

TE Verg Bescheid 2012/3/5 N/0022-BVA/14/2012-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.03.2012

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, 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, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, das gegenständliche Vergabeverfahren fortzusetzen und mit welcher der Ablauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird", wird insofern stattgegeben, als der Ablauf der Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt wird. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Dem Eventualantrag, "das BVA möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, die Angebotsöffnung vorzunehmen", wird stattgegeben. Den Auftraggebern wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Angebote untersagt.

Begründung

Die A***, vertreten durch Y*** (im Folgenden Antragsteller), brachte mit E-Mail vom 24.2.2012 die im Spruch wiedergegebenen Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Weiters wurden Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör", in eventu auf Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht und auf Ersatz der Pauschalgebühren gestellt. Unter einem beantragte der Antragsteller für den Fall, dass das BVA seiner Rechtsauffassung nicht folgen und die Ausschreibung nicht für nichtig erklären sollte, das Nachprüfungsverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Finanzamtes Wien 1/23, Aktenkennzahl 091/1900-BV 25, über den auf die verfahrensgegenständlichen Produkte anwendbaren Umsatzsteuersatz, auszusetzen.

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

Die Auftraggeber SVB, SVA, VAEB, BVA, BGKK, sowie die KFA hätten mit EUweiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 25.1.2012 ein offenes Vergabeverfahren betreffend die "Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" aufgrund einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich eingeleitet.

Als vergebende Stelle sei in der Ausschreibungsunterlage die SVD-Büromanagement GmbH angegeben.

Als Termin für das Ende der Angebotsfrist sei der 5.3.2012, 10.00 Uhr, festgelegt worden.

Der Antragsteller sei ein Tochterunternehmen eines weltweit führenden Lebensmittelherstellers. Sein Betätigungsfeld umfasse insbesondere die Produktion und Lieferung von Trink- und Sondennahrung sowie die dazugehörige Applikationstechnik (HealthCare Nutrition). Der Antragsteller sei in diesem Geschäftsbereich auf dem österreichischen Markt tätig, der gegenständliche Auftrag stelle für ihn in Anbetracht der beteiligten Sozialversicherungsträger, der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung, ein wesentliches Referenzprojekt dar.

Das Interesse des Antragstellers ergebe sich auch aus der Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages.

Die Auftraggeber würden aufgrund ihrer Vielzahl sowie der Zahl ihrer Anspruchsberechtigten einen erheblichen Teil der Gesamtnachfrage auf dem österreichischen Markt für Trink- und Sondennahrung abdecken. Aufgrund der rechtswidrigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage würden dem Antragsteller die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie die Ausarbeitung eines Angebotes unmöglich gemacht. Würde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage (als Ganzes) bzw. im Hinblick auf einzelne angefochtene Ausschreibungsbedingungen nicht stattgegeben, würde dem Antragsteller der aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierende Gewinn entgehen. Hiezu gab der Antragsteller eine Gewinnspanne im Ausmaß eines bestimmten

Prozentsatzes des Auftragswertes an. Darüber hinaus würde dem Antragsteller ein von diesem bezifferter Schaden in Form der Vorbereitungskosten eines Angebotes bzw. der Kosten der Teilnahme an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren entstehen. Daneben drohe der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

Der Antragsteller erachte sich durch die Ausschreibungsunterlage generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere in seinen Rechten auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauterer Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Festlegung vergaberechtskonformer und nichtdiskriminierender Ausschreibungsbedingungen, auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes, auf Angebotslegung mit einem UStkonformen Steuersatz und auf Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Bestbieter, verletzt.

Es werde daher die Ausschreibungsunterlage (als Ganzes) angefochten. In eventu würden folgende Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage angefochten:

Pkt. 1.1; Pkt. 1.17.1; Pkt. 1.17.2; Pkt. 1.17.3; Pkt. 1.3; Pkt. 1.4.4 lit d); Pkt. 2.8.5; Pkt. 3.3 betreffend die optionale Teilvergabe; Pkt. 3.3.2; Pkt. 3.3.4 betreffend die "geringste Verpackungseinheit"; Pkt. 3.3.4 betreffend die Wahl des Auftragnehmers zwischen Beutel- und Glasflaschensystemen; Pkt. 4; Pkt. 5; Pos. 2.3, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 3.4, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 3.6,; Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 4.5, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; und Pos. 4.6, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis. Pkt. 1.1; Pkt. 1.17.1; Pkt. 1.17.2; Pkt. 1.17.3; Pkt. 1.3; Pkt. 1.4.4 Litera d,); Pkt. 2.8.5; Pkt. 3.3 betreffend die optionale Teilvergabe; Pkt. 3.3.2; Pkt. 3.3.4 betreffend die "geringste Verpackungseinheit"; Pkt. 3.3.4 betreffend die Wahl des Auftragnehmers zwischen Beutel- und Glasflaschensystemen; Pkt. 4; Pkt. 5; Pos. 2.3, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 3.4, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 3.6,; Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 4.5, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; und Pos. 4.6, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis.

Zu den Rechtswidrigkeiten:

- -Strichaufzählung

Zur unrichtigen Höhe der Umsatzsteuer im Angebotspreis:

Gemäß Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage sei der Angebotspreis "zuzüglich 20% USt" anzugeben. Gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 lit.a UStG sei jedoch der ermäßigte Steuersatz in Höhe von 10% einschlägig. Die Mitbewerber des Antragstellers würden ebenfalls die niedrigere USt in Höhe von 10% verrechnen. Der Steuersatz sei daher auf die Höhe von 10% zu korrigieren. Hinsichtlich der richtigen Höhe des USt-Satzes sei ein finanzbehördliches Verfahren beim Finanzamt Wien 1/23 anhängig. Die Höhe der USt stelle eine relevante Vorfrage für die Entscheidung des BVA über die Zulässigkeit der Festlegung der Auftraggeber in Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage dar. Gemäß Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage sei der Angebotspreis "zuzüglich 20% USt" anzugeben. Gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, UStG sei jedoch der ermäßigte Steuersatz in Höhe von 10% einschlägig. Die Mitbewerber des Antragstellers würden ebenfalls die niedrigere USt in Höhe von 10% verrechnen. Der Steuersatz sei daher auf die Höhe von 10% zu korrigieren. Hinsichtlich der richtigen Höhe des USt-Satzes sei ein finanzbehördliches Verfahren beim Finanzamt Wien 1/23 anhängig. Die Höhe der USt stelle eine relevante Vorfrage für die Entscheidung des BVA über die Zulässigkeit der Festlegung der Auftraggeber in Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage dar.

- -Strichaufzählung

Zum Verstoß gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz:

§ 19 Abs. 1 BVergG verpflichte den Auftraggeber zu einer Leistungsbeschreibung, aufgrund derer möglichst viele Unternehmer Angebote legen könnten, sodass ein echter Wettbewerb gewährleistet werde. Werde der Bieterkreis durch eine Ausschreibungsbestimmung beträchtlich eingeschränkt, sei hierfür eine sachliche Rechtfertigung notwendig. Die Rechtfertigung habe bereits bei "ungewöhnlichen Spezifikationen" zu erfolgen, die von einer größeren Anzahl von Herstellern nicht angeboten werden könnten. Es sei relevant, ob die Spezifikationen tatsächlich notwendig seien. Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verpflichte den Auftraggeber zu einer Leistungsbeschreibung, aufgrund derer möglichst viele Unternehmer Angebote legen könnten, sodass ein echter Wettbewerb gewährleistet werde. Werde der Bieterkreis durch eine Ausschreibungsbestimmung beträchtlich eingeschränkt, sei hierfür eine sachliche Rechtfertigung notwendig. Die Rechtfertigung habe bereits bei "ungewöhnlichen Spezifikationen" zu erfolgen, die von einer größeren Anzahl von Herstellern nicht angeboten werden könnten. Es sei relevant, ob die Spezifikationen tatsächlich notwendig seien.

Diskriminierende technische Spezifikationen:

Im Zusammenhang mit der Festlegung technischer Spezifikationen werde in § 96 BVergG ein zweifaches Missbrauchsverbot normiert. Einerseits sei die Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Andererseits dürfe die Leistung nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden. In diesem Sinne habe das BVA festgehalten, dass die Ausrichtung der Leistungsbeschreibung nach bestimmten Firmenerzeugnissen grundsätzlich den Grundsatz des freien Wettbewerbes verletze. Im Zusammenhang mit der Festlegung technischer Spezifikationen werde in Paragraph 96, BVergG ein zweifaches Missbrauchsverbot normiert. Einerseits sei die Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Andererseits dürfe die Leistung nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden. In diesem Sinne habe das BVA festgehalten, dass die Ausrichtung der Leistungsbeschreibung nach bestimmten Firmenerzeugnissen grundsätzlich den Grundsatz des freien Wettbewerbes verletze.

Laut Anhang 1 zum LV beinhalte der Produktkatalog die Positionen 2.3, 3.4, 3.6 sowie 4.6, die nur von einem einzigen bzw. höchstens zwei Unternehmen angeboten werden könnten.

Die Leerbeutel in Position 4.5 seien zudem für die Leistungserbringung nicht erforderlich. Für die gegenständlichen Spezifikationen liege keine sachliche Rechtfertigung vor.

Am relevanten Markt für die Trink- und Sondennahrung seien lediglich 4 Hersteller tätig. Obwohl der Antragsteller über einen erheblichen Marktanteil verfüge, könne er die Produkte in den angeführten Positionen nicht anbieten.

Aufgrund der Einschränkung von Bietergemeinschaften gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage scheide auch die Bildung einer Bietergemeinschaft zwischen den Unternehmern aus, da dadurch der Marktanteil für Bagatellkartelle überschritten würde.

Auch eine Lieferung von nicht im eigenen Produktportfolio befindlicher Produkte unter Rückgriff auf Subunternehmer bzw. Lieferanten komme nicht in Betracht, da ein Vertrieb von Fremdprodukten anderer Hersteller schon aus Gründen der Markenpolitik nicht möglich wäre. Selbst wenn man den Unternehmern den Vertrieb von Produkten einer anderen Marke zumuten würde, wären diese Unternehmer bei Teilnahme an der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung durch höhere Kosten aufgrund des Zukaufs von Fremdprodukten bei Konkurrenzunternehmen und durch einen Mehraufwand in den Bereichen Logistik/Lagerhaltung benachteiligt. Hinsichtlich der angeführten diskriminierenden Spezifikationen sei auch das Anbieten von Schulungsleistungen betreffend Fremdprodukte nicht möglich. Es fehle am erforderlichen Know-How. Überdies wäre das Haftungsrisiko groß.

Die Beibehaltung der gegenständlichen Leistungsbeschreibung (Produktkatalog) würde daher zu wesentlich weniger bzw. zumindest wesentlich teureren Angeboten als bei einer marktkonformen Zusammensetzung des Leistungskataloges führen. Durch die marktfremde Einbeziehung der Positionen 2.3, 3.4, 3.6, 4.5 sowie 4.6 in den Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis werde der Wettbewerb unzulässiger Weise eingeschränkt.

Unzulässige Gewährung eines zusätzlichen Rabattes bei Angebotslegung in beiden Losen:

Gemäß § 96 Abs. 3 BVergG dürfe die Leistung nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden. Gemäß Paragraph 96, Absatz 3, BVergG dürfe die Leistung nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden.

Gemäß Pkt. 3.3.4 und gemäß Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage sowie laut den Fragebeantwortungen 2 und 3 könnten Bieter für den Fall der Angebotslegung in beiden Losen einen zusätzlichen Rabatt gewähren. Gemäß Pkt. 1.15 betreffe das Los 2 die Lieferung der Sonden- und Trinknahrung in der Pädiatrie samt Applikationsgeräten inkl. Zubehör sowie die Erbringung der damit zusammenhängenden Dienstleistungen.

Die (unsachliche) Bevorzugung von Bietern, welche das Los 2 anbieten könnten, werde durch die Festlegung in Pkt. 1.4.4 lit.d der Ausschreibungsunterlage verdeutlicht. Demnach habe die Bankgarantie im Falle der Legung eines Teilangebotes im Los 1 eine Höhe von Euro 150.000,-- , im Falle der Legung eines Teilangebotes im Los 2 lediglich Euro 3.000,-- aufzuweisen. Die (unsachliche) Bevorzugung von Bietern, welche das Los 2 anbieten könnten, werde durch die Festlegung in Pkt. 1.4.4 Litera d, der Ausschreibungsunterlage verdeutlicht. Demnach habe die Bankgarantie im Falle der Legung eines Teilangebotes im Los 1 eine Höhe von Euro 150.000,-- , im Falle der Legung eines Teilangebotes im Los 2 lediglich Euro 3.000,-- aufzuweisen.

Da konkret Los 2 nur von 2 Unternehmern angeboten werden könne, könnten diese Bieter aufgrund des mangelnden Wettbewerbs im Los 2 eine Quersubventionierung ihres Angebotes im Los 1 vornehmen. Die Möglichkeit der Gewährung eines zusätzlichen Rabattes im Falle der Angebotslegung in beiden Losen führe zu einer massiven Wettbewerbsverzehrung.

Unzulässige Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften:

Gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage sei die Bildung von Bietergemeinschaften dann unzulässig, wenn die betreffenden Marktteilnehmer gemeinsam die Grenzen eines Bagatellkartells überschreiten würden (d.h. 5% Marktanteil bundesweit sowie 25% Marktanteil bezogen auf einen Teilmarkt). Die gegenständliche Regelung sei überschießend, da sie die Beteiligung jeder Bietergemeinschaft mit einem Marktanteil von über 5% pauschal untersage. Es werde danach differenziert, ob durch die Bildung einer Bietergemeinschaft der faire und lautere Wettbewerb verletzt werde. Gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG seien nur Angebote von solchen Bietern auszuschneiden, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßende Abreden getroffen hätten. Dies wäre aufgrund der bloßen Gründung einer Bietergemeinschaft etwa dann der Fall, wenn jedes der Mitglieder der Bietergemeinschaft das Angebot auch alleine legen könnte. Durch die pauschale Untersagung der Bildung von Bietergemeinschaften mit einem Marktanteil von über 5% werde gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen. Im konkreten Fall könne der Antragsteller aufgrund der wettbewerbswidrigen Leistungsbeschreibung alleine kein aussichtsreiches Angebot legen. Durch die Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften sei es ihm auch nicht möglich, eine Bietergemeinschaft zu gründen. Der gegenständliche Auftrag könne - wenn überhaupt - von höchstens 4 Unternehmen (teilweise) ausgeführt werden. Aufgrund der Marktverhältnisse im Bereich der Sonden- und Trinknahrung werde die festgelegte Bagatellgrenze gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage von jedem potenziellen Bieter überschritten. Die Bildung einer Bietergemeinschaft wäre daher für jedes dieser Unternehmen unmöglich. Selbst mit Transport- bzw. Logistikunternehmen könnte keine Bietergemeinschaft eingegangen werden. Gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage sei die Bildung von Bietergemeinschaften dann unzulässig, wenn die betreffenden Marktteilnehmer gemeinsam die Grenzen eines Bagatellkartells überschreiten würden (d.h. 5% Marktanteil bundesweit sowie 25% Marktanteil bezogen auf einen Teilmarkt). Die gegenständliche Regelung sei überschießend, da sie die Beteiligung jeder Bietergemeinschaft mit einem Marktanteil von über 5% pauschal untersage. Es werde danach differenziert, ob durch die Bildung einer Bietergemeinschaft der faire und lautere Wettbewerb verletzt werde. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG seien nur Angebote von solchen Bietern auszuschneiden, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßende Abreden getroffen hätten. Dies wäre aufgrund der bloßen Gründung einer Bietergemeinschaft etwa dann der Fall, wenn jedes der Mitglieder der Bietergemeinschaft das Angebot auch alleine legen könnte. Durch die pauschale Untersagung der Bildung von Bietergemeinschaften mit einem Marktanteil von über 5% werde gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen. Im konkreten Fall könne der Antragsteller aufgrund der wettbewerbswidrigen Leistungsbeschreibung alleine kein aussichtsreiches Angebot legen. Durch die Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften sei es ihm auch nicht möglich, eine Bietergemeinschaft zu gründen. Der gegenständliche Auftrag könne - wenn überhaupt - von höchstens 4 Unternehmen (teilweise) ausgeführt werden. Aufgrund der Marktverhältnisse im Bereich der Sonden- und Trinknahrung werde die festgelegte Bagatellgrenze gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage von jedem potenziellen Bieter überschritten. Die Bildung einer Bietergemeinschaft wäre daher für jedes dieser Unternehmen unmöglich. Selbst mit Transport- bzw. Logistikunternehmen könnte keine Bietergemeinschaft eingegangen werden.

- -Strichaufzählung

Zum Verstoß gegen den Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote:

Gemäß § 78 Abs. 3 BVergG seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sei und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden könnten. Gemäß § 96 Abs. 1 BVergG seien die Leistungen so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet sei. Gemäß Paragraph 78, Absatz 3, BVergG seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sei und die Preise

ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden könnten. Gemäß Paragraph 96, Absatz eins, BVergG seien die Leistungen so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet sei.

Unterschiedlich große Verpackungseinheiten:

Gemäß Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage sei zu jeder Position "jeweils die geringste Verpackungseinheit" anzubieten. Es sei unklar, welche messbare Einheit damit gemeint werde (nach der Stückzahl, dem Volumen oder dem Gewicht?). In der Ausschreibungsunterlage würden genaue Angaben zur anzubietenden Stückzahl bzw. Gebindegröße der ausgeschriebenen Produkte fehlen, was für die ordnungsgemäße Kalkulation erforderlich wäre.

Die potenziellen am Markt tätigen Mitbewerber des Antragstellers müssten die Produkte der Sondennahrung im Los 1 in völlig unterschiedlichen Verpackungseinheiten anbieten. Das Portfolio der Unternehmer weise ganz verschiedene Packungseinheiten auf (z.B. 8x500ml, 12x500ml, 15x500ml, 8x1000ml, 9x1000ml, 6x1000ml). Kleinere Verpackungseinheiten seien teurer als größere Verpackungseinheiten. Bietern mit größeren Verpackungseinheiten werde ein wettbewerbswidriger Vorteil eingeräumt. Umgekehrt würden jene Bieter erheblich benachteiligt, die über kleine Verpackungseinheiten verfügen würden.

Unterschiedliche Eigenschaften der Beutel- und Glasflaschensysteme:

Gemäß Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage könnten bei den Positionen 1 bis 2 im Los 1 und bei den Pos. 5.1 bis 5.6. im Los 2 nach Wahl des Auftragnehmers sowohl Beutel- als auch Glasflaschensysteme angeboten werden.

Beutel- und Glasflaschensysteme würden sich in der medizinischen Praxis durch unterschiedliche Vor- und Nachteile auszeichnen. Überdies könnten die unterschiedlichen Gestehungskosten der Beutel- und Glasflaschensysteme zu erheblichen Kalkulationsunterschieden führen.

Falsche Angabe des Jahresbedarfes aufgrund unterschiedlicher Energiedichte:

Gemäß Pos. 3.6, Anhang 1 zum LV, habe die Energiedichte > 1,2 kcal/ml zu betragen. Der Jahresbedarf sei mit 1.100 Liter festgelegt worden. Im konkreten Fall würden die relevanten Produkte der potenziellen Bieter eine erheblich unterschiedliche Energiedichte aufweisen. Werde den Anspruchsberechtigten ein Produkt mit einer höheren Energiedichte verabreicht, sei deren Jahresbedarf an Flüssigkeitsmenge niedriger als bei einem Produkt mit einer niedrigeren Energiedichte. Laut Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke sei der (durch normale Ernährung nicht ausreichend gedeckte) Energiebedarf maßgeblich. Folglich sei es unrichtig, für Produkte mit einer unterschiedlichen Energiedichte denselben Multiplikator zur Berechnung des Jahresbedarfes anzusetzen. Es müssten die Energiedichte als Zuschlagskriterium festgelegt werden oder unterschiedliche Mengenvordersätze je Energiedichte vorgesehen werden.

Unkalkulierbare Schulungen:

Gemäß Pkt. 3.3.2 der Ausschreibungsunterlage seien Schulungen der unmittelbar an der Versorgung beteiligten Personen nach Wahl des Anspruchsberechtigten im Krankenhaus, im Pflegeheim oder zu Hause durchzuführen. Daraus könnten sich völlig unterschiedliche Anfahrtszeiten sowie Personalkosten ergeben. Durch die Pflicht zur Durchführung von Schulungen würden unzumutbare Risiken auf die Bieter überwälzt. Die Angebote der Bieter könnten nicht vergleichbar sein. Eine vergaberechtskonforme Regelung würde verlangen, dass entweder das Schulungsausmaß geregelt oder zumindest (kalkulierbare) Schulungskosten aufwandsbezogen abgegolten würden (d.h. Regiepreise).

Unkalkulierbare Nachbetreuungen und Nachschulungen:

Gemäß Pkt. 3.3.2 der Ausschreibungsunterlage seien "bei Bedarf" telefonische Nachbetreuungen und Nachschulungen durchzuführen. Hiezu sei ausreichend Personal mit fundierten Kenntnissen zur Verfügung zu stellen, das binnen zwei Werktagen ab Anforderung am Erfüllungsort zu sein habe.

Nach der Rechtsprechung des BVA sei eine Preiskalkulation unmöglich, wenn den Bietern nicht einmal ungefähre Leistungsausmaße nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten zur Verfügung gestellt würden. Ferner sei es unzulässig, sämtliche Personalvorhaltekosten auf den Auftragnehmer zu überwälzen. Konkret sei völlig offen, wie viele Nachbetreuungen und Nachschulungen der Bieter im Angebotspreis einzukalkulieren habe. Der konkrete

Personalbedarf für die Nachbetreuungen und Nachschulungen sei ebenfalls unklar. Ungeachtet dessen sei in der Ausschreibungsunterlage keine aufwandsbezogene Abrechnung (Regiepreise) der Nachbetreuungen und Nachschulungen vorgesehen.

Sittenwidrige Schadenersatzpflicht des Auftragnehmers:

Gemäß Pkt. 2.8.5 der Ausschreibungsunterlage treffe den Auftragnehmer eine Schadenersatzpflicht hinsichtlich von Mehrkosten im Zusammenhang mit einer Neuvergabe oder Weitergabe des Auftrages an einen Dritten, wenn der Auftragnehmer die Auflösung der Rahmenvereinbarung "zu vertreten habe". Im konkreten Fall würden dem Auftragnehmer die Mehrkosten unabhängig von seinem Verschulden angelastet werden. Nach der Judikatur des OGH verstoße die verschuldensunabhängige Schadenersatzpflicht gegen die guten Sitten iSd § 879 ABGB. Durch die gegenständliche Regelung würde dem Bieter ein unkalkulierbares Risiko aufgebürdet. Der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote iSd § 79 Abs. 3 BVergG werde verletzt. Gemäß Pkt. 2.8.5 der Ausschreibungsunterlage treffe den Auftragnehmer eine Schadenersatzpflicht hinsichtlich von Mehrkosten im Zusammenhang mit einer Neuvergabe oder Weitergabe des Auftrages an einen Dritten, wenn der Auftragnehmer die Auflösung der Rahmenvereinbarung "zu vertreten habe". Im konkreten Fall würden dem Auftragnehmer die Mehrkosten unabhängig von seinem Verschulden angelastet werden. Nach der Judikatur des OGH verstoße die verschuldensunabhängige Schadenersatzpflicht gegen die guten Sitten iSd Paragraph 879, ABGB. Durch die gegenständliche Regelung würde dem Bieter ein unkalkulierbares Risiko aufgebürdet. Der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote iSd Paragraph 79, Absatz 3, BVergG werde verletzt.

- -Strichaufzählung

Zur unzulässigen Wahl des Billigstbieterprinzips:

Gemäß § 79 Abs. 3 BVergG könne der niedrigste Preis als einziges Zuschlagskriterium nur dann herangezogen werden, wenn der Qualitätsstandard der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert sei. Gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG könne der niedrigste Preis als einziges Zuschlagskriterium nur dann herangezogen werden, wenn der Qualitätsstandard der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert sei.

In der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage würden die (gesetzlichen) Qualitätsvorgaben an das umfassende Produkt- und Leistungsspektrum keinesfalls klar und eindeutig definiert werden. Gemäß Pkt. 3.3.2 sei das Schulungsausmaß nicht geregelt. Überdies seien telefonische Nachbetreuungen nur bei Bedarf durchzuführen. Dabei sei unklar, unter welchen Umständen, wie oft, mit welchem Inhalt und in welcher Dauer eine telefonische Nachbetreuung im Einzelfall zu erfolgen habe. Hinsichtlich der telefonischen Nachbetreuung (Erforderlichkeit, Inhalt, Dauer, usw.) würden auch keinerlei gesetzliche Vorgaben existieren. In der Ausschreibungsunterlage werde daher kein klarer und eindeutiger Qualitätsstandard iSd § 79 Abs. 3 BVergG definiert. Die Angebote verschiedener Bieter seien in diesem Punkt folglich auch nicht vergleichbar. In der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage würden die (gesetzlichen) Qualitätsvorgaben an das umfassende Produkt- und Leistungsspektrum keinesfalls klar und eindeutig definiert werden. Gemäß Pkt. 3.3.2 sei das Schulungsausmaß nicht geregelt. Überdies seien telefonische Nachbetreuungen nur bei Bedarf durchzuführen. Dabei sei unklar, unter welchen Umständen, wie oft, mit welchem Inhalt und in welcher Dauer eine telefonische Nachbetreuung im Einzelfall zu erfolgen habe. Hinsichtlich der telefonischen Nachbetreuung (Erforderlichkeit, Inhalt, Dauer, usw.) würden auch keinerlei gesetzliche Vorgaben existieren. In der Ausschreibungsunterlage werde daher kein klarer und eindeutiger Qualitätsstandard iSd Paragraph 79, Absatz 3, BVergG definiert. Die Angebote verschiedener Bieter seien in diesem Punkt folglich auch nicht vergleichbar.

Ferner sei die Energiedichte in Pos. 3.4 der Ausschreibungsunterlage nur unzureichend definiert. Die Energiedichte eines Nahrungsmittels werde im Wesentlichen durch 3 Elemente (Kohlehydrate, Eiweiß und Fett) definiert. Die gegenständliche Leistungsbeschreibung enthalte jedoch keine Mindestanforderungen hinsichtlich dieser 3 Elemente. Laut Fragebeantwortung Nr. 19.3 würden die Auftraggeber keine Notwendigkeit sehen, die unzureichend spezifizierte Energiedichte zu präzisieren. Aufgrund des fehlenden klaren und eindeutigen Qualitätsstandards sei die Festlegung des Billigstbieterprinzips unzulässig.

Unzulässige Berücksichtigung von Qualitätskriterien beim Billigstbieterprinzip:

Beim Billigstbieterprinzip dürften neben dem Preis keine anderen Kriterien Einfluss auf den Zuschlag haben. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sei das Billigstbieterprinzip unzulässig, wenn ein Qualitätskriterium in die

Zuschlagskriterien einbezogen werde (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0104). Demnach sei das Billigstbieterprinzip unzulässig, wenn Folgekosten berücksichtigt würden. Konkret umfasse der Ausschreibungsgegenstand gemäß Pkt. 3.3.2 der Ausschreibungsunterlage auch diverse Schulungen und Nachbetreuungen. Die diesbezüglichen Folgekosten seien jedoch in den Angebotspreis einzubeziehen.

Weiters müsse bei der Festlegung des Billigstbieterprinzips die Qualität vom Auftraggeber derart vorgegeben sein, dass für den Bieter nur hinsichtlich des Preises ein Spielraum bestehe. Mangels Festlegung eines klaren und eindeutigen Qualitätsstandards könnten die Bieter völlig unterschiedliche Schulungen bzw. Nachbetreuungen (hinsichtlich Dauer, Inhalt, sowie Häufigkeit) anbieten. Dadurch werde bei der Angebotsgestaltung ein großer Spielraum eingeräumt, die Vergleichbarkeit der Angebote sei nicht gewährleistet.

Darüber hinaus werde in Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage die garantierte Lieferzeit geregelt. Dabei bestehe großer Spielraum dahingehend, dass sich die Bieter für eine (garantierte) Lieferzeit von bis zu 20 Stunden frei entscheiden könnten.

Die Festlegung des Billigstbieterprinzips in Pkt.1.1 der Ausschreibungsunterlage stehe daher im Widerspruch zu den vagen "Qualitätsanforderungen" in Pkt. 3.3 der Ausschreibungsunterlage.

Aufgrund der Berücksichtigung der (Qualitäts)kriterien betreffend die Schulungen und Nachbetreuungen sowie der Lieferzeit sei eine Vergleichbarkeit der Angebotspreise nicht sichergestellt. Folglich verstoße die Festlegung des Billigstbieterprinzips gegen § 79 Abs. 3 BVergG. Aufgrund der Berücksichtigung der (Qualitäts)kriterien betreffend die Schulungen und Nachbetreuungen sowie der Lieferzeit sei eine Vergleichbarkeit der Angebotspreise nicht sichergestellt. Folglich verstoße die Festlegung des Billigstbieterprinzips gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG.

- -Strichaufzählung

Zur mangelnden Berücksichtigung der Umweltgerechtigkeit der Leistung:

Gemäß § 19 Abs. 5 BVergG sei im Vergabeverfahren zwingend auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Gemäß § 96 Abs. 4 BVergG habe die Leistungsbeschreibung auch Spezifikationen für die Lieferung von umweltgerechten Produkten oder für die Erbringung von Leistungen im Rahmen umweltgerechter Verfahren zu enthalten. Gemäß Paragraph 19, Absatz 5, BVergG sei im Vergabeverfahren zwingend auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Gemäß Paragraph 96, Absatz 4, BVergG habe die Leistungsbeschreibung auch Spezifikationen für die Lieferung von umweltgerechten Produkten oder für die Erbringung von Leistungen im Rahmen umweltgerechter Verfahren zu enthalten.

Konkret seien ökologische Aspekte überhaupt nicht berücksichtigt worden. Die Ausschreibungsunterlage enthalte weder entsprechende technische Spezifikationen noch Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug.

Die mangelnde Berücksichtigung der Umweltgerechtigkeit der Leistung spiele eine wichtige Rolle etwa bei den ausgeschriebenen Transportleistungen. Der Antragsteller verfüge über ein effizientes und umweltgerechtes Transport- und Versorgungssystem. Im Unterschied zu anderen potenziellen Bietern müsse der Antragsteller keine Zwischenlagerungen vornehmen.

Gemäß Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage könnten nach Wahl des Auftragnehmers sowohl Beutel- als auch Glasflaschensysteme angeboten werden. Produktion, Transport sowie Entsorgung der Beutelsysteme einerseits und der Glasflaschensysteme andererseits, würden unterschiedliche Umweltfolgen nach sich ziehen. Die Gleichbehandlung der Beutel- und Glasflaschensysteme verstoße daher gegen § 19 Abs. 5 BVergG. Gemäß Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage könnten nach Wahl des Auftragnehmers sowohl Beutel- als auch Glasflaschensysteme angeboten werden. Produktion, Transport sowie Entsorgung der Beutelsysteme einerseits und der Glasflaschensysteme andererseits, würden unterschiedliche Umweltfolgen nach sich ziehen. Die Gleichbehandlung der Beutel- und Glasflaschensysteme verstoße daher gegen Paragraph 19, Absatz 5, BVergG.

- -Strichaufzählung

Zur unzulässigen Dauer der Festpreisbindung:

Gemäß Pkt. 1.17.2 der Ausschreibungsunterlage würden die anzubietenden Einheitspreise als unveränderliche Festpreise "jedenfalls" für den Zeitraum der Rahmenvereinbarung (der Abrufe) innerhalb des ersten Jahres gelten.

Gemäß § 24 Abs. 7 BVergG dürfe der Zeitraum für die Geltung fester Preise die Dauer von 12 Monaten grundsätzlich nicht übersteigen. Gemäß Paragraph 24, Absatz 7, BVergG dürfe der Zeitraum für die Geltung fester Preise die Dauer von 12 Monaten grundsätzlich nicht übersteigen.

Im konkreten Fall gebe die oben angeführte Regelung der Ausschreibungsunterlage überhaupt keine fixe zeitliche Befristung für die Geltung fester Preise vor. Daraus könne lediglich abgeleitet werden, dass die Festpreise mindestens ein Jahr gelten sollten. Dies bedeute nicht, dass der Auftragnehmer nach dem Ablauf eines Jahres das Recht auf Preisänderung hätte. Genau dies solle § 24 Abs. 7 BVergG jedoch sicherstellen. Die Regelung der Ausschreibungsunterlage stehe somit im klaren Widerspruch zu § 24 Abs. 7 BVergG. Im konkreten Fall gebe die oben angeführte Regelung der Ausschreibungsunterlage überhaupt keine fixe zeitliche Befristung für die Geltung fester Preise vor. Daraus könne lediglich abgeleitet werden, dass die Festpreise mindestens ein Jahr gelten sollten. Dies bedeute nicht, dass der Auftragnehmer nach dem Ablauf eines Jahres das Recht auf Preisänderung hätte. Genau dies solle Paragraph 24, Absatz 7, BVergG jedoch sicherstellen. Die Regelung der Ausschreibungsunterlage stehe somit im klaren Widerspruch zu Paragraph 24, Absatz 7, BVergG.

- -Strichaufzählung

Zur falschen Festlegung der Preisanpassung:

Gemäß Pkt. 1.17.3 der Ausschreibungsunterlage seien die Einheitspreise wertgesichert. Bei der Preisanpassung sei der (Verbraucherpreisindex Basis 2011 (Wert für den Monat der Angebotsöffnung)) anzuwenden.

Der Verbraucherpreisindex werde (seit dem Jahr 2000) alle 5 Jahre neu gewichtet. Im konkreten Fall wäre daher richtiger Weise der Verbraucherpreisindex Basis 2010 heranzuziehen.

- -Strichaufzählung

Zur sittenwidrigen Vertragsstrafe:

Nach der Rechtsprechung des OGH verstoße die verschuldensunabhängige Vertragsstrafe gegen die guten Sitten, wenn die Vertragsteile nicht ungefähr gleich behandelt würden.

In Pkt. 1.3 der Ausschreibungsunterlage werde eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe festgelegt. Die Vertragsstrafe unterliege nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht. Laut OGH verstoße die gegenständliche Festlegung gegen die guten Sitten iSd § 879 ABGB. In Pkt. 1.3 der Ausschreibungsunterlage werde eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe festgelegt. Die Vertragsstrafe unterliege nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht. Laut OGH verstoße die gegenständliche Festlegung gegen die guten Sitten iSd Paragraph 879, ABGB.

- -Strichaufzählung

Zur unklaren Festlegung betreffend das Vadium:

Gemäß Pkt. 1.4.4 lit.d der Ausschreibungsunterlage sowie laut Fragebeantwortung der Auftraggeber Nr. 12 habe der Bieter "zur Absicherung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit" ein Vadium in der Form einer abstrakten Bankgarantie zu erlegen. Das "Vadium" der jeweiligen Bestbieter (Rahmenvereinbarungspartner) bleibe mit einer Laufzeit bis 8 Wochen nach Ablauf der Rahmenvereinbarung als Kautions zur Absicherung der Leistungspflichten bestehen. Gemäß Pkt. 1.4.4 Litera d, der Ausschreibungsunterlage sowie laut Fragebeantwortung der Auftraggeber Nr. 12 habe der Bieter "zur Absicherung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit" ein Vadium in der Form einer abstrakten Bankgarantie zu erlegen. Das "Vadium" der jeweiligen Bestbieter (Rahmenvereinbarungspartner) bleibe mit einer Laufzeit bis 8 Wochen nach Ablauf der Rahmenvereinbarung als Kautions zur Absicherung der Leistungspflichten bestehen.

Die gegenständliche Regelung sei völlig unklar. Zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit werde eine Bankgarantie verlangt, die sowohl als Vadium als auch als Erfüllungsgarantie dienen solle. Es würden somit unterschiedliche Institute vermengt, die als Eignungskriterium festgelegt seien.

Der Antragsteller erhob das vorstehend wiedergegebene Vorbringen auch zum Vorbringen seines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Einer Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens, einer Aussetzung der Angebotsfrist bzw. einer Untersagung der Angebotsöffnung würden keine vergleichbaren Interessen der Auftraggeber und der übrigen Mitbieter entgegenstehen.

Mit Schriftsatz vom 29.2.2012 erteilten die Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Hinsichtlich des

Antrages, die Fortsetzung des Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, brachten die Auftraggeber vor, dass der Antragsteller den ihm drohenden Schaden weder der Höhe nach bezeichnet, noch bescheinigt habe, weshalb die Interessenabwägung schon aus diesem Grund nicht zu seinen Gunsten ausfallen könne. Zum Antrag, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Angebote zu untersagen, gaben die Auftraggeber bekannt, 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 Bundesvergabeamtes 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 Bundesvergabeamtes 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 Oberschwellerbereich 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 Bundesvergabeamt 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 Bundesvergabeamt 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 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 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 verfügten 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 Ablaufs der Angebotsfrist erforderlich, um dem potenziellen Bieter im Falle einer allfälligen Korrektur der Ausschreibungsunterlagen durch die Auftraggeber die Legung eines an die abgeänderten Ausschreibungsbedingungen angepassten Angebotes zu ermöglichen.

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 geltend gemacht hat. Hiezu hat der Antragsteller die von ihm erwartete Gewinnspanne im Umfang eines bestimmten Prozentsatzes des - den Auftraggebern bekannten - Auftragswertes angegeben. Dem Nachprüfungsantrag war überdies eine ziffernmäßige Aufstellung der dem Antragsteller drohenden Vermögensschäden als Beilage angeschlossen. Zudem sind nach der Judikatur des VwGH 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 geltend gemacht hat. Hiezu hat der Antragsteller die von ihm erwartete Gewinnspanne im Umfang eines bestimmten Prozentsatzes des - den Auftraggebern bekannten - Auftragswertes angegeben. Dem Nachprüfungsantrag war überdies eine ziffernmäßige Aufstellung der dem Antragsteller drohenden Vermögensschäden als Beilage angeschlossen. Zudem sind nach der Judikatur des VwGH 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 nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojektes. Der Antragsteller hat unter anderem 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/Fruhmann/Thienel, § 320 Rz 7). Unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojektes. Der Antragsteller hat unter anderem 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/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320, Rz 7).

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

Was die vom Antragsteller vorrangig begehrte Untersagung der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens betrifft, war dieses Begehren abzuweisen, da es sich hierbei nicht um das gelindeste Mittel iSd § 329 Abs. 3 BVergG handelt. Im Übrigen würde eine solche den Interessen des Antragstellers zuwiderlaufen, da den Auftraggebern damit jegliche Handlungsmöglichkeit genommen würde, sodass diese nicht einmal mehr zu durchaus im Interesse des Antragstellers liegenden Ausschreibungskorrekturen berechtigt wären. Was die vom Antragsteller vorrangig begehrte Untersagung der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens betrifft, war dieses Begehren abzuweisen, da es sich hierbei nicht um das gelindeste Mittel iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG handelt. Im Übrigen würde eine solche den Interessen des Antragstellers zuwiderlaufen, da den Auftraggebern damit jegliche Handlungsmöglichkeit genommen würde, sodass diese nicht einmal mehr zu durchaus im Interesse des Antragstellers liegenden Ausschreibungskorrekturen berechtigt wären.

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