

TE Verg Bescheid 2012/3/6 N/0025-BVA/14/2012-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.03.2012

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, 3. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 4. Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 5. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 6. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch die vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH, Dresdnerstraße 45, 1200 Wien, diese vertreten durch die X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 24.2.2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 27.2.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden-

und Trinknahrung inkl. Zubehör" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, 3. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 4. Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 5. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 6. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch die vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH, Dresdnerstraße 45, 1200 Wien, diese vertreten durch die X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 24.2.2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 27.2.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "den Lauf der Angebotsfrist auszusetzen und den Antragsgegnerinnen die Öffnung der Angebote zum Abschluss der Rahmenvereinbarung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen", wird stattgegeben.

Der Lauf der Angebotsfrist wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

Den Auftraggebern wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Angebote zum Abschluss der Rahmenvereinbarung untersagt.

Begründung

Die A***, vertreten durch Y*** (im Folgenden Antragsteller), brachte mit E-Mail vom 24.2.2012, beim Bundesvergabeamt außerhalb der Amtsstunden eingelangt, den im Spruch wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Weiters wurden Anträge auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht und auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gestellt. Mit E-Mail vom 27.2.2012 brachte der Antragsteller einen ergänzenden Schriftsatz zu seinem Nachprüfungsantrag ein. Mit E-Mail vom 1.3.2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 2.3.2012, stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erstattung der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit E-Mail vom 5.3.2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 6.3.2012, brachte der Antragsteller einen weiteren ergänzenden Schriftsatz zu seinem Nachprüfungsantrag ein.

In seinem Nachprüfungsantrag vom 24.2.2012 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Bei den ausgeschriebenen Produkten würde es sich um nahezu den gesamten Produktkatalog im Bereich der Sonden- und Trinknahrung handeln. Die Produkte würden von unterschiedlichen Herstellern in unterschiedlicher Qualität erzeugt und angeboten werden. Die Produkte würden sich dabei grundsätzlich in ihrer Zusammensetzung (zB. Anteil an Ballaststoffen, Proteinen, Fetten, Glukosetoleranz, laktosefrei etc) und in ihrer Wirkungsweise (zB. zum Aufbau und zur Kräftigung der Darmmukosa, bei gestörter Fettverdauung oder Fettresorption etc), aber auch in Bezug auf das Alter der zu versorgenden Patienten (zB. Kinder) unterscheiden. Gegenständlich werde ein Auftragsvolumen von jährlich ca. 4 bis 4,5 Mio Euro ausgeschrieben. Die Auswahl des Partners der Rahmenvereinbarung solle nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen.

Der Antragsteller sei als Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns einer der führenden Anbieter von Produkten und Dienstleistungen der enteralen Ernährung einschließlich Trinknahrung in Österreich und ausschließlich in Österreich tätig. Er habe sein Interesse an der gegenständlichen Ausschreibung durch den Bezug der Ausschreibungsunterlagen und durch Anfragen an die Auftraggeber hiezu bekundet.

Das Vergabeverfahren werde als offenes Verfahren durchgeführt. Die Ausschreibung sei am 20.1.2012 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden.

Es würden die Ausschreibung zur Gänze sowie die Mitteilungen der Antragsgegnerinnen vom 31.1.2012 bzw. 22.2.2012 als sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist, in eventu folgende Bestimmungen der Ausschreibung, angefochten: Pkt. 1.1 Ausschreibungsgegenstand; Pkt. 1.4.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit; Pkt. 1.6 Zulässigkeit von Bietergemeinschaften; Pkt. 1.15 Gesamt-/Teilvergabe; Pkt. 1.17 Preise; Pkt. 2.1.1 Fehlende Mindestabnahmemenge; Pkt. 2.4 Abänderungen von Leistungen; Pkt. 2.5.6 Zwei Zustellversuche ohne Mehrkosten; Pkt. 2.11.1 Zahlung binnen 30 Tagen unter Abzug von 3% Skonto; Pkt. 3.3.1 Produkthanforderung; Pkt. 3.3.2 Versorgungsmanagement/Fachberatung; Pkt. 3.3.3 Lieferzeit; Pkt. 3.3.4 Optionale Teilvergabe; Pkt. 3.4 Abschluss der

Rahmenvereinbarung/Angebotsbewertung (inkl. 2. Fragenbeantwortung); Pkt. 4 Summenblatt in EUR; Pkt. 5 Erklärung des Bieters; Anhang 1 Produktkatalog zur Gänze, in eventuelle; Anhang 1 Pos. 1.3; Anhang 1 Pos.1.4; Anhang 1 Pos. 1.5; Anhang 1 Pos. 1.6; Anhang 1 Pos. 1.7; Anhang 1 Pos. 2.1 - 2.3; Anhang 1 Pos. 3-1 - 3-4; Anhang 1 Pos. 3.6; Anhang 1 Pos. 4.4; Anhang 1 Pos. 4.7; Anhang 1 Pos. 5.1 - 5.6; Anhang 1 Pos. 6.4; Anhang 1 Pos. 6.7.

Der Antragsteller benötige den ausgeschriebenen Auftrag u.a. zur Auslastung seines medizinischen Fachpersonals des gehobenen Dienstes für Gesundheit- und Krankenpflege. Der Verlust des ausgeschriebenen Auftrags, der ca. 50% des Bedarfs im Bereich Homecare an den ausgeschriebenen Artikeln betreffe, würde für den Antragsteller einen schweren wirtschaftlichen Schaden darstellen. Bei Verlust des ausgeschriebenen Auftrages müsste sich der Antragsteller aus dem Markt zurück ziehen, da der Bedarf durch die Antragsgegnerinnen für die Dauer des Auftrages (3 Jahre) von einem einzigen, maximal 2 Auftragnehmern - wobei das Auftragsvolumen für Los 2 nicht ins Gewicht falle - bedient würde. In jedem Fall würden bisherige Investitionskosten frustriert und dem Unternehmer ein Schaden durch Überkapazitäten sowie Abbau dieser Überkapazitäten entstehen. Dem Antragsteller würde bei Verlust des Auftrags ein unmittelbarer Schaden in Gestalt eines - in seinem Schriftsatz an das Bundesvergabeamt ziffernmäßig angegebenen - Gewinnentganges entstehen. Zudem würde dem Antragsteller ein wichtiges Referenzprojekt entgehen. Hinzu kämen die Kosten für die Bearbeitung der Ausschreibungsunterlagen sowie die Kosten der Rechtsberatung und Rechtsvertretung.

Der Antragsteller erachte 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.

Im Einzelnen erachte sich der Antragsteller in folgenden Rechten verletzt:

Auf Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung, auf Transparenz der Angebotsbestimmungen, insbesondere des Leistungsverzeichnisses sowie des Leistungsgegenstandes, im Verbot der Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken durch Unterlassung von Festlegungen, mit denen den Bietern nichtkalkulierbare Risiken überwältzt werden, auf Vergleichbarkeit der Angebote auf Grund hinreichend konkreter Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, auf Festlegung vergaberechtskonformer Zuschlagskriterien, auf Einhaltung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes, in seinem Recht auf Vergabe zu angemessenen Preisen - Unterlassung der Förderung spekulativer Angebote, in seinem Recht auf Teilvergabe, in seinem Recht auf Vergabe an leistungsfähige Unternehmen sowie auf vergaberechtskonforme Festlegung von Eignungskriterien, in seinem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über die Preisbildung und der Bestimmungen betreffend die Leistungsbeschreibung, im Verbot der missbräuchlichen Verwendung der Rahmenvereinbarung, in seinem Recht auf vergaberechtskonforme Festlegung der optionalen Teilvergabe, vergaberechtskonforme Subunternehmerregelung und in seinem Recht auf gesetzeskonforme Bildung von Bietergemeinschaften.

Rechtswidrigkeiten:

- -Strichaufzählung

Unklare und somit diskriminierende Ausschreibungsbedingungen, die einer Kalkulierbarkeit und Vergleichbarkeit der Angebote entgegenstehen würden:

Fehlende Vergleichbarkeit der Angebote aufgrund unterschiedlicher Mehrwertsteuersätze:

Die Antragsgegnerinnen als Endabnehmer der Produkte der Sparte Sonden- und Trinknahrung seien zum überwiegenden Teil nicht vorsteuerabzugsberechtigt. Im Hinblick auf den bestehenden Wettbewerb sei es von erheblicher Bedeutung, ob auf die ausgeschriebenen Produkte der Sonden- und Trinknahrung der Umsatzsteuersatz von 20% oder der ermäßigte Steuersatz von 10% anzuwenden sei. Die steuersatzmäßige Zuordnung der verschiedenen Produkte sei unter Anderem von deren genauer Zusammensetzung abhängig. Die Bieter würden unterschiedliche Steuersätze verrechnen. Die Angebote seien daher aus diesem Grund nicht vergleichbar und die Ausschreibung bereits aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Unzureichende Spezifikation der zu liefernden Produkte:

Es gebe keinen gesetzlichen Mindeststandard zB. für Ballaststoffe und sonstige Makroeigenschaften der ausgeschriebenen Produkte.

Gemäß Pkt. 3.3.1 der Ausschreibungsunterlage müssten die während der Dauer der Rahmenvereinbarung zu

liefernden Produkte der im Leistungsverzeichnis festgelegten Qualität und allen geforderten Spezifikationen entsprechen. Im Leistungsverzeichnis selbst würden die Zusammensetzung bzw. die ernährungstechnischen Eigenschaften der Produkte jedoch nur rudimentär und zum Teil auch nicht korrekt festgelegt, weshalb keine vergleichbaren Angebote gelegt werden könnten.

Als geforderte Mindeststandards seien die Inhaltsstoffe der ausgeschriebenen Sondennahrung im Leistungsverzeichnis mit diversen Makroeigenschaften umschrieben. Pos. 1.3 würde für ein Sondennahrungsprodukt mit der Eigenschaft "energiereich" eine Energiedichte von mindestens 1,5 kcal/ml sowie einen Ballaststoffgehalt von >0,1g/100ml vorsehen. Die bloße Vorgabe der Energiedichte würde den Mindeststandard jedoch nicht ausreichend konkretisieren, da sich die Energiedichte aus mehreren Komponenten (Kohlenhydrate, Proteine und Fett) zusammensetze. Weder die gesetzlichen Vorgaben noch die Ausschreibungsbedingungen würden die Zusammensetzung der Energiedichte so weit konkretisieren, dass vergleichbare Angebote gelegt werden könnten.

Proteinquelle, Verhältnis zwischen tierischen und pflanzlichen Proteinen in der Nahrung:

Im Anhang 1 werde die für vergleichbare Angebote essenzielle Quelle des Proteingehaltes der einzelnen Positionen nicht ausreichend spezifiziert.

Anhang 1 Pos. 5, Sondennahrung für Pädiatrie:

Auch im Bezug auf die Sondennahrung für Pädiatrie sei kein klarer und eindeutiger Qualitätsstandard, der vergleichbare Angebote sicherstelle, festgelegt.

- -Strichaufzählung

Unzulässige Wahl des Billigstbieterprinzips:

Das Billigstbieterprinzip sei nur zulässig, wenn die Ausschreibung einen klaren und eindeutigen Qualitätsstandard auf definiertem Niveau gewährleiste.

Fehlender Mindest(qualitäts)standard in Bezug auf die Inhaltsstoffe der ausgeschriebenen Produkte:

Wesentliche Angaben in Bezug auf die Zusammensetzung der angebotenen Produkte würden außer Acht gelassen. Durch das Fehlen der Angabe von Mindestbestandteilen der ausgeschriebenen Produkte sei die Leistung nicht eindeutig spezifiziert und die Vergleichbarkeit der Produkte nicht sichergestellt, weshalb die Wahl des Billigstbieterprinzips gemäß § 79 Abs. 3 BVergG unzulässig sei. Wesentliche Angaben in Bezug auf die Zusammensetzung der angebotenen Produkte würden außer Acht gelassen. Durch das Fehlen der Angabe von Mindestbestandteilen der ausgeschriebenen Produkte sei die Leistung nicht eindeutig spezifiziert und die Vergleichbarkeit der Produkte nicht sichergestellt, weshalb die Wahl des Billigstbieterprinzips gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG unzulässig sei.

Fehlender Mindest(qualitäts)standard in Bezug auf die zu erbringenden Dienstleistungen:

Abgesehen davon, dass bereits bei den ausgeschriebenen Produkten aufgrund deren Zusammensetzung bzw. Eigenschaften Qualitätsunterschiede bestünden, könne es auch bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen Qualitätsunterschiede geben (z.B. abhängig von der Anzahl der eingesetzten Mitarbeiter und deren Ausbildung und Erfahrung). Somit würde eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet sein.

Unzulässigkeit des Billigstbieterprinzips aufgrund von zu berücksichtigenden Folgekosten:

Nach der Rechtsprechung des VwGH sei die Verwendung des Billigstbieterprinzips nur zulässig, wenn neben dem Preis keine weiteren Folgekosten zu berücksichtigen seien (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0104). Dies sei aber gegenständlich nicht der Fall, da vielmehr auch die Kosten für die Lagerhaltung, die Wartung, die Ersatzteile und die Schulung im Angebotspreis mit zu berücksichtigen seien. Weiters habe der Bieter in seinem Angebot auch die von ihm garantierte Lieferzeit anzugeben, welche je nach Angebot variieren würde und nicht von Antragsgegnerinnenseite vorgegeben werde. Auch dies seien Folgekosten, die im BVergG ausdrücklich als Kriterien zur Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots genannt würden.

- -Strichaufzählung

Überwälzung unkalkulierbarer Risiken auf den Partner der Rahmenvereinbarung bzw. Auftragnehmer:

Auch im Bezug auf die Rahmenvereinbarung gelte, dass die Anforderungen des BVergG im Bezug auf die Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes bzw. der Kalkulierbarkeit und Vergleichbarkeit der Angebote zwingend zu beachten seien.

Nicht kalkulierbare Lieferbedingungen:

Der künftige Auftragnehmer sei verpflichtet, alle Anspruchsberechtigten der Antragsgegnerinnen innerhalb Österreichs flächendeckend frei Haus zu beliefern (Pkt. 2.5.1 der Ausschreibungsunterlage). Die im Leistungsverzeichnis angeführten Dienstleistungen (insbesondere das in Pkt. 3.3.2 angeführte Versorgungsmanagement/Fachberatung) seien mangels anderslautender Ausschreibungsbedingungen für alle Erfüllungsorte gleich anzubieten.

Im konkreten Fall sei die Preisbildung wesentlich von den zu erbringenden Dienstleistungen sowie von den Transportkosten abhängig, zumal der künftige Auftragnehmer verpflichtet sei, innerhalb von maximal 20 Stunden in ganz Österreich eine Bestellung frei Haus auszuführen (vgl. Pkt. 1.17.4 iVm Pkt. 3.3.3 der Ausschreibungsunterlage). Im konkreten Fall sei die Preisbildung wesentlich von den zu erbringenden Dienstleistungen sowie von den Transportkosten abhängig, zumal der künftige Auftragnehmer verpflichtet sei, innerhalb von maximal 20 Stunden in ganz Österreich eine Bestellung frei Haus auszuführen vergleiche Pkt. 1.17.4 in Verbindung mit Pkt. 3.3.3 der Ausschreibungsunterlage).

In der Ausschreibung werde vom Bieter verlangt, die Transportkosten in die Warenpreise einzurechnen, ohne dass dieser mit einer bestimmten fixen Abnahme rechnen könne. Die Ausschreibungsunterlagen würden damit keine Berechnungsgrundlage für eine seriöse und realistische Kalkulation der Transportkosten bieten. Aufgrund der Komplexität der ausgeschriebenen Leistung wäre eine Mindestabnahmemenge abzugeben.

Zwei Zustellversuche ohne Mehrkosten:

Pkt. 2.5.6 der Ausschreibungsunterlage sehe vor, dass jedenfalls zwei Zustellversuche ohne Mehrkosten vorzunehmen seien. Die Antragsgegnerinnen würden jedoch nicht angeben, wie häufig von misslungenen Zustellversuchen auszugehen sei. Dies führe dazu, dass die Bieter eigene Annahmen bezüglich der Zustellversuche treffen müssten, was wiederum nicht vergleichbare Angebote zur Folge habe.

Unrealistische und unzureichende Mengenangaben:

Den Bietern sei die Kalkulation ihrer Angebote auch deshalb nicht möglich, da die in den Ausschreibungsunterlagen angegebene benötigte Menge an Sondennahrung nicht für alle auf Sondennahrung Anspruchsberechtigten ausreichen könne.

Unzureichende Angabe der Betreuungsintensität:

In Bezug auf die Betreuung der Patienten würden wesentliche Informationen fehlen, beispielsweise wie lange ein Patient zu beliefern und wie oft er zu betreuen sei.

Mangelnde Kalkulierbarkeit des Schulungsaufwandes:

Die Ausschreibungsunterlagen würden vorsehen, dass der Auftragnehmer eine Schulung der unmittelbar an der Versorgung beteiligten Personen [...] nach Wahl der Anspruchsberechtigten im Krankenhaus, im Pflegeheim oder zu Hause durchzuführen habe (Pkt. 3.3.2).

Laut Pkt. 3.3.2 der Ausschreibungsunterlage würden die Schulungen nicht nur die Handhabung der jeweiligen Applikation (Schwerkraft-/Ernährungspumpe), sondern auch die Schulung hinsichtlich der Vorbereitung der Nahrung gemäß den Hygienevorschriften, Aufbewahrung und Haltbarkeit der Nahrung, Reinigung und Entsorgung des Materials umfassen.

Da die Sondennahrungen der jeweiligen Anbieter sich in ihrer Anwendung und Aufbewahrung unterscheiden würden, sei selbst dann eine Einschulung notwendig, wenn die Patienten bereits die Handhabung der Geräte beherrschen würden. Dies bedeute, dass z.B. auch bei Verwendung von bisherigen Pumpen entgegen der Behauptung der Antragsgegnerinnen Schulungen nötig würden.

Es sei davon auszugehen, dass die Bieter unterschiedliche Annahmen bezüglich der tatsächlich durchzuführenden Schulungen treffen würden.

Unrealistische Dauer der Umstellungsphase:

In der Fragebeantwortung vom 22.2.2012 hätten die Antragsgegnerinnen zu Antwort 15 angegeben, dass die Umstellung (bei Patienten ohne Ernährungspumpenbedarf) sukzessive innerhalb von 2 Monaten ab 1.6.2012 (Leistungsbeginn) erfolgen werde. Diese Angabe sei völlig realitäts- und praxisfremd. Bei Nahrungsumstellung müsse aufgrund der unterschiedlichen Nährwerte und Nahrungsinhaltstoffe der verschiedenen Anbieter der jeweilige Patient neu eingestellt werden. Für die Bieter werde diese Position daher nicht kalkulierbar definiert.

- -Strichaufzählung

Unzulässige vorbehaltene Gesamtvergabe:

In Pkt. 3.4 der Ausschreibungsunterlage werde den Antragsgegnerinnen die Möglichkeit eingeräumt, unter gewissen Umständen im Falle der Gewährung eines Gesamtrabattes von der Teilvergabe abzusehen. Daraus resultiere eine Ungleichbehandlung der Bieter, da der Billigstbieter entgegen dem festgelegten Zuschlagskriterium des Billigstbieterprinzips aufgrund der Möglichkeit einer Gesamtvergabe nicht zwingend den Zuschlag erhalten würde. Dies sei vor allem dann der Fall, wenn ein Bieter für ein Los kein Angebot lege und ein weiterer Bieter ein Angebot für beide Lose samt zusätzlicher Rabattierung bei Gesamtvergabe lege. Der Bieter, der eine zusätzliche Rabattierung bei einer Gesamtvergabe anbiete, würde den Zuschlag erhalten, ohne Billigstbieter zu sein.

- -Strichaufzählung

Unzulässige Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften:

Gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage sei die Bildung von Bietergemeinschaften nur zwischen solchen Marktteilnehmern zulässig, die gemeinsam die Grenzen eines Bagatellkartells nicht überschreiten würden. Dies seien 5% Marktanteil bundesweit sowie 25% Marktanteil bezogen auf einen Teilmarkt. Durch diese Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften werde aufgrund der bestehenden Marktverhältnisse im Bereich der Sonden- und Trinknahrung die Bildung einer Bietergemeinschaft auch mit Transport- und Logistikunternehmen unmöglich gemacht.

Auch hinsichtlich der Sondennahrung für Pädiatrie würden technische Gründe für eine getrennte Vergabe sprechen.

In seinen ergänzenden Schriftsätzen zum Nachprüfungsantrag vom 27.2.2012 und vom 5.3.2012 machte der Antragsteller darüber hinaus die Vergaberechtswidrigkeit der Subunternehmerregelung, unzulässige bzw. unzureichende Teilvergabe und einen Verstoß gegen Preisbildungsregelungen geltend.

Der Antragsteller erhob das vorstehend wiedergegebene, in seinem Nachprüfungsantrag vom 24.2.2012 erstattete Vorbringen auch zum Vorbringen seines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Interessenabwägung würde ein großes öffentliches Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ergeben. Besondere öffentliche Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens seien nicht gegeben. Interessen der Antragsgegnerinnen sowie allfällige Interessen von Mitbewerbern, die durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens geschädigt werden könnten, seien nicht ersichtlich.

Mit Schriftsatz vom 29.2.2012 erteilten die Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Hinsichtlich des Antrages auf Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist brachten die Auftraggeber vor, dass der Antragsteller den ihm drohenden Schaden weder der Höhe nach bezeichnet noch bescheinigt habe, weshalb die Interessenabwägung nicht zu Gunsten des Antragstellers ausfallen könne. Zum Antrag auf Untersagung der Angebotsöffnung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens teilten die Auftraggeber mit, dass gegen die Erlassung dieser einstweiligen Verfügung kein Einwand erhoben werde.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf förmlich eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG sind die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), die Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), und die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Bei allen Auftraggebern handelt es sich um Sozialversicherungsträger. Diese sind bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts, als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Als solche sind alle

Auftraggeber daher öffentliche Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, die nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (st Rspr zB VfGH 28.2.2000, B 2184/98; 25.3.2002, B 457/02; 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; 21.12.2005, 2003/04/0048; 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15; Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), die Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), und die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Bei allen Auftraggebern handelt es sich um Sozialversicherungsträger. Diese sind bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts, als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Als solche sind alle Auftraggeber daher öffentliche Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (st Rspr zB VfGH 28.2.2000, B 2184/98; 25.3.2002, B 457/02; 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; 21.12.2005, 2003/04/0048; 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15;

25.4.2006, N/0013-BVA/08/2006-73; 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026;

5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42, 10.6.2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Nach Angabe der Auftraggeber ist die gegenständliche Auftragsvergabe im Oberschwabenbereich angesiedelt. Der Auftrag soll in einem offenen Vergabeverfahren vergeben werden. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabesachverständige auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 leg.cit. 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 Bundesvergabesachverständige auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. 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.

Von einem im § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

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

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabesachverständige 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 Bundesvergabesachverständige 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 derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller in der Lage wäre, sich auf der Grundlage anderslautender Ausschreibungsbedingungen durch die Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren zu beteiligen. Die aus dem Entgang des Auftrages resultierenden Nachteile können nur durch die verfügbaren Maßnahmen abgewendet werden, da ein möglicherweise bestehender Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Dazu ist neben der Untersagung der Angebotsöffnung auch die Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist erforderlich, damit dem Bieter im Falle einer allfälligen Korrektur der Ausschreibungsunterlagen durch die Auftraggeber ausreichend Zeit zur Legung eines an die abgeänderten Ausschreibungsbedingungen angepassten Angebotes verbleibt (vgl. etwa BVA 24.6.2011, N/0054-BVA/10/2011-EV9). Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller in der Lage wäre, sich auf der Grundlage anderslautender Ausschreibungsbedingungen durch die Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren zu beteiligen. Die aus dem Entgang des Auftrages resultierenden Nachteile können nur durch die verfügbaren Maßnahmen abgewendet werden, da ein möglicherweise bestehender Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Dazu ist neben der Untersagung der Angebotsöffnung auch die Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist erforderlich, damit dem Bieter im Falle einer allfälligen Korrektur der Ausschreibungsunterlagen durch die Auftraggeber ausreichend Zeit zur Legung eines an die abgeänderten Ausschreibungsbedingungen angepassten Angebotes verbleibt (vergleiche etwa BVA 24.6.2011, N/0054-BVA/10/2011-EV9).

Der Auftraggeber hat kein öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, ersichtlich.

Allerdings besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Allerdings besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-

BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Das Bundesvergabeamt vermag nicht zu erkennen, dass der Antragsteller seinen Schaden nicht ausreichend bezeichnet haben sollte.

Der Antragsteller hat den ihm drohenden Schaden vielmehr in einer dem Gesetz und der Judikatur entsprechenden Weise dargelegt. Der Antragsteller hat den ihm aus einem Auftragsentfall zu entstehen drohenden Schaden unter anderem insofern konkretisiert, als er den aus dem Auftrag zu lukrierenden Gewinn in seinem Nachprüfungsantrag der Höhe nach angegeben hat. Nach der Judikatur des VwGH sind 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). Der Antragsteller hat den ihm drohenden Schaden vielmehr in einer dem Gesetz und der Judikatur entsprechenden Weise dargelegt. Der Antragsteller hat den ihm aus einem Auftragsentfall zu entstehen drohenden Schaden unter anderem insofern konkretisiert, als er den aus dem Auftrag zu lukrierenden Gewinn in seinem Nachprüfungsantrag der Höhe nach angegeben hat. Nach der Judikatur des VwGH sind 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).

Unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG ist zudem nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojektes. Der Antragsteller hat unter anderem auch den Verlust eines Referenzprojektes 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/Fruhmam/Thienel, § 320 Rz 7). 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. Der Antragsteller hat unter anderem auch den Verlust eines Referenzprojektes 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/Fruhmam/Thienel, Paragraph 320, Rz 7).

Bei den verfükten Maßnahmen handelt es sich um das gelindeste Mittel iSd § 329 Abs. 3 BVergG. Bei den verfükten Maßnahmen handelt es sich um das gelindeste Mittel iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

23.07.2012

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