

TE Verg Bescheid 2013/5/23 N/0040-BVA/11/2013-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.05.2013

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG) durch die erste Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 11, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt der 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, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 16.5.2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) durch die erste Vertreterin der Vorsitzenden

des Senates 11, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt der Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. , Ver-sicherungsanstalt 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, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 16.5.2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Den Anträgen, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Lauf der Angebotsfrist auszusetzen und zu untersagen, die Angebote zum Abschluss der Rahmenvereinbarung zu öffnen, wird stattgegeben.

Im Vergabeverfahren "Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät" wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

1. 1.Ziffer eins
der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und
2. 2.Ziffer 2
der Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), der Versicherungsanstalt der Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), der Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und der Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA) untersagt, die Angebote zu öffnen.

Begründung

Nach mehrfachem Widerruf erfolgte die Bekanntmachung der Rahmenvereinbarung "Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät" europaweit am 17.4.2013. Dieses Vergabeverfahren sollte in Form eines offenen Verfahrens in 10 Losen nach dem Bestbieterprinzip im Oberschwellenbereich abgewickelt werden. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 28.5.2013 fixiert.

Mit Schriftsatz vom 16.5.2013 stellte die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Antrag auf Nichtigklärung der gegenständlichen Ausschreibung, in eventu auf Nichtigklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren, sowie Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren und Durchführung einer mündlichen Verhandlung eingebracht.

Begründend brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, Anbieter von Produkten und Dienstleistungen der enteralen Ernährung einschließlich Trinknahrung in Österreich zu sein. Derzeit beliefere er sämtliche an der Ausschreibung beteiligten Auftraggeber sowie weitere Krankenkassen mit Sonden- und Trinknahrung. Der Antragsteller habe daher ein Interesse am Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung. Der Verlust des ausgeschriebenen Auftrages auf Grund der rechtswidrigen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen würde für den Antragsteller einen schweren wirtschaftlichen Schaden darstellen, zumal sich der Antragsteller aus dem jeweiligen Markt zurückziehen müsse. Aufwendungen seien frustriert. Zudem würde es auf Grund der Dauer und des Volumens des Auftrages zwangsläufig zu einer Monopolisierung bzw. Oligopolisierung des Angebotsmarktes kommen. Mitarbeiterkündigungen und Umsatzeinbußen im Millionenbereich sowie der Verlust von Marktanteilen infolge fehlenden Zugangs zu Patienten seien für den Antragsteller die Folge. Der unmittelbare Schaden werde mit rund Euro 1 Million beziffert. Es entginge auch ein wichtiges Referenzprojekt. Hinzu kämen noch die Kosten für die Bearbeitung der Ausschreibungsunterlagen und für die Rechtberatung und -vertretung.

Die gegenständliche Ausschreibung sei mehrfach rechtswidrig. Die Angaben der Auftraggeber seien in den Bereichen "Sondennahrung" (für 1.932 Patienten 424.463 Liter/Jahr) und "Trinknahrung" (für 1.288 Patienten 45.412 Liter/Jahr) unzutreffend und nicht aktuell. Dies gelte auch für die in der Ausschreibung angegebene Anzahl an Überleitgeräte (1Patient 30 Überleitgeräte/Monat; ausgeschriebene Geräte 15.620). Auf Basis der Ausschreibungsunterlagen könne daher nicht kalkuliert werden. Bei Fehlen eines nachvollziehbaren Mengengerüstes sei die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet.

Darüber hinaus seien in der gegenständlichen Ausschreibung keine Ernährungspumpen berücksichtigt, die für die Versorgung bestimmter Patienten wie beispielsweise Patienten mit Dünndarmsonden, bestimmte Diabetiker oder

Patienten mit Unverträglichkeit von Schwerkraftapplikationen unabdingbar seien. Eine ordnungsgemäße Versorgung müsse daher auch die Lieferung von Ernährungspumpen umfassen. Andernfalls entstünden technische, medizinische und rechtliche Komplikationen. Es liege ein mit zwei getrennten Schulungen durch verschiedene Einweiser verbundenes Risiko für einen einheitlichen Vorgang vor. Auf ein zusätzliches Risiko für den Patienten bei einem Pumpenalarm werde verwiesen.

Wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte würden ausschließlich für eine gemeinsame Vergabe von Nahrung und Ernährungspumpen sprechen.

Bereits in den vorhergehenden Nachprüfungsverfahren seien von den Auftraggebern keine wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkte vorgebracht worden, die für eine getrennte Vergabe von Ernährungspumpen und Nahrung sprechen würden. Das Vorliegen eines gleichen Fachgebietes und der sachliche und örtliche Zusammenhang in Verbindung mit der Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes, nämlich der Versorgung der Anspruchsberechtigten, würden außer Acht gelassen. Objektive Gründe für eine getrennte Vergabe von Nahrung einerseits und Ernährungspumpen andererseits würden nicht vorliegen. Eine sachliche Rechtfertigung für das Absehen, zugleich Spritzen mit der gegenständlichen Ausschreibung zu beschaffen, fehle ebenfalls. Auch in diesem Fall würden wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte, sowie das Vorliegen des selben Fachgebietes und der sachliche und örtliche Zusammenhang und der gemeinsame Zweck für die gemeinsame Vergabe von Nahrung, Applikationsgeräten und Spritzen sprechen. Nahrung, Applikationsgerät, Ernährungspumpe und Spritzen würden einen Beschaffungsvorgang im Sinne von § 13 BVergG darstellen. Unzulässig sei auch die Gestaltung von Los 10 (Pädiatrie - 79 Kinder), das als einziges Los eine österreichweite Versorgung betreffe. Da lediglich 79 Patienten österreichweit erfasst seien (2% der Gesamtpatientenzahl von den Losen 1-9), würde bei diesem Los ein überproportionaler Transportkostenanteil an die Gesamtkosten anfallen, sodass eine kostendeckende Kalkulation bei marktüblichen und angemessenen Preis nicht möglich sei. Es würden Unternehmen bevorzugt, die von einem Angebot für Los 10 absehen würden, zumal die übrigen Lose günstiger angeboten werden könnten. Es handle sich um eine zum Kalkulationszeitpunkt hochkarätig spekulative Annahme. Los 10 sei aufzulösen und die Leistung bundesländerweit den Losen 1-9 zuzuordnen. Es gebe keine wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkte, die eine österreichweite Vergabe aller Lieferleistungen für die pädiatrische Sonden- und Trinknahrung bzw. die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Teilvergabe rechtfertigen würden. Bei Erwachsenen und Kindern sei dasselbe Fachgebiet betroffen und liege ein klarer sachlicher und örtlicher Zusammenhang vor. Es sei von einem Beschaffungsvorhaben iSd BVergG auszugehen. Bereits in den vorhergehenden Nachprüfungsverfahren seien von den Auftraggebern keine wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkte vorgebracht worden, die für eine getrennte Vergabe von Ernährungspumpen und Nahrung sprechen würden. Das Vorliegen eines gleichen Fachgebietes und der sachliche und örtliche Zusammenhang in Verbindung mit der Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes, nämlich der Versorgung der Anspruchsberechtigten, würden außer Acht gelassen. Objektive Gründe für eine getrennte Vergabe von Nahrung einerseits und Ernährungspumpen andererseits würden nicht vorliegen. Eine sachliche Rechtfertigung für das Absehen, zugleich Spritzen mit der gegenständlichen Ausschreibung zu beschaffen, fehle ebenfalls. Auch in diesem Fall würden wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte, sowie das Vorliegen des selben Fachgebietes und der sachliche und örtliche Zusammenhang und der gemeinsame Zweck für die gemeinsame Vergabe von Nahrung, Applikationsgeräten und Spritzen sprechen. Nahrung, Applikationsgerät, Ernährungspumpe und Spritzen würden einen Beschaffungsvorgang im Sinne von Paragraph 13, BVergG darstellen. Unzulässig sei auch die Gestaltung von Los 10 (Pädiatrie - 79 Kinder), das als einziges Los eine österreichweite Versorgung betreffe. Da lediglich 79 Patienten österreichweit erfasst seien (2% der Gesamtpatientenzahl von den Losen 1-9), würde bei diesem Los ein überproportionaler Transportkostenanteil an die Gesamtkosten anfallen, sodass eine kostendeckende Kalkulation bei marktüblichen und angemessenen Preis nicht möglich sei. Es würden Unternehmen bevorzugt, die von einem Angebot für Los 10 absehen würden, zumal die übrigen Lose günstiger angeboten werden könnten. Es handle sich um eine zum Kalkulationszeitpunkt hochkarätig spekulative Annahme. Los 10 sei aufzulösen und die Leistung bundesländerweit den Losen 1-9 zuzuordnen. Es gebe keine wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkte, die eine österreichweite Vergabe aller Lieferleistungen für die pädiatrische Sonden- und Trinknahrung bzw. die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Teilvergabe rechtfertigen würden. Bei Erwachsenen und Kindern sei dasselbe Fachgebiet betroffen und liege ein klarer sachlicher und örtlicher Zusammenhang vor. Es sei von einem Beschaffungsvorhaben iSd BVergG auszugehen.

Unklar sei, was unter Punkt 3.3.2 bzw. Anhang 6 der Ausschreibungsunterlagen Unterpunkt 3 (Aufbereitung, Auf- und Umrüstung und zulässige Gerätekombinationen) und Unterpunkt 4 (Kontrolle) gemeint sei. Die Schulungsleistungen müssten aus haftungsrechtlichen Gründen auch Bereiche umfassen, die über den in Punkt 3.3.2. und Anhang 6 der Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Umfang hinausgehen würden. Nicht nur Überleitungsgeräte - wie in der Ausschreibung vorgesehen - sondern auch die konkret eingesetzte Nahrung und die individuellen Gegebenheiten des Patienten müssten abgedeckt werden. Eine Unterweisung in allen Punkten mit dem Ziel, alle Schritte einmal selbstständig durchzuführen, sei erforderlich. Unzutreffend sei die Festlegung in der Ausschreibung, dass die erste Schulung ohnedies im Krankenhaus erfolge. Die im Spital vorgesehene Schulung durch den Arzt erfolge in der Regel nicht. Die Ausklammerung weitere Schulungsleistungen widerspreche den Bestimmungen des BVergG.

Neben dem wesentlichen Inhalt der Schulungsleistung sei auch die Anzahl der vorzunehmenden Schulungen in den Ausschreibungsunterlagen unklar. Hinzu komme, dass im Bereich der ausgeschriebenen Leistung ein neuer Industriestandard eingeführt werde (En-Lock-Norm "Katheter und Überleitungsgeräte zur enteralen Ernährung und ihre Konnektoren zu einmaligen Verwendung-Ausführung und Prüfung"; Deutsche Fassung EN 1615:2001). Angesichts dieser Umstände, könne die Leistung nicht kalkuliert werden. Statt pauschalierter Schulungsblöcke müsste ein Regiepreis in Form eines Stundensatzes vorgesehen werden. Nach der Judikatur seien Leistungen, deren tatsächliche Umfang von den in der Sphäre des Auftraggebers gelegenen Umständen, die dessen alleiniger Disposition unterständen, abhängen würden, einer Pauschalpreiskalkulation nicht zugänglich. Es könne daher für die Schulung nur ein Regiepreis in Form eines Stundensatzes angeboten werden. Ein auf Basis der Ausschreibungsunterlagen abgegebenes Angebot sei daher nicht objektivierbar und vergleichbar mit anderen Angeboten.

Auch die Form der Proteinquellen - tierisches und pflanzliches Eiweiß - in der zu liefernden Nahrung wäre in der Ausschreibung näher zu spezifizieren. Das kostengünstigere, tierische Protein könne nämlich schwerer verdaut werden, was Verdauungsprobleme (z.B. Reflux) zur Folge habe. Die Ausschreibung müsste auch auf Altersgruppen Rücksicht nehmen. Proteinbedarfsanforderungen an enterale Nahrungsmittel bei den Kinderaltersgruppen (1-6 Jahre und 7-12 Jahre) seien unterschiedlich. Die Zusammensetzung der enteralen Ernährung müsse darauf Rücksicht nehmen. Ungeachtet dessen sei im

Leistungsverzeichnis - außer bei der Position 1.5 - der

gleiche Eiweißbedarf von mindestens 2,5/100 ml vorgesehen. Aufgrund des unvollständigen Leistungsverzeichnisses könnten keine Produkte mit unterschiedlichem Eiweißgehalt angeboten werden.

Die Auftraggeber hätten es auch unterlassen, eine Mindestabnahmemenge anzugeben. Eine Berechnungsgrundlage für eine seriöse und realistische Kalkulation der Transportkosten für die Sonden- und Trinknahrung einschließlich der erforderlichen Schulungsleistungen fehle daher. Die Preisbildung hänge aber wesentlich von den zu erbringenden Nebendienstleistungen und damit auch den Transportkosten ab. Dazu werde auch auf die Verpflichtung zur Freihaus-Lieferung einer Bestellung innerhalb von 30 bzw. 20 Tagesarbeitsstunden verwiesen. Für eine seriöse Kalkulation der Angebote würden außerdem Angaben zur durchschnittlichen Lebensdauer eines Patienten, bzw Daten zum Gesundheitsstatus und der zu erwartenden Lebensdauer des jeweiligen Patienten fehlen. Erhebungen dazu müssten den Auftraggebern aus der Vergangenheit zur Verfügung stehen.

Auszugehen sei davon, dass ein Zuschlagskriterium - wie die Verkürzung einer Lieferfrist - nur rechtskonform sei, wenn sich dadurch ein nachvollziehbarer Vorteil für den Auftraggeber ergebe. Dies treffe jedoch nicht auf das gegenständliche Zuschlagskriterium "Unterschreitung der Maximallieferzeit" von 30 auf 20 Tagesarbeitsstunden zu. Lieferungen seien jedoch im gegenständlichen Fall nur einmal im Monat vorgesehen. Patienten müssten aber ohnehin bei der Bestellung einen Monat voraus denken, sodass in der Verkürzung der Lieferzeit kein Mehrwert liege. Dem in den bisherigen Nachprüfungsverfahren vorgebrachten Argument der Auftraggeber ist eine gerade einmal 1%-ige bestmögliche Verkürzung der Lieferzeit entgegenzuhalten.

Für die Bewertung der so wesentlichen Schulungs- und Transportleistungen sei kein Qualitätskriterium vorgesehen. Dies laufe auf eine Bewertung nach dem Billigstbieterprinzip in den genannten Bereichen hinaus. Die Qualität des für die Schulungs- und Betreuungsleistung eingesetzten Personals sei jedoch ein Faktor, der auf die Kosten Einfluss habe, und somit als angebotspreisbildende Komponente anzusehen sei. Dazu werde auf die bisherige Judikatur verwiesen. Der Auftraggeber müsste nach den Vorgaben der Ausschreibung qualitativ unterschiedliche Angebote gleich bewerten. Dies sei als Benachteiligung qualitativ besserer Angebote zu werten. Auf Grund des vorliegenden, unsachlichen und

diskriminierenden Bewertungssystems sei eine dem § 19 BVergG entsprechende Bestbieterermittlung nicht möglich. Nach der Judikatur sei eine Bewertung nach dem Billigstbieterprinzip nur zulässig, wenn die Ausschreibung einen klaren und eindeutigen Qualitätsstandard auf definiertem Niveau gewährleiste. Dies sei jedoch im Hinblick auf die Bestimmungen zu den Schulungs- und Serviceleistungen bei der gegenständlichen Ausschreibung nicht der Fall. Für die Bewertung der so wesentlichen Schulungs- und Transportleistungen sei kein Qualitätskriterium vorgesehen. Dies laufe auf eine Bewertung nach dem Billigstbieterprinzip in den genannten Bereichen hinaus. Die Qualität des für die Schulungs- und Betreuungsleistung eingesetzten Personals sei jedoch ein Faktor, der auf die Kosten Einfluss habe, und somit als angebotspreisbildende Komponente anzusehen sei. Dazu werde auf die bisherige Judikatur verwiesen. Der Auftraggeber müsste nach den Vorgaben der Ausschreibung qualitativ unterschiedliche Angebote gleich bewerten. Dies sei als Benachteiligung qualitativ besserer Angebote zu werten. Auf Grund des vorliegenden, unsachlichen und diskriminierenden Bewertungssystems sei eine dem Paragraph 19, BVergG entsprechende Bestbieterermittlung nicht möglich. Nach der Judikatur sei eine Bewertung nach dem Billigstbieterprinzip nur zulässig, wenn die Ausschreibung einen klaren und eindeutigen Qualitätsstandard auf definiertem Niveau gewährleiste. Dies sei jedoch im Hinblick auf die Bestimmungen zu den Schulungs- und Serviceleistungen bei der gegenständlichen Ausschreibung nicht der Fall.

Bei der Größe der Verpackungseinheit würde außer Acht gelassen werden, dass im Vergleich zu größeren Verpackungseinheiten die positiv bewerteten kleineren Verpackungseinheiten doppelt bis dreimal soviel Müll verursachen würden und außerdem zur Deckung des Tagesbedarfs mehrmals täglich gewechselt werden müssten. Dies bedeute in der Regel für geschwächte Anspruchsberechtigte eine erhebliche Mehrbelastung. Zudem könnte bei größeren Behältnissen um durchschnittlich 40 % mehr Nahrung verabreicht werden. Bei vernünftiger, sachlich gerechtfertigter Festlegung der Zuschlagskriterien müssten daher größere Verpackungseinheiten aktiv gefördert und mit entsprechenden Bewertungspunkten belohnt werden. Zudem könne nur ein Marktteilnehmer alle ausgeschriebenen Produkte in einer Verpackungseinheit von 500 ml anbieten.

Unbestimmt sei auch das Kriterium "Geschmacksrichtungen Trinknahrung", zumal unklar sei, welche Kartongröße gemeint sei. Angesichts der Möglichkeit, in einer Bieterlücke mehrere Produkte anzubieten, werde der Auftragnehmer unzulässiger Weise zur Legung von Mehrfachangeboten aufgefordert. Obwohl das Beutelsystem gegenüber dem Flaschensystem erhebliche qualitative Vorteile habe, würde dieser Umstand im Bewertungssystem völlig unberücksichtigt bleiben. Vielmehr werde dem Auftragnehmer die Wahl der Gebindeart (Kunststoff- oder Glasbehälter) überlassen. Dies sei diskriminierend und unsachlich gegenüber Anbietern qualitativ hochwertiger Produkte.

Für die Kalkulation der Mehrkosten bei einem fehlgeschlagenen Zustellversuch (2 Zustellversuche ohne Mehrkosten) würden entsprechende Informationen zu erfolglosen Erstzustellversuchen trotz vom Auftragnehmer erfolgter Vorankündigung durch die Auftraggeber fehlen. Eigene Annahmen der Bieter zu den Zustellversuchen würden zu spekulativen und unvergleichbaren Angeboten führen.

Die oben aufgezeigten Rechtswidrigkeiten würden auf eine spekulative Preisgestaltung der Angebote hinauslaufen. Die Auftraggeber würden mit ihren Festlegungen im Punkt 3.2.2. bzw. Anlage 6 der Ausschreibungsunterlagen versuchen, kostenlos wesentliche Leistungsteile zu erhalten. Zudem sei von einer missbräuchlichen Verwendung der Rahmenvereinbarung gemäß § 151 Abs. 5 BVergG auszugehen. Der Wettbewerb werde aufgrund der gegenständlichen Ausschreibung massiv eingeschränkt. Die Lose 1-9 könnten nur einem einzigen Auftragnehmer zugeschlagen werden. Die oben aufgezeigten Rechtswidrigkeiten würden auf eine spekulative Preisgestaltung der Angebote hinauslaufen. Die Auftraggeber würden mit ihren Festlegungen im Punkt 3.2.2. bzw. Anlage 6 der Ausschreibungsunterlagen versuchen, kostenlos wesentliche Leistungsteile zu erhalten. Zudem sei von einer missbräuchlichen Verwendung der Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 151, Absatz 5, BVergG auszugehen. Der Wettbewerb werde aufgrund der gegenständlichen Ausschreibung massiv eingeschränkt. Die Lose 1-9 könnten nur einem einzigen Auftragnehmer zugeschlagen werden.

Der Antragsteller erachtete sich durch die gegenständliche Ausschreibung in seinem Recht auf Teilnahme und Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in seinem Recht auf Abschluss einer vergaberechtskonformen Rahmenvereinbarung verletzt. Insbesondere seien folgende Rechte verletzt: Recht auf Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung sowie auf Vergleichbarkeit der Angebote;

Transparenz der Angebotsbestimmungen insbesondere des Leistungsverzeichnisses sowie des Leistungsgegenstandes;

Verbot der Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken durch Unterlassung von Festlegungen, mit denen den Bietern nicht kalkulierbare Risiken überwältigt würden; Recht auf Vergleichbarkeit der Angebote aufgrund hinreichend konkreter Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen; Festlegung vergaberechtskonformer Zuschlagskriterien; Einhaltung des Grundsatzes des freien und lauterer Wettbewerbs; Recht auf Vergabe zu angemessenen Preisen - Unterlassung der Förderung spekulativer Angebote; Recht auf vergaberechtskonforme Teilvergabe und Losbildung; Einhaltung der Bestimmungen über die Preisbildung; Einhaltung der Bestimmungen betreffend die Leistungsbeschreibung; Recht auf Unterlassung der missbräuchlichen Verwendung der Rahmenvereinbarung. Ebenso wie in den vorhergehenden Nachprüfungsverfahren und den damit verbundenen Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (BVA 15.7.2011, N/0054-BVA/10/2011-26; 30.3.2012, N/0022-BVA/14/2012 und N/0025-BVA/14/2012 sowie 9.11.2012, N/0089-BVA/12/2012) würde auch die Antragsvoraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorliegen. Die Anordnung der beantragten Maßnahmen seien nötig und geeignet, zumal es den Bietern aufgrund der zahlreichen im Nachprüfungsantrag angeführten, vergaberechtswidrigen Bestimmungen nicht möglich sei, ein vergaberechtskonformes Angebot zu erstellen. Eine bloße Untersagung der Öffnung der Angebote würde dem verfassungsrechtlich gebotenen Ziel des effektiven Rechtsschutzes nicht gerecht werden. Auch nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens müsste die Möglichkeit bestehen, ein Angebot entsprechend der Ausschreibung zu erstellen und abzugeben. Ohne Aussetzung der Frist zur Abgabe von Angeboten wäre es den Bietern verwehrt, nach Ende der Frist für die Abgabe des Angebotes ein neues, die geänderten Umstände berücksichtigendes Angebot zu erstellen und abzugeben. Ohne eine einstweilige Verfügung wäre es den Auftraggebern möglich, das Vergabeverfahren fortzuführen und den Zuschlag zu erteilen. Entgegenstehende öffentliche Interessen seien - wie in den vorhergehenden Verfahren - nicht gegeben. Von einem Überwiegenden der für die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen des Antragstellers sei auszugehen.

Die Auftraggeber erteilten in ihrer Stellungnahme vom 21.5.2013 zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Das Vergabeverfahren befinde sich im Stadium der Angebotslegung. Es seien weder die Angebote geöffnet, noch ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Zum Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wurde vorgebracht, dass der Antragsteller weder Angaben zur Höhe des drohenden Schadens gemacht, noch diesen bescheinigt habe. Ein überwiegendes Interesse an der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sei vom Antragsteller daher nicht dargetan worden. Der Antrag sei daher unbegründet. Die Auftraggeber hingegen hätten ein Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, da durch die Durchführung des Vergabewettbewerbes deutlich optimierte Beschaffungsbedingungen zu erwarten seien. Da die Einsparungen den Versicherten und der Allgemeinheit zugutekommen würden, liege ein öffentliches Interesse vor. Verzögerungen würden demgegenüber höhere Beschaffungskosten verursachen. Als gelindestes Mittel sei die Untersagung der Angebotsöffnung völlig ausreichend. Die darüber hinausgehende Aussetzung des Vergabeverfahrens sei nicht gerechtfertigt, zumal das Vergabeverfahren durch Öffnung der vorliegenden Angebote rasch fortgesetzt werden könne. Im Fall der Nichtigerklärung eines oder mehrere Lose könnten die diesbezüglich ungeöffneten Angebote von den Bietern retourniert werden. Ein Schaden für den Bieter sei durch diese Vorgangsweise nicht zu begründen. Es werde beantragt, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen, hilfsweise nur dem Antrag auf Untersagung der Angebotsöffnung stattzugeben und, darüber hinaus abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG sind die 1 Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die 1.

Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), 2.

Versicherungsanstalt der Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), 3. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), 5.

Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 24.6.2011, N/0054-BVA/10/2011-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 u.a.). Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien

(KFA). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 24.6.2011, N/0054-BVA/10/2011-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 u.a).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag, der auf Grund des geschätzten Auftragswertes den relevanten Schwellenwert überschreitet, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, das in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt werden soll.

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 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 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeber und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeber und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Entgegen den Ausführungen der Auftraggeber hat der Antragsteller Angaben zur Höhe des drohenden Schadens gemacht und diesen auch beziffert. Der Antragsteller wies unter anderem darauf hin, bei Verlust des Auftrages erhebliche Marktanteile zu verlieren, sich vom österreichischen Markt zurückziehen zu müssen, den Personalstand nicht halten zu können, Mitarbeiter kündigen zu müssen, Umsatzeinbußen zu haben, ein wichtiges Referenzprojekt zu verlieren sowie die Kosten für die Bearbeitung der Ausschreibungsunterlagen und die Rechtsberatung und -vertretung tragen zu müssen. Nach der Judikatur des VwGH wären sogar ins Einzelne gehende Darlegungen nicht geboten (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128, sowie dem folgend BVA 9.1.2012, N/0001-BVA/09/2012-EV13; 20.2.2012, N/0016-BVA/09/2012-EV10). Entgegen den Ausführungen der Auftraggeber hat der Antragsteller Angaben zur Höhe des drohenden Schadens gemacht und diesen auch beziffert. Der Antragsteller wies unter anderem darauf hin, bei Verlust des Auftrages erhebliche Marktanteile zu verlieren, sich vom österreichischen Markt zurückziehen zu müssen, den Personalstand nicht halten zu können, Mitarbeiter kündigen zu müssen, Umsatzeinbußen zu haben, ein wichtiges Referenzprojekt zu verlieren sowie die Kosten für die Bearbeitung der Ausschreibungsunterlagen und die Rechtsberatung und -vertretung tragen zu müssen. Nach der Judikatur des VwGH wären sogar ins Einzelne gehende Darlegungen nicht geboten vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128, sowie dem folgend BVA 9.1.2012, N/0001-BVA/09/2012-EV13; 20.2.2012, N/0016-BVA/09/2012-EV10).

Soweit die Auftraggeber vorbringen, der Schaden wäre auch nicht durch den Antragsteller bescheinigt worden, so ist ihnen entgegenzuhalten, dass es nach Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes genügt, dass die Behauptung eines drohenden oder eingetretenen Schadens plausibel ist (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065). Der Antragsteller hat die unmittelbar drohende Schädigung für den Fall, dass der Zuschlag an einen anderen Bieter als den Antragsteller bzw. die Rahmenvereinbarung mit einem anderen Bieter als dem Antragsteller abgeschlossen werden sollte, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt (vgl. VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010). Soweit die Auftraggeber vorbringen, der Schaden wäre auch nicht durch den Antragsteller bescheinigt worden, so ist ihnen entgegenzuhalten, dass es nach Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes genügt, dass die Behauptung eines drohenden oder eingetretenen Schadens plausibel ist (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065). Der Antragsteller hat die unmittelbar drohende Schädigung für den Fall, dass der Zuschlag an einen anderen Bieter als den Antragsteller bzw. die Rahmenvereinbarung mit einem anderen Bieter als dem Antragsteller abgeschlossen werden sollte, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt vergleiche VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010).

Unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG ist zudem nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojektes, den der Antragsteller unter anderem auch geltend gemacht. Vom Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG sind - ebenso wie vom Schadensbegriff des § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG - all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 320 Rz 7; BVA 4.8.2011, N/0074-BVA/11/2011-11EV). Unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG ist zudem nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojektes, den der Antragsteller unter anderem auch geltend gemacht. Vom Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG sind - ebenso wie vom Schadensbegriff des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG - all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320, Rz 7; BVA 4.8.2011, N/0074-BVA/11/2011-11EV).

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs. 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 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 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 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 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 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 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 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 Nichtigkeitserklärung 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 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 Nichtigkeitserklärung 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 ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von den Auftraggebern geplant ist, das Vergabeverfahren fortzuführen und die Angebote zu öffnen sowie in der Folge dem Bestbieter den Zuschlag zu erteilen bzw. die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge ein Angebot legen kann und für den Erhalt des Auftrages bzw. 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 Vertragsabschluss nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der die Legung eines Angebotes und einen allfälligen Abschluss des Vertrages mit dem Antragsteller ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von den Auftraggebern geplant ist, das Vergabeverfahren fortzuführen und die Angebote zu öffnen sowie in der Folge dem Bestbieter den Zuschlag zu erteilen bzw. die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge ein Angebot legen kann und für den Erhalt des Auftrages bzw. 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 Vertragsabschluss nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der die Legung eines Angebotes und einen allfälligen Abschluss des Vertrages mit dem Antragsteller ermöglicht.

In diesem Zusammenhang ist 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 ua). In diesem Zusammenhang ist 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 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich 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). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich 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

1. u.Litera u

a).

Soweit die Auftraggeber vorbringen, ein Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu haben, da durch die Durchführung des Vergabewettbewerbes deutlich optimierte Beschaffungsbedingungen zu erwarten seien, Einsparungen den Versicherten und der Allgemeinheit zugutekommen würden, Verzögerungen höhere Beschaffungskosten verursachen würden und daher ein gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechendes öffentliches Interesse vorliege, so ist dem 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 sein (vgl. BVA 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. 27.8.2009, N/0088-BVA/04/2009-EV10; BVA 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.).Soweit die Auftraggeber vorbringen, ein Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu haben, da durch die Durchführung des Vergabewettbewerbes deutlich optimierte Beschaffungsbedingungen zu erwarten seien, Einsparungen den Versicherten und der Allgemeinheit zugutekommen würden, Verzögerungen höhere Beschaffungskosten verursachen würden und daher ein gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechendes öffentliches Interesse vorliege, so ist dem 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 sein vergleiche BVA 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 vergleiche 27.8.2009, N/0088-BVA/04/2009-EV10; BVA 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.).

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

Entgegen der Ansicht der Auftraggeber ist die Untersagung der Angebotsöffnung als gelindestes Mittel in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation nicht völlig ausreichend. Dem Antragsteller muss auch noch nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens die Möglichkeit offen stehen, innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot zu legen. Zu diesem Zweck war daher - dem Antrag entsprechend - der Lauf der Angebotsfrist auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die Angebotsfrist während des Nachprüfungsverfahrens abläuft (vgl BVA 10.11.2008, N/0140-BVA/07/2008-EV7; 28.9.2012, N/ 0089-BVA/12/2012-EV6). Eine Aussetzung des Vergabeverfahrens - wie von den Auftraggebern vorgebracht - wurde gar nicht beantragt.Entgegen der Ansicht der Auftraggeber ist die Untersagung der Angebotsöffnung als gelindestes Mittel in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation nicht völlig ausreichend. Dem Antragsteller muss auch noch nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens die Möglichkeit offen stehen, innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot zu legen. Zu diesem Zweck war daher - dem Antrag entsprechend - der Lauf

der Angebotsfrist auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die Angebotsfrist während des Nachprüfungsverfahrens abläuft vergleiche BVA 10.11.2008, N/0140-BVA/07/2008-EV7; 28.9.2012, N/ 0089- BVA/12/2012-EV6). Eine Aussetzung des Vergabeverfahrens - wie von den Auftraggebern vorgebracht - wurde gar nicht beantragt.

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

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2013

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