

TE Verg Bescheid 2013/5/23 N/0043-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 17.5.2013, 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. 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 17.5.2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Lauf der Angebotsfrist auszusetzen, wird stattgegeben.

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

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 17.5.2013 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 dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Eventualbegehren, sowie Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren und Durchführung einer mündlichen Verhandlung eingebracht.

Begründend brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, ein Tochterunternehmen eines weltweit führenden Lebensmittelherstellers zu sein. Der Antragsteller biete insbesondere Trink- und Sondennahrung mit der dazugehörigen Applikationstechnik (HealthCare Nutrition) an und sei auch auf dem österreichischen Markt tätig. Der Antragsteller beteilige sich am gegenständlichen Vergabeverfahren. Sein Interesse sei auch durch die Stellung des Nachprüfungsantrages dokumentiert.

Durch die rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen werde dem Antragsteller die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebotes mit optimalen Erfolgsaussichten unmöglich gemacht. Angesichts der 3-jährigen Laufzeit wiege dieser Umstand umso schwerer, zumal ein bedeutender Marktanteil verloren gehe. Es würden außerdem ein Gewinnentgang, frustrierte Kosten infolge Angebotsvorbereitung und Teilnahm drohen. Zu berücksichtigen seien auch die zu entrichtenden Pauschalgebühren, die Kosten für die Rechtsberatung und -vertretung. Diese beliefen sich auf rund Euro xxx. Weiters drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Die gegenständliche Ausschreibung sei zu widerrufen, da die vergebende Stelle rechtlich gar nicht befugt sei, ein Vergabeverfahren durchzuführen. Es fehle an der gewerberechtlichen Befugnis. Die vergebende Stelle führe das Vergabeverfahren auch nicht für Nicht-Gesellschafter durch. Wäre die fehlende Befugnis der vergebenden Stelle vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, wäre die gegenständliche Ausschreibung unterblieben (§ 138 Abs. 1 BVergG). Es liege auch ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 UWG vor. Die zwingende Einhaltung bestehender Verträge schließe auch eine Neuausschreibung aus. Die Auftraggeber würden auf Basis von gültigen Rahmenverträgen mit dem Antragsteller (vormals B***) die ausschreibungsgegenständlichen Produkte beschaffen. Die Bestimmung im Punkt 2.1.1. der Ausschreibungsunterlagen würde diesen Verträgen widersprechen. Es liege daher ein weiterer zwingender Widerrufsgrund iSv § 138 Abs. 1 BVergG vor. Die gegenständliche Ausschreibung sei zu widerrufen, da die vergebende Stelle rechtlich gar nicht befugt sei, ein Vergabeverfahren durchzuführen. Es fehle an der gewerberechtlichen Befugnis. Die vergebende Stelle führe das Vergabeverfahren auch nicht für Nicht-Gesellschafter durch. Wäre die fehlende Befugnis der vergebenden Stelle vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, wäre die gegenständliche Ausschreibung unterblieben (Paragraph 138, Absatz eins, BVergG). Es liege auch ein Verstoß gegen Paragraph eins, Absatz eins, UWG vor. Die zwingende Einhaltung bestehender Verträge schließe auch eine Neuausschreibung aus. Die Auftraggeber würden auf Basis von gültigen Rahmenverträgen mit dem Antragsteller (vormals B***) die

ausschreibungsgegenständlichen Produkte beschaffen. Die Bestimmung im Punkt 2.1.1. der Ausschreibungsunterlagen würde diesen Verträgen widersprechen. Es liege daher ein weiterer zwingender Widerrufsgrund iSv Paragraph 138, Absatz eins, BVergG vor.

Der Mengenvordersatz "Jahresbedarf in Liter" führe zu einer Diskriminierung, zumal die relevanten Produkte der potentiellen Bieter einen unterschiedlichen Gehalt an Eiweiß sowie Mikronährstoffen aufweisen würden. Es werde dadurch der Wettbewerbsgrundsatz sowie der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote verletzt. Der Proteingehalt der angebotenen Produkte könnte sich bis zu 25 % unterscheiden. Da nur die Energiedichte der angebotenen Produkte bei der Bewertung Berücksichtigung finde, würden bei der Position 3.3. im Produktkatalog mit der Überschrift "proteinreich" bei der Preisbewertung jene Produkte besser abschneiden, die eine geringere Menge an Eiweiß enthalten würden. Patienten könnten dadurch mit Eiweiß unterversorgt werden. Bei den Mikronährstoffen könnten sich sogar aufgrund unterschiedlicher Zusammensetzungen Unterschiede von 200-300 % ergeben. Die nur auf den Mengenvordersatz und die Energiedichte abstellende, jedoch den tatsächlichen Proteinbedarf unberücksichtigt lassende Preisermittlungsmethode sei daher als diskriminierend einzustufen.

Die im Punkt 3.1 der Ausschreibungsunterlagen enthaltene Verschwiegenheitspflicht gegenüber Dritten verstoße gegen das Recht auf freie Anwaltswahl bzw. § 10 Abs. 5 AVG. Die im Punkt 3.1 der Ausschreibungsunterlagen enthaltene Verschwiegenheitspflicht gegenüber Dritten verstoße gegen das Recht auf freie Anwaltswahl bzw. Paragraph 10, Absatz 5, AVG. Die im Punkt

1.4.4. lit.a der Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Mindestdeckungssumme von Euro 3 Millionen als Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung sei im Hinblick auf § 74 Abs. 1 Z 2 BVergG überschießend. Ein nur für das Los 10 (Auftragswert weniger als Euro xxx) bietender Bieter hätte unangemessener Weise ebenfalls den Nachweis in der genannten Höhe zu erbringen. Aber auch der Zeitpunkt für die Erbringung des Nachweises der aufrechten Berufshaftpflichtversicherung (Punkt 1.4.4. lit.a bei der Angebotsabgabe) sei überschießend. Eine Deckungszusage zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei auch ausreichend. 1.4.4. Litera a, der Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Mindestdeckungssumme von Euro 3 Millionen als Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung sei im Hinblick auf Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG überschießend. Ein nur für das Los 10 (Auftragswert weniger als Euro xxx) bietender Bieter hätte unangemessener Weise ebenfalls den Nachweis in der genannten Höhe zu erbringen. Aber auch der Zeitpunkt für die Erbringung des Nachweises der aufrechten Berufshaftpflichtversicherung (Punkt 1.4.4. Litera a, bei der Angebotsabgabe) sei überschießend. Eine Deckungszusage zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei auch ausreichend.

Unangemessen sei auch die Höhe des Gesamtumsatzes von zumindest Euro xxx durchschnittlich pro Jahr über eine dreijährige Zeitspanne (Punkt 1.4.4. lit.c) im Hinblick auf die Teilvergabe pro Los und den unter Euro xxx liegenden Auftragswert von Los 10. Diese Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen widerspreche § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG, wonach auf die Auftragshöhe abzustimmen sei. Unangemessen sei auch die Höhe des Gesamtumsatzes von zumindest Euro xxx durchschnittlich pro Jahr über eine dreijährige Zeitspanne (Punkt 1.4.4. Litera c,) im Hinblick auf die Teilvergabe pro Los und den unter Euro xxx liegenden Auftragswert von Los 10. Diese Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen widerspreche Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, wonach auf die Auftragshöhe abzustimmen sei.

Unzulässig sei auch die Forderung in den Ausschreibungsunterlagen, eine Erklärung über den Gesamtumsatz und eine Referenzliste "mit dem Angebot abzugeben" (Punkt 1.4.4. lit.c und 1.4.5). Diese Forderung stehe nicht in Einklang mit dem in § 70 Abs. 2 BVergG verankertem Recht des Bieters auf Vorlage einer Eigenerklärung bzw. § 70 Abs. 3 leg cit. Unzulässig sei auch die Forderung in den Ausschreibungsunterlagen, eine Erklärung über den Gesamtumsatz und eine Referenzliste "mit dem Angebot abzugeben" (Punkt 1.4.4. Litera c und 1.4.5). Diese Forderung stehe nicht in Einklang mit dem in Paragraph 70, Absatz 2, BVergG verankertem Recht des Bieters auf Vorlage einer Eigenerklärung bzw. Paragraph 70, Absatz 3, leg cit.

Ein "ohne weitere Prüfung" vorgesehenes Ausscheiden eines unvollständigen Angebotes sowie eines Angebotes mit eigenmächtigen Erklärungen und/oder Vorbehalten des Bieters (Punkt 1.10.2) stehe im Widerspruch zur Aufklärungspflicht des Auftraggebers gemäß § 126 Abs. 1 BVergG. Auch die Möglichkeit der Mängelbehebung durch den Bieter gemäß § 126 Abs. 7 BVergG werde dadurch unzulässiger Weise ausgeschlossen. Ebenso sei die im Punkt 1.11.4. der Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Ermächtigung des Auftraggebers zur Angebotsänderung über eine

Ausschreibungsberichtigung rechtswidrig. Ein "ohne weitere Prüfung" vorgesehenes Ausscheiden eines unvollständigen Angebotes sowie eines Angebotes mit eigenmächtigen Erklärungen und/oder Vorbehalten des Bieters (Punkt 1.10.2) stehe im Widerspruch zur Aufklärungspflicht des Auftraggebers gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG. Auch die Möglichkeit der Mängelbehebung durch den Bieter gemäß Paragraph 126, Absatz 7, BVergG werde dadurch unzulässiger Weise ausgeschlossen. Ebenso sei die im Punkt 1.11.4. der Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Ermächtigung des Auftraggebers zur Angebotsänderung über eine Ausschreibungsberichtigung rechtswidrig.

Entgegen den Bestimmungen des § 19 Abs. 5 BVergG und der Judikatur des EuGH würden in der Ausschreibung ökologische Aspekte nicht berücksichtigt. Dies betreffe insbesondere die ausgeschriebene Transportleistung (Punkt 1.17.1). Ein effizientes und umweltgerechtes Transport- und Versorgungssystem bleibe bei der Bewertung unberücksichtigt. Im Unterschied zu Glasbehältnissen hätten Kunststoffbehältnisse eine erheblich günstigere Energie- und CO₂-Bilanz, sodass eine Gleichbehandlung von Kunststoff- und Glasbehältnisse gegen § 19 Abs. 5 BVergG verstoße. Zudem würden kleine Verpackungseinheiten (max. 500ml), die gemäß den Ausschreibungsunterlagen besser bewertet würden (Punkt 1.17.4), größere Abfallmengen an Verpackungsmaterial verursachen als größere Verpackungseinheiten. Die Leistungsbeschreibung steht daher nicht im Einklang mit § 19 Abs. 5 bzw § 96 Abs. 6 BVergG. Entgegen den Bestimmungen des Paragraph 19, Absatz 5, BVergG und der Judikatur des EuGH würden in der Ausschreibung ökologische Aspekte nicht berücksichtigt. Dies betreffe insbesondere die ausgeschriebene Transportleistung (Punkt 1.17.1). Ein effizientes und umweltgerechtes Transport- und Versorgungssystem bleibe bei der Bewertung unberücksichtigt. Im Unterschied zu Glasbehältnissen hätten Kunststoffbehältnisse eine erheblich günstigere Energie- und CO₂-Bilanz, sodass eine Gleichbehandlung von Kunststoff- und Glasbehältnisse gegen Paragraph 19, Absatz 5, BVergG verstoße. Zudem würden kleine Verpackungseinheiten (max. 500ml), die gemäß den Ausschreibungsunterlagen besser bewertet würden (Punkt 1.17.4), größere Abfallmengen an Verpackungsmaterial verursachen als größere Verpackungseinheiten. Die Leistungsbeschreibung steht daher nicht im Einklang mit Paragraph 19, Absatz 5, bzw Paragraph 96, Absatz 6, BVergG.

Die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Beschreibung der Schulungsleistungen (Punkt 3.3.2.) umfasse weder die Dauer mit einem Leistungsausmaß, noch den genauen Schulungsumfang mit Inhalt und Wissensstand. Damit sei eine Preiskalkulation unmöglich und eine Vergleichbarkeit der Angebote ausgeschlossen. Unzumutbare und unkalkulierbare Risiken iSv § 79 Abs. 3 BVergG würden auf den Bieter überwälzt. Die Bewertung der Schulungsleistungen sei nicht nachvollziehbar, zumal die Festlegung, wieviele Schulungen notwendig seien, willkürlich getroffen worden sei. Die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Beschreibung der Schulungsleistungen (Punkt 3.3.2.) umfasse weder die Dauer mit einem Leistungsausmaß, noch den genauen Schulungsumfang mit Inhalt und Wissensstand. Damit sei eine Preiskalkulation unmöglich und eine Vergleichbarkeit der Angebote ausgeschlossen. Unzumutbare und unkalkulierbare Risiken iSv Paragraph 79, Absatz 3, BVergG würden auf den Bieter überwälzt. Die Bewertung der Schulungsleistungen sei nicht nachvollziehbar, zumal die Festlegung, wieviele Schulungen notwendig seien, willkürlich getroffen worden sei.

Beim Zuschlagskriterium "Geschmacksrichtungen Trinknahrung" (Punkt 1.17.3) sei der bewertungsrelevante Aspekt "Karton" völlig unklar und nicht näher hinsichtlich Größe, Anzahl oder Zusammensetzung spezifiziert. Eine Bestbieterermittlung sei daher nicht möglich.

Unkalkulierbar sei auch die Notlieferung in Ausnahmefällen (2.3.6), die eine direkte Beauftragung durch Dritte (z.B. Arzt) vorsehe, und vom Auftraggeber nur im Fall seiner nachträglichen Zustimmung bezahlt würden. Durch den uneingeschränkten Ermessensspielraum für den Auftraggeber würden unzumutbare und unkalkulierbare Risiken iSv § 78 Abs. 3 BVergG auf die Bieter überwälzt. Unkalkulierbar sei auch die Notlieferung in Ausnahmefällen (2.3.6), die eine direkte Beauftragung durch Dritte (z.B. Arzt) vorsehe, und vom Auftraggeber nur im Fall seiner nachträglichen Zustimmung bezahlt würden. Durch den uneingeschränkten Ermessensspielraum für den Auftraggeber würden unzumutbare und unkalkulierbare Risiken iSv Paragraph 78, Absatz 3, BVergG auf die Bieter überwälzt.

Die Bestimmung im Punkt 2.7.5 der Ausschreibungsunterlagen mit der verankerten Rücktrittsmöglichkeit des Auftraggebers im Fall der Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers widerspreche § 25 Abs. 2 IO. Rechtswidriger Weise würden auch im Punkt 2.5.5 der Ausschreibungsunterlagen Mehrkosten des Auftraggebers im Fall der Vertragsauflösung auf den Bieter überwälzt. Von einem unkalkulierbaren Risiko des Auftragnehmers insbesondere im Hinblick auf die hinzukommende Geldbuße iSd § 334 BVergG sei im Fall einer

unzulässiger Direktvergabe durch den Auftraggeber an einen neuen Auftragnehmer auszugehen. Als rechtswidrig sei auch die Leistungsbeschreibung zu den Mindestinhaltsstoffen zu qualifizieren (Punkt 3.3.1.). Unklar sei, ob neben den Mindestinhaltsstoffen auch Maximalinhaltsstoffe einzuhalten seien. Überschießend sei auch die Regelung, die ein Ausscheiden des ganzen Angebotes vorsehe, wenn lediglich ein einziges Los mit einem Ausscheidungsgrund behaftet sei (1.15). Diese Bestimmung sei mit einem unkalkulierbaren Risiko verbunden. Die Möglichkeit der Mehrfachbenennung von Produkten in den Bieterlücken (Punkt 3.3.3) widerspreche der Judikatur und stehe nicht in Einklang mit § 19 Abs. 1 BVergG. Die Bestimmung im Punkt 2.7.5 der Ausschreibungsunterlagen mit der verankerten Rücktrittsmöglichkeit des Auftraggebers im Fall der Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers widerspreche Paragraph 25, Absatz 2, IO. Rechtswidriger Weise würden auch im Punkt 2.5.5 der Ausschreibungsunterlagen Mehrkosten des Auftraggebers im Fall der Vertragsauflösung auf den Bieter überwälzt. Von einem unkalkulierbaren Risiko des Auftragnehmers insbesondere im Hinblick auf die hinzukommende Geldbuße iSd Paragraph 334, BVergG sei im Fall einer unzulässiger Direktvergabe durch den Auftraggeber an einen neuen Auftragnehmer auszugehen. Als rechtswidrig sei auch die Leistungsbeschreibung zu den Mindestinhaltsstoffen zu qualifizieren (Punkt 3.3.1.). Unklar sei, ob neben den Mindestinhaltsstoffen auch Maximalinhaltsstoffe einzuhalten seien. Überschießend sei auch die Regelung, die ein Ausscheiden des ganzen Angebotes vorsehe, wenn lediglich ein einziges Los mit einem Ausscheidungsgrund behaftet sei (1.15). Diese Bestimmung sei mit einem unkalkulierbaren Risiko verbunden. Die Möglichkeit der Mehrfachbenennung von Produkten in den Bieterlücken (Punkt 3.3.3) widerspreche der Judikatur und stehe nicht in Einklang mit Paragraph 19, Absatz eins, BVergG.

Die Ausschreibungsunterlagen (Punkt 4.1.) würden auch falsche Mengenangaben enthalten, die eine seriöse Angebotskalkulation ausschließen würden. Während sich bei Los 2 ein Volumen von 6,3 l pro Überleitgerät ergebe, sei bei Los 9 ein Volumen von 1,4 l pro Überleitgerät vorgesehen. Solche erhebliche Mengenunterschiede zwischen dem Bundesland Niederösterreich mit einem 4,5 fachen größerem Volumen an Sondernahrung pro Überleitgerät als dem Bundesland Vorarlberg seien nicht nachvollziehbar. Ein Vergleich mit anderen Losen zeige ebenfalls eindeutig Abweichungen.

Da die Leistungsbeschreibung keine Beschaffung von Ernährungspumpen umfasse, die für eine Verabreichung der Sonden- und Trinknahrung notwendig seien, sei diese unvollständig und widerspreche § 96 Abs. 1 BVergG sowie § 22 Abs. 1 leg cit. Der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Ausschluss der gleichzeitigen Beteiligung als Bieter und Lieferant bzw als Subunternehmer (Punkt 1.7) sei aufgrund der Teilvergabe in Lose, wonach die beteiligten Unternehmen dasselbe Los oder andere unterschiedliche Lose anbieten könnten, überschießend. Im Gegensatz zum Begriff "energiereich" (Punkt 3.6) mit einem Proteingehalt von mind. 8,5 g/100ml werde der Begriff "proteinreich" nicht in den Erläuterungen zum Produktkatalog definiert. Es ergebe sich damit ein Widerspruch mit der Legaldefinition "proteinreich" gemäß VO 1924/2006/EG über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, die auf einen Proteinanteil von mindestens 20 % des gesamten Brennwertes des Lebensmittels abstelle. Der in der Ausschreibung genannte Proteingehalt betrage aber nicht mindestens 20 % des gesamten Brennwertes. Der erforderliche Proteingehalt eines ausschreibungskonformen Produktes sei damit unklar. Da die Leistungsbeschreibung keine Beschaffung von Ernährungspumpen umfasse, die für eine Verabreichung der Sonden- und Trinknahrung notwendig seien, sei diese unvollständig und widerspreche Paragraph 96, Absatz eins, BVergG sowie Paragraph 22, Absatz eins, leg cit. Der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Ausschluss der gleichzeitigen Beteiligung als Bieter und Lieferant bzw als Subunternehmer (Punkt 1.7) sei aufgrund der Teilvergabe in Lose, wonach die beteiligten Unternehmen dasselbe Los oder andere unterschiedliche Lose anbieten könnten, überschießend. Im Gegensatz zum Begriff "energiereich" (Punkt 3.6) mit einem Proteingehalt von mind. 8,5 g/100ml werde der Begriff "proteinreich" nicht in den Erläuterungen zum Produktkatalog definiert. Es ergebe sich damit ein Widerspruch mit der Legaldefinition "proteinreich" gemäß VO 1924/2006/EG über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, die auf einen Proteinanteil von mindestens 20 % des gesamten Brennwertes des Lebensmittels abstelle. Der in der Ausschreibung genannte Proteingehalt betrage aber nicht mindestens 20 % des gesamten Brennwertes. Der erforderliche Proteingehalt eines ausschreibungskonformen Produktes sei damit unklar.

Unklar und unzureichend sei die Regelung zur technischen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen (Punkt 1.4.5.). Fraglich sei, ob beim relevanten Zeitraum "innerhalb der letzten drei Jahre" auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder der Leistungserbringung abzustellen sei. Der herangezogene Begriff "Trinknahrung" sei nicht im Sinne des Leistungsverzeichnisses spezifiziert. Vielmehr sei

darunter jegliche Trinknahrung - wie beispielsweise Jogurt -

zu verstehen. Ebenso wenig sei der Begriff "Referenzprojekt" für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in Form der Angabe einer bestimmten Menge definiert. Damit könnte auch ein Bieter, der in 12 Monaten zweimal eine unbestimmte Menge an Jogurt an einen Supermarkt geliefert habe, den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbringen.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt.

Insbesondere seien folgende Rechte verletzt: Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung der Bieter, auf Festlegung vergaberechtskonformer, kalkulierbarer und nichtdiskriminierender Ausschreibungsbedingungen, auf Bewertung vergleichbarer Angebote; auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes sowie auf Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Bestbieter. Gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechende Interessen der Auftraggeber, der übrigen Mitbieter oder ein besonderes öffentliches Interesse würden nicht vorliegen. Ebenso wenig würden Leib und Leben oder Eigentum durch die beantragte einstweilige Verfügung gefährdet. Ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens sei nicht gegeben.

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 die Auftraggeber ein Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens hätten, 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 Verfügungsgründung 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.

Im Ergebnis ist 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 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 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 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 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

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 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 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 - 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 - 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