe der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Ausschreibungen. Weiters drohe ihr ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns, der Frustration der Kosten für die Bearbeitung der Ausschreibungsunterlagen und der Kosten der Rechtsberatung und Rechtsvertretung. Darüber hinaus wären bisherige Investitionskosten frustriert und würde dem Unternehmen ein Schaden durch Überkapazitäten sowie Abbau dieser Überkapazitäten entstehen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Ausschreibung in ihren Rechten auf Teilnahme und Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie auf Abschluss eines vergaberechtskonformen Rahmenvertrags verletzt. Im Einzelnen erachte sich die Antragstellerin insbesondere in folgenden Rechten verletzt: Recht auf Vergleichbarkeit der Angebote; Recht auf Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung; Einhaltung der Bestimmungen betreffend die Leistungsbeschreibung insbesondere hinsichtlich der zwingenden gesetzlichen Vorgabe der Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung im Zuge der technischen Spezifikationen oder aber Zuschlagskriterien; Verbot der Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken durch Unterlassung von Festlegungen, mit denen den Bietern nicht kalkulierbare Risiken überwältigt würden; Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer Zuschlagskriterien; Recht auf Vergabe zu angemessenen Preisen - Unterlassung der Förderung spekulativer Angebote; Recht auf Einhaltung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes; Recht auf Widerruf der Ausschreibung.

Mit E-Mail vom 9.7.2013 teilte der Auftraggeber dem Bundesvergabeamt mit, dass das gegenständliche Vergabeverfahren gemäß § 138 Abs. 1 BVergG widerrufen werden solle und die Stillhaltefrist am 19.7.2013 ende. In einem weiteren Schriftsatz vom 9.7.2013 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber des gegenständlichen Beschaffungsvorganges sei die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Lieferauftrages liege im Oberschwellenbereich. Es handle sich um ein offenes Verfahren. Die EU-weite Bekanntmachung sei am 31.5.2013 erfolgt. Mit E-Mail vom 9.7.2013 teilte der Auftraggeber dem Bundesvergabeamt mit, dass das gegenständliche Vergabeverfahren gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG widerrufen werden solle und die Stillhaltefrist am 19.7.2013 ende. In einem weiteren Schriftsatz vom 9.7.2013 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber des gegenständlichen Beschaffungsvorganges sei die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Lieferauftrages liege im Oberschwellenbereich. Es handle sich um ein offenes Verfahren. Die EU-weite Bekanntmachung sei am 31.5.2013 erfolgt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Auftraggeber ist die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 18.10.2012, F/0007-BVA/11/2012-25). Auftraggeber ist die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (vergleiche BVA 18.10.2012, F/0007-BVA/11/2012-25).

Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich gegenständlich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich.

Wie sich aus dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin und dem Schriftsatz des Auftraggebers vom 9.7.2013 über den beabsichtigten Widerruf ergibt, wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren bislang rechtswirksam widerrufen.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
Zur Inhaltlichen Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 hat das Bundesvergabeamt vor 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 leg cit 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, leg cit 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 § 329 Abs. 4 leg cit 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, leg cit 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung im Hinblick auf deren Ausgestaltung in mehreren Punkten. Diese Behauptungen erscheinen im Hinblick auf ihr Vorbringen nicht denkunmöglich. Der Auftraggeber hat dem Bundesvergabeamt mit Schriftsatz vom 9.7.2013 zwar mitgeteilt, dass das gegenständliche Vergabeverfahren widerrufen werden soll. Da jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin im Fall, dass der Auftraggeber die Widerrufsentscheidung zurücknimmt, durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang der Möglichkeit, sich an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zu beteiligen. Es droht der Antragstellerin sohin ein Schaden, der nur durch die Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist sowie durch die Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden kann (vgl. BVA 26.11.2008, N/0150- BVA/14/2008-EV7; 30.10.2008, N/0135-BVA/02/2008-EV4). Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung im Hinblick auf deren Ausgestaltung in mehreren Punkten. Diese Behauptungen erscheinen im Hinblick auf ihr Vorbringen nicht denkunmöglich. Der Auftraggeber hat dem Bundesvergabeamt mit Schriftsatz vom 9.7.2013 zwar mitgeteilt, dass das gegenständliche Vergabeverfahren widerrufen werden soll. Da jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin im Fall, dass der Auftraggeber die Widerrufsentscheidung zurücknimmt, durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang der Möglichkeit, sich an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zu beteiligen. Es droht der Antragstellerin sohin ein Schaden, der nur durch die Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist sowie durch die Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden kann vergleiche BVA 26.11.2008, N/0150- BVA/14/2008-EV7; 30.10.2008, N/0135-BVA/02/2008-EV4).

Die Möglichkeit der Antragstellerin, sich im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren zu beteiligen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur allfälligen Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der allenfalls eine Angebotslegung der Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, bekannt.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe z.B. BVA 14.5.2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass

gemäß § 329 Abs. 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (z.B. BVA 5.2.2010, N/0007- BVA/10/2010-EV12). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe z.B. BVA 14.5.2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (z.B. BVA 5.2.2010, N/0007- BVA/10/2010-EV12).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin, ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Bei der Untersagung der Öffnung der Angebote handelt es sich ebenso wie bei der Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist, die ihren Ablauf hemmt, um jene Maßnahmen, die erforderlich sind, um den oben genannten Sicherungszweck zu erfüllen.

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

Zuletzt aktualisiert am

09.09.2013

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