

TE Verg Bescheid 2011/3/17 N/0016-BVA/02/2011-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.03.2011

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung BGBl. I Nr 15/2010 (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Versorgung mit Systemen zur Schlafapnoebehandlung, mit Systemen zur augmentierenden Atemhilfe sowie mit Systemen zur Behandlung der Cheyne-Stokes-Atmung" des Auftraggebers Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 10. März 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Versorgung mit Systemen zur Schlafapnoebehandlung, mit

Systemen zur augmentierenden Atemhilfe sowie mit Systemen zur Behandlung der Cheyne-Stokes-Atmung" des Auftraggebers Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 10. März 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge unverzüglich zu dem in Abschnitt I. näher bezeichneten Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher a) das gegenständliche Vergabeverfahren ausgesetzt wird; b) in eventu der Lauf der Frist zur Abgabe von Angeboten ausgesetzt wird; c) in eventu der Auftraggeberin untersagt wird, die im gegenständlichen Vergabeverfahren eingelangten Angebote zu öffnen", wird insoweit stattgegeben, als im Vergabeverfahren "Versorgung mit Systemen zur Schlafapnoebehandlung, mit Systemen zur augmentierenden Atemhilfe sowie mit Systemen zur Behandlung der Cheyne Stokes Atmung" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Ablauf der Angebotsfrist ausgesetzt und dem Auftraggeber untersagt wird, im genannten Vergabeverfahren die eingelangten Angebote zu öffnen. Dem Antrag, "das BVA möge unverzüglich zu dem in Abschnitt römisch eins. näher bezeichneten Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher a) das gegenständliche Vergabeverfahren ausgesetzt wird; b) in eventu der Lauf der Frist zur Abgabe von Angeboten ausgesetzt wird; c) in eventu der Auftraggeberin untersagt wird, die im gegenständlichen Vergabeverfahren eingelangten Angebote zu öffnen", wird insoweit stattgegeben, als im Vergabeverfahren "Versorgung mit Systemen zur Schlafapnoebehandlung, mit Systemen zur augmentierenden Atemhilfe sowie mit Systemen zur Behandlung der Cheyne Stokes Atmung" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Ablauf der Angebotsfrist ausgesetzt und dem Auftraggeber untersagt wird, im genannten Vergabeverfahren die eingelangten Angebote zu öffnen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Versorgung mit Systemen zur Schlafapnoebehandlung, mit Systemen zur augmentierenden Atemhilfe sowie mit Systemen zur Behandlung der Cheyne Stokes Atmung", des Auftraggebers Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten, erfolgte national am 2. Februar 2011 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-484559-121 sowie europaweit am 3. Februar 2011 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 23-037268. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein offenes Verfahren, der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Zur Vergabe gelangt der Abschluss einer Rahmenvereinbarung über einen Lieferauftrag sowie eine Miete mit einer Laufzeit von drei Jahren, beginnend ab 1. Juli 2011, und einer zweimaligen Verlängerungsoption jeweils um ein weiteres Vertragsjahr. Am 4. März 2011 versandte die Auftraggeberin die erste Fragebeantwortung und berichtigte die Ausschreibung dabei in zwei Punkten. Nach einer weiteren nationalen Veröffentlichung, am 7. März 2011 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L- 486092-1228, ist der Schlusstermin für den Eingang der Angebote nunmehr mit 4. April 2011, 10.00 Uhr, festgelegt.

Mit Schriftsatz vom 10. März 2011, brachte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig begehrte die Antragstellerin die verfahrensgegenständliche Ausschreibung zur Gänze, in eventu die näher bezeichneten Bestimmungen der Ausschreibung, für nichtig zu erklären. In eventu begehrte die Antragstellerin weiters die Nichtigkeitserklärung der 1. Fragebeantwortung (als gesonderte Festlegung während der Angebotsfrist), in eventu bestimmte bezeichnete einzelne Festlegungen in der 1. Fragebeantwortung für nichtig zu erklären. Weiters beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen an, dass der Auftraggeber das Verfahren als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durchführe. Dieses solle laut Bekanntmachung (Pkt. II.1.4) zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung führen. Auch aus Pkt. 5.5 der Ausschreibungsunterlage gehe hervor, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung beabsichtigt sei. Angefochten seien zum Einen die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung und zum Anderen die 1. Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 4.3.2011 als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist. Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen an, dass der Auftraggeber das

Verfahren als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durchführe. Dieses solle laut Bekanntmachung (Pkt. römisch zwei.1.4) zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung führen. Auch aus Pkt. 5.5 der Ausschreibungsunterlage gehe hervor, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung beabsichtigt sei. Angefochten seien zum Einen die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung und zum Anderen die 1. Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 4.3.2011 als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist.

In der Bekanntmachung sei festgelegt, dass eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer abgeschlossen werden solle. Laut Pkt. 1.11 der Ausschreibungsunterlage wären Fragen bzw. Ersuchen um Aufklärung zur Ausschreibungsunterlage bis 21.2.2011, 12.00 Uhr, an den Auftraggeber zu richten gewesen. Die Antragstellerin habe dem Auftraggeber fristgerecht ein Schreiben, in dem sie zum Einen um Beantwortung von Fragen zu einer Reihe von Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen und zum Anderen um die Berichtigung von Rechtswidrigkeiten sowie um die Streichung diskriminierender Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses ersucht habe, übermittelt. Um bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 14.3.2011 ausreichend Zeit zur Abgabe eines möglichst kompetitiven Angebotes zu haben, habe die Antragstellerin um Beantwortung ihres Schreibens bis zum 25.2.2011 ersucht. Nach mehrmaligem Nachfragen beim Auftraggeber, habe dieser schließlich am 4.3.2011 eine 1. Fragebeantwortung, verbunden mit einer Berichtigung der Ausschreibungsunterlage, übermittelt. Gleichzeitig sei die Angebotsfrist bis 4.4.2011 erstreckt worden. Mit der 1. Fragebeantwortung sei auch die Übermittlung einer weiteren Fragebeantwortung angekündigt worden. Diese sei jedoch bis zur Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages nicht bei der Antragstellerin eingelangt.

Mit der 1. Fragebeantwortung seien die von der Antragstellerin gerügten Rechtswidrigkeiten und Unklarheiten nur zu einem geringen Teil beseitigt, eine Reihe der gestellten Fragen vom Auftraggeber überhaupt nicht beantwortet worden.

Am 4.3.2011 habe der Auftraggeber die Verlängerung der Angebotsfrist bis 4.4.2011 öffentlich bekannt gemacht.

Die Ausschreibung sei aus folgenden Gründen rechtswidrig:

1. 1.Ziffer eins

Unkalkulierbarkeit des Angebots:

1. a)Litera a

Genauer Umfang der zu erbringenden Leistung nicht festgelegt;

1. b)Litera b

Vermengung unterschiedlicher Geräte in einer Preisposition (Tagespauschale);

1. c)Litera c

Unzureichende Angaben zur Erstellung des Übernahme- und Logistikkonzept;

1. d)Litera d

Keine Angaben über Kostentragung für Sonderzubehör und Verbrauchsmaterialien;

1. e)Litera e

Unklare Angaben in Pflicht des Auftragnehmers zur Nachschulung von Patienten;

1. f)Litera f

Angaben über Pflicht zur Auslesung der Compliance-Daten;

1. g)Litera g

Stichprobenartige Überprüfung?

1. h)Litera h

Vorgaben zur Funktionsüberprüfung/Wartung/Reparatur;

1. i)Litera i

Unklare Haftungsregelungen;

1. 2.Ziffer 2

Keine Vergleichbarkeit der Angebote auf Grund von Unklarheiten in der Ausschreibung;

1. 3.Ziffer 3

Rechtswidrige Verwendung von Produktnamen ohne Zusatz "oder gleichwertiger Art";

1. 4.Ziffer 4

Diskriminierende Leistungsbeschreibung;

1. 5.Ziffer 5

Unzulässige Haftungsregelungen;

1. 6.Ziffer 6

Nicht hinreichend konkrete Anforderungen hinsichtlich Übernahmekonzept und Lieferzeiten-/Logistikkonzept;

1. 7.Ziffer 7

Unverhältnismäßige Anforderung der Fachberatung durch "Medizintechnikberater"?

1. 8.Ziffer 8

Keine Bekanntgabe der maximalen Tagespauschalgebühr;

1. 9.Ziffer 9

Technische Leistungsfähigkeit;

1. 10.Ziffer 10

Unzulässige Zuschlagskriterien;

Auf die Darstellung der umfangreichen Ausführungen der Antragstellerin zu den unter Punkten 1 bis 10 angeführten Gründen für die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bzw einzelner Bestimmungen der Ausschreibung bzw der 1. Fragebeantwortung, wird im Provisorialverfahren verzichtet.

Drohender Schaden und Interesse am Vertragsabschluss:

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass sie im Geschäftsbereich der Versorgung von Patienten mit den ausgeschriebenen Systemen tätig sei. Die Antragstellerin sei interessiert, im Rahmen eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens ein Angebot zu legen. Ihr Interesse am Vertragsabschluss habe sie weiters dadurch dargetan, dass sie innerhalb der gesetzten Frist detaillierte Fragen betreffend die Ausschreibung an den Auftraggeber gerichtet habe. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers drohe der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes. Die Fortführung des rechtswidrigen Vergabeverfahrens würde der Antragstellerin die Chance nehmen, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Sie verliere dadurch die Möglichkeit, den Zuschlag im Rahmen eines fairen, transparenten und rechtskonformen Verfahrens zu erlangen. Bei Nichtteilnahme am rechtswidrigen Verfahren bzw. in der Folge durch Nichterhalt des Zuschlags wären die bisher aufgelaufenen Kosten frustriert. Auch seien bereits Kosten für die Rechtsvertretung angefallen. Durch den durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers bedingten Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung, entstehe der Antragstellerin auch ein Schaden durch entgangenen Gewinn in branchenüblicher Höhe.

Durch die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an ein vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, auf Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter und Nichtdiskriminierung, auf rechtskonforme Gestaltung der Ausschreibung, auf Festlegung von sachlich gerechtfertigten Ausschreibungsbedingungen, auf Festlegung vergaberechtskonformer Eignungskriterien, auf Festlegung sachlich gerechtfertigter Zuschlagskriterien, auf Unterlassung von Festlegungen, wonach ihr unkalkulierbare Risiken überbunden würden, auf Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote aufgrund hinreichend konkreter Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, auf Unterlassung der unsachlichen und ungerechtfertigten Nennung von bestimmten Produkten in den technischen Spezifikationen ohne den Zusatz "oder gleichwertig", auf rechtskonforme Beschreibung des Leistungsgegenstandes sowie auf Festlegung zulässiger Haftungsbeschränkungen des Auftragnehmers, verletzt.

Beim Auftraggeber handle es sich um eine Einrichtung öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Als Träger der Krankenversicherung erfüllt der Auftraggeber
Beim Auftraggeber handle es sich um eine Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Als Träger der Krankenversicherung erfüllt der Auftraggeber eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art. Er sei eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher "Art". Er sei

nach § 32 Abs. 1 ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungskörper. Nach § 448 Abs. 1 ASVG würden Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch den Bundesminister für Gesundheit und Frauen, unterliegen. Gemäß § 291 Abs. 2 BVergG iVm Artikel 14b Abs. 2 Z 1 lit.d B-VG unterliege der Auftraggeber dem Vollzugsbereich des Bundes und sei das BVA zur Entscheidung zuständig. nach Paragraph 32, Absatz eins, ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungskörper. Nach Paragraph 448, Absatz eins, ASVG würden Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch den Bundesminister für Gesundheit und Frauen, unterliegen. Gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14b Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG unterliege der Auftraggeber dem Vollzugsbereich des Bundes und sei das BVA zur Entscheidung zuständig.

Das Ende der Angebotsfrist sei mit der 1. Fragebeantwortung auf den 4.4.2011 erstreckt worden. Gemäß § 321 Abs. 4 BVergG seien Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen bis spätestens 7 Tage von Ablauf der Angebotsfrist einzubringen, sofern diese Frist mehr als 17 Tage betrage. Im gegenständlichen Fall betrage die Angebotsfrist jedenfalls mehr als 17 Tage. Auch soweit die 1. Fragebeantwortung als gesonderte Festlegung während der Angebotsfrist anzusehen sei, sei die Antragstellung rechtzeitig erfolgt. Der Antragstellerin sei die 1. Fragebeantwortung am 4.3.2011 übermittelt worden. Das Ende der Angebotsfrist sei mit der 1. Fragebeantwortung auf den 4.4.2011 erstreckt worden. Gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG seien Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen bis spätestens 7 Tage von Ablauf der Angebotsfrist einzubringen, sofern diese Frist mehr als 17 Tage betrage. Im gegenständlichen Fall betrage die Angebotsfrist jedenfalls mehr als 17 Tage. Auch soweit die 1. Fragebeantwortung als gesonderte Festlegung während der Angebotsfrist anzusehen sei, sei die Antragstellung rechtzeitig erfolgt. Der Antragstellerin sei die 1. Fragebeantwortung am 4.3.2011 übermittelt worden.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie ihr bisheriges Vorbringen im Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Die Aussetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei deswegen das gelindeste Mittel, da die - auf einer rechtswidrigen Ausschreibung basierenden - Angebote bis spätestens 4.4.2011 abzugeben seien. Aufgrund der rechtswidrigen Vorgaben des Auftraggebers drohe der Antragstellerin bereits durch die Abgabe eines Angebotes der Eintritt eines Schadens, würde sie doch gezwungen werden, entweder sich den rechtswidrigen Bedingungen des Auftraggebers zu unterwerfen oder kein Angebot abzugeben. Unterlasse sie die Abgabe eines Angebotes, habe sie von vornherein keine Möglichkeit, den Zuschlag erhalten zu können. Die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens sei daher das gelindeste zur Verfügung stehende Mittel. Sollte das BVA dieser Argumentation nicht folgen, wäre die in eventu begehrte Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist das nächst gelindeste zur Verfügung stehende Mittel, da es eine Überprüfung der angefochtenen Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist ermögliche und der Antragstellerin die Chance wahre, sich im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens um die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung zu bewerben. Das Aussetzen des Laufs der Angebotsfrist gewährleiste, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens auch über hinreichend Zeit verfüge, um ein Angebot erstellen zu können, mit welchem sie eine Chance auf den Zuschlag habe, ohne gezwungen zu sein, aufgrund rechtswidriger Vorgaben in der Ausschreibung Aufwendungen zu haben, die bei rechtskonformen Vorgehen des Auftraggebers nicht entstanden wären.

Die in eventu begehrte Untersagung der Öffnung der Angebote biete nur einen theoretischen Schutz, zumal sie voraus setze, dass die Antragstellerin vor Ablauf der Angebotsfrist überhaupt ein Angebot abgegeben habe. Die Untersagung der Öffnung der Angebote könne nur gemeinsam mit der begehrten Aussetzung des Ablauf der Angebotsfrist gewährleisten, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens jedenfalls über hinreichend Zeit verfüge, um ein mit Chancen auf den Zuschlag versehenes Angebot erstellen zu können.

Die Interessenabwägung müsse zugunsten der Antragstellerin ausfallen. Die einstweilige Aussetzung des Vergabeverfahrens stelle weder für den Auftraggeber noch für die sonstigen Bieter eine unverhältnismäßige Belastung dar. Eine besondere Dringlichkeit des Verfahrens könne nicht erblickt werden, zumal der Auftraggeber bis zum Tag der Einbringung des Nachprüfungsantrages die Anfragen der Antragstellerin nur teilweise beantwortet habe. Zu einigen der Fragen habe der Auftraggeber überhaupt nicht Stellung genommen. In den Ausschreibungsunterlagen sei der Leistungsbeginn mit 1.7.2011 festgelegt. Dieser geplante Leistungsbeginn könne auch bei Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens eingehalten werden. Öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, seien ebenfalls nicht zu erkennen. Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

sei nur bei Gefahr für Leib und Leben und besonderer Dringlichkeit abzulehnen. Solche Gefahren würden jedoch im vorliegenden Fall nicht vorliegen. Die Versorgung der anspruchsberechtigten Patienten mit den ausschreibungsgegenständlichen Geräten sei auch über den geplanten Leistungsbeginn am 1.7.2011 hinaus jedenfalls sichergestellt. Der Auftraggeber habe mit der Antragstellerin - wie auch mit sämtlichen anderen in diesem Bereich tätigen Unternehmen - einen Rahmenvertrag abgeschlossen, der die Antragstellerin zur Bereitstellung und Wartung der auftragsgegenständlichen Geräte zur Position 1 im Abrufsfall verpflichte. Dieser Vertrag sei nach wie vor aufrecht. Des Weiteren würden weitere, ebenfalls aufrechte, Rahmenverträge existieren, über welche der Auftraggeber jederzeit die "Position 2 Geräte" beziehen könne. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung sei somit nicht auszugehen.

Der Auftraggeber gab innerhalb der festgesetzten Frist keine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab. Mit E-Mail vom 16.3.2011 (OZ 7) teilte der Auftraggeber mit, dass er beabsichtige, das Vergabeverfahren nach § 138 Abs 2 BVergG aus sachlichen Gründen zu widerrufen (Mitteilung der Widerrufsentscheidung). Der sachliche Grund liege darin, dass die vorliegenden Ausschreibungsunterlagen wesentliche, über eine Berichtigung hinausgehende, Änderungen erfahren sollten. Der Auftraggeber beabsichtige, nach Widerruf ein neues Vergabeverfahren einzuleiten. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 28.3.2011 angegeben. Der Auftraggeber gab innerhalb der festgesetzten Frist keine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab. Mit E-Mail vom 16.3.2011 (OZ 7) teilte der Auftraggeber mit, dass er beabsichtige, das Vergabeverfahren nach Paragraph 138, Absatz 2, BVergG aus sachlichen Gründen zu widerrufen (Mitteilung der Widerrufsentscheidung). Der sachliche Grund liege darin, dass die vorliegenden Ausschreibungsunterlagen wesentliche, über eine Berichtigung hinausgehende, Änderungen erfahren sollten. Der Auftraggeber beabsichtige, nach Widerruf ein neues Vergabeverfahren einzuleiten. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 28.3.2011 angegeben.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 10. 10. 2008, N/0082-BVA/09/2008-56; 11.3.2011, N/0014-BVA/02/2011-EV6 ua unter Bezug auf 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). Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG, welcher in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip in Form einer Rahmenvereinbarung gemäß § 32 BVergG vergeben wird. Das Verfahren befindet sich im Stadium der offenen Angebotsfrist. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers Euro XXXX (ohne Ust.). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen [siehe zu alledem die Stellungnahmen des Auftraggebers zu GZ N/0014-BVA/02/2011-4 und N/0015-BVA/02/2011 (Anm: betreffend das idente Vergabeverfahren)]. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Erhalt des Auftrages dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bzw. die Rechtswidrigkeit einzelner angeführter Bestimmungen derselben sowie einzelner Festlegungen des Auftraggebers in der 1. Fragebeantwortung. Diese Behauptungen erscheinen im Hinblick auf das oben (kursorisch) wiedergegebene Vorbringen, den vorliegenden Akteninhalt, der Tatsache zweier weiterer Nachprüfungsanträge gegen die idente Ausschreibung und nicht zuletzt die seitens des Auftraggebers am 16.3.2011 bekannt gegebene Widerrufsentscheidung, nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptungen wird falls es - aufgrund von Einsprüchen von Bewerbern und einer allfälligen Stattgabe dieser durch das BVA - zu keinem Widerruf des Vergabeverfahrens kommen sollte, im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigerklärung von Teilen bzw. der gesamten Ausschreibung bzw der 1. Fragebeantwortung, in der Folge für die Angebotsabgabe und somit letztlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da - falls es zu keinem Widerruf des Vergabeverfahrens kommen sollte - seitens des Auftraggebers nach Ablauf der Angebotsfrist am 4. April 2011 die Öffnung der eingelangten Angebote geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Angebotsabgabe und damit auch für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch

auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Angebotsabgabe der Antragstellerin auf der Grundlage einer rechtskonformen Ausschreibung und damit in einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 10. 10. 2008, N/0082-BVA/09/2008-56; 11.3.2011, N/0014-BVA/02/2011-EV6 ua unter Bezug auf VfGH 28. 2. 2000, B 2184/98; 25. 3. 2002, B 457/02; 10. 1. 2003, B 14/03; VfGH 7. 11. 2005, 2003/04/0109; 21. 12. 2005, 2003/04/0048; 27. 6. 2007, 2005/04/0111). Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG, welcher in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip in Form einer Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 32, BVergG vergeben wird. Das Verfahren befindet sich im Stadium der offenen Angebotsfrist. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers Euro römisch 40 (ohne Ust.). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen [siehe zu alledem die Stellungnahmen des Auftraggebers zu GZ N/0014-BVA/02/2011-4 und N/0015-BVA/02/2011 Anmerkung, betreffend das idente Vergabeverfahren)]. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Erhalt des Auftrages dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bzw. die Rechtswidrigkeit einzelner angeführter Bestimmungen derselben sowie einzelner Festlegungen des Auftraggebers in der 1. Fragebeantwortung. Diese Behauptungen erscheinen im Hinblick auf das oben (kursorisch) wiedergegebene Vorbringen, den vorliegenden Akteninhalt, der Tatsache zweier weiterer Nachprüfungsanträge gegen die idente Ausschreibung und nicht zuletzt die seitens des Auftraggebers am 16.3.2011 bekannt gegebene Widerrufsentscheidung, nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptungen wird falls es - aufgrund von Einsprüchen von Bewerbern und einer allfälligen Stattgabe dieser durch das BVA - zu keinem Widerruf des Vergabeverfahrens kommen sollte, im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigerklärung von Teilen bzw. der gesamten Ausschreibung bzw. der 1. Fragebeantwortung, in der Folge für die Angebotsabgabe und somit letztlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da - falls es zu keinem Widerruf des Vergabeverfahrens kommen sollte - seitens des Auftraggebers nach Ablauf der Angebotsfrist am 4. April 2011 die Öffnung der eingelangten Angebote geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Angebotsabgabe und damit auch für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Angebotsabgabe der Antragstellerin auf der Grundlage einer rechtskonformen Ausschreibung und damit in einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25. 4. 2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7; 18. 4. 2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg cit ist nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig vergleiche BVA 25. 4. 2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7; 18. 4. 2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die

Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 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, BVergG nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen einander 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 und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende 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 und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Durchführung eines Vergabeverfahrens auf Grundlage einer von der Antragstellerin behaupteten rechtswidrigen Ausschreibung beabsichtigt ist. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329

Abs 1 BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die in der Folge eine Teilnahme an einem den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglichen. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Durchführung eines Vergabeverfahrens auf Grundlage einer von der Antragstellerin behaupteten rechtswidrigen Ausschreibung beabsichtigt ist. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die in der Folge eine Teilnahme an einem den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglichen. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin stellte ihr Interesse am Vertragsabschluss bzw den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dar. Demnach drohe bei Nichterhalt des Auftrages ein Gewinnentgang in branchenüblicher Höhe, die Frustration angefallener bzw anfallender Kosten sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Die Interessenabwägung müsse zugunsten der Antragstellerin ausfallen.

Der Auftraggeber gab zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab. Er gab jedoch am 16.3.2011 eine Widerrufsentscheidung bekannt.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Ein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens wurde weder behauptet, noch ist ein solches zu erkennen. Es besteht, soweit derzeit absehbar, keine akute Gefahr für Leib und Leben der Anspruchsberechtigten. Die Versorgungssicherheit ist nach dem eigenen Vorbringen des Auftraggebers zu den GZ N/0014-BVA/02/2011 und N/0015-BVA/02/2011 jedenfalls bis 30. Juni 2011 gewährleistet, der Leistungsbeginn laut Ausschreibung mit 1.7.2011 festgelegt. Unter der Prämisse, dass das Vergabeverfahren nicht widerrufen wird und es in der Folge zu einer Neuausschreibung durch den Auftraggeber käme, sollte das gegenständliche Nachprüfungsverfahren nicht länger als sechs Wochen dauern, sodass diesfalls eine rechtzeitige Vergabe möglich sein sollte. In diesem Zusammenhang ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens und in der Folge die ev Notwendigkeit eines Widerrufs der Ausschreibung mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23. 10. 2008, N/0131- BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30. 12. 2008, N/0171- BVA/04/2008-EV4, 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19),

Es ist auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02). Gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Insgesamt überwiegen nach dem Gesagten die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung jene der übrigen Bieter und des Auftraggebers. Es ist auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02). Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Insgesamt überwiegen nach dem Gesagten die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung jene der übrigen Bieter und des Auftraggebers.

Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin, ist durch eine

entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten. Dabei muss es sich um die geringste noch zum Ziel führende Maßnahme handeln.

Bei der begehrten zeitlich befristeten Aussetzung des Vergabeverfahrens handelt es sich entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht um das gelindeste Mittel. Vielmehr ist diese Maßnahme als überschießend zu bewerten, da sie dem Auftraggeber jeglichen Handlungsspielraum nehmen würde; so wäre es dem Auftraggeber dann auch verwehrt, das Verfahren zu widerrufen. Dieses Begehren war daher abzuweisen.

Da sich die Ausschreibung nur bis zur Angebotsöffnung ändern lässt, ohne die Ausschreibung gänzlich obsolet zu machen, war daher als gelindeste vorläufige Maßnahme die Angebotsöffnung zu untersagen (zB BVA 26. 11. 2010, N/0098- BVA/10/2010-EV10). Da der Auftraggeber eine Rahmenvereinbarung nur auf der Grundlage von Angeboten abschließen kann, genügt die Untersagung der Angebotsöffnung (vgl auch BVA 11.3.2011, N/0014-BVA/02/2011-EV6) in Verbindung mit der zeitgleich verfügbaren vorläufigen Aussetzung der Angebotsfrist mit der Wirkung der Ablaufshemmung. Dies ist erforderlich, um der Antragstellerin die Chance zu wahren, nach einer allfälligen Ausschreibungsberichtigung im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens ein chancenreiches Angebot legen zu können. Da sich die Ausschreibung nur bis zur Angebotsöffnung ändern lässt, ohne die Ausschreibung gänzlich obsolet zu machen, war daher als gelindeste vorläufige Maßnahme die Angebotsöffnung zu untersagen (zB BVA 26. 11. 2010, N/0098- BVA/10/2010-EV10). Da der Auftraggeber eine Rahmenvereinbarung nur auf der Grundlage von Angeboten abschließen kann, genügt die Untersagung der Angebotsöffnung vergleiche auch BVA 11.3.2011, N/0014-BVA/02/2011-EV6) in Verbindung mit der zeitgleich verfügbaren vorläufigen Aussetzung der Angebotsfrist mit der Wirkung der Ablaufshemmung. Dies ist erforderlich, um der Antragstellerin die Chance zu wahren, nach einer allfälligen Ausschreibungsberichtigung im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens ein chancenreiches Angebot legen zu können.

Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung war trotz der Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung seitens des Auftraggebers am 16.3.2011 erforderlich, da zum Erlassungszeitpunkt der einstweiligen Verfügung nicht abgeschätzt werden kann, ob die Widerrufsentscheidung bekämpft werden wird bzw - diesen Fall vorausgesetzt - ob der entscheidungsbefugte Senat 2 den Anträgen Folge geben wird oder nicht. Im Falle der Ab- oder Zurückweisung der Nichtigerklärungsanträge hinsichtlich der Widerrufsentscheidung wäre es dem Auftraggeber verwehrt, den Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu erklären und den Auftrag neu auszuschreiben. In einem solchen Fall würde die Angebotsfrist im gegenständlichen Verfahren am 4.4.2011 ablaufen. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, er jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum festgesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19. 4. 2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15. 2. 2008, N/0015-BVA/10/2008-011; 16. 6. 2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]). Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung war trotz der Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung seitens des Auftraggebers am 16.3.2011 erforderlich, da zum Erlassungszeitpunkt der einstweiligen Verfügung nicht abgeschätzt werden kann, ob die Widerrufsentscheidung bekämpft werden wird bzw - diesen Fall vorausgesetzt - ob der entscheidungsbefugte Senat 2 den Anträgen Folge geben wird oder nicht. Im Falle der Ab- oder Zurückweisung der Nichtigerklärungsanträge hinsichtlich der Widerrufsentscheidung wäre es dem Auftraggeber verwehrt, den Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu erklären und den Auftrag neu auszuschreiben. In einem solchen Fall würde die Angebotsfrist im gegenständlichen Verfahren am 4.4.2011 ablaufen. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung²

[2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabebeamten davon nicht verlängert wird, er jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum festgesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19. 4. 2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15. 2. 2008, N/0015-BVA/10/2008-011; 16. 6. 2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]).

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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