

TE Verg Bescheid 2011/3/11 N/0015-BVA/02/2011-EV5

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.03.2011

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3 idF 2010/I/15

BVergG 2006 §329 Abs4 idF 2010/I/15

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

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung BGBl I Nr 15/2010 (BVergG), durch den Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Hubert Reisner, 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 über den Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte vom 4. März 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 7. 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 Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Hubert Reisner, 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 über den Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte vom 4. März 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 7. März 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabemat möge der Antragsgegnerin in der Ausschreibung betreffend L-484559-121 über die Lieferung von Systemen zur Schlafapnoebehandlung, Systemen zur augmentierenden Atemhilfe sowie Systemen zur Behandlung der Cheyne Stokes Atmung durch einstweilige Verfügung untersagen: 1. die Angebote zu öffnen,

1. 2.Ziffer 2

bei sonstiger Unwirksamkeit des Vergabeverfahrens nicht zu widerrufen, 3. bei sonstiger Nichtigkeit die Rahmenvereinbarung nicht abzuschließen. Dies alles bei sonstiger Exekution, bis in der Hauptsache eine endgültige Entscheidung des Bundesvergabeamtes ergangen sei", 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" dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens 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 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 festgelegt mit 4. April 2011, 10.00 Uhr.

Mit Schriftsatz vom 4. März 2011, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 7. März 2011, brachte die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der "angefochtenen Punkte" in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung, sowie in eventu die Nichtigerklärung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung zur Gänze. Weiters beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Ausschreibungsunterlagen aus verschiedenen Gründen gesetzwidrig seien.

Auch nach mehrfacher Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen sei für die Antragstellerin nicht klar und nachvollziehbar, in welcher Relation die Preise zueinander stünden. Die unter Position 1 ausgeführten Systeme seien viel billiger als jene unter Position 2, sodass bei mehreren Bietern die Ermittlung eines Niedrigstpreises nicht nachvollziehbar möglich sei. Aufgrund der beiden zwingend anzugebenden verschiedenen Tagespauschalgebühren wären die Angebotspreise nicht vergleichbar. Da es sich um eine Rahmenvereinbarung ohne Mindestabnahmeverpflichtung für die Bieter handle, könne auch nicht anhand der Patientenzahlen die Relation zwischen den beiden Preisen hergestellt werden. Durch die geforderte Angabe zweier verschiedener Preise sei es für keinen der beteiligten Bieter nachvollziehbar, welche der beiden Preise für das Kriterium des niedrigsten Preises herangezogen würden. Ohne entsprechende Preisermittlungsregelung in den Ausschreibungsunterlagen sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung willkürlich.

Unter Punkt 5.20 der Ausschreibung behalte sich der Auftraggeber ein einseitiges Gestaltungsrecht (Option) vor,

wonach die Rahmenvereinbarung um jeweils ein Vertragsjahr zu verlängern sei. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Option finde sich nicht und werde auch in den Ausschreibungsunterlagen nicht angeführt. Diese Option mache es dem Bieter unmöglich, die Angebotspreise zu berechnen, da im Vorhinein unklar sei, ob der Auftraggeber diese Option ausübe. Da der Preis de facto einen täglichen Mietzins darstelle, sei es nicht eindeutig, ob ein Bieter den Angebotspreis für die nächsten drei oder fünf Jahr kalkulieren müsse.

Die gewählte Verfahrensart sei nicht sachlich gerechtfertigt. Eine Ausschreibung in Losen, in der jeder Bieter die Wahl zwischen den verschiedenen Leistungen bekomme, sei hingegen durchaus plausibel. Sinnvoll sei auch der Abschluss eines Rahmenvertrages mit Beitrittsrecht. Die falsche Verfahrensart führe auch dazu, dass die Ärzte in Niederösterreich künftig nur zwischen zwei Systemen des Bieters wählen könnten. Dieser Zustand decke in keinerlei Hinsicht die Bedürfnisse der Patienten ab. Es sei von keiner effizienten medizinischen Versorgung, sondern demnach von einer schikanösen Rechtswidrigkeit auszugehen.

Die Antragstellerin rüge ausdrücklich die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und die Eignung der gegenständlichen Ausschreibung. Der Auftraggeber lege fest, dass alle Systeme bis 1. Juli 2011 auszutauschen seien. Nach den Angaben des Auftraggebers seien im zweiten Quartal 2010 3450 Patienten mit einem System zur Schlafapnoebehandlung versorgt worden, 69 Patienten benötigten zu diesem Zeitpunkt ein System zur augmentierenden Atemhilfe. Grundsätzlich könne von einem jahrelangen Zeitraum der Gerätenutzung ausgegangen werden. Für einen Patienten stelle der Geräte austausch eine enorme Anstrengung dar, da sich die technischen Parameter der einzelnen Gerätearten stark voneinander unterscheiden. Sollten die Geräte von ca. 3500 bis 4500 Patienten gleichzeitig auszutauschen sein und diese Patienten die Schlaflabore aufsuchen müssen, sei mit einer enormen Verlängerung der derzeit in Niederösterreich bestehenden Wartezeit von vier Monaten zu rechnen. Unter Umständen seien höhere Preise für die Patienten nicht auszuschließen bzw sei mit Schadenersatzansprüchen von einzelnen Patienten zu rechnen, da aufgrund bisheriger Erfahrungswerte medizinische Komplikationen beim Austausch von APAP-Geräten zu erwarten seien. Daher werde nicht nur die Versorgung der Patienten ohne jegliche sachliche Rechtfertigung gefährdet, sondern ein Geräte austausch samt den damit verbundenen weiteren Aufwendungen sei von den Bietern nicht in die Preise einkalkulierbar.

Der Auftraggeber verschaffe sich mit dieser Ausschreibung eine Monopolstellung am gegenständlichen Markt für Systeme der Schlafapnoebehandlung. Das diskriminiere und benachteilige andere Anbieter, weil die Anschaffung eines Gerätes außerhalb der Gebietskrankenkasse wirtschaftlich unmöglich sei.

Die Anforderung in Beilage ./1 der Ausschreibung der Anfertigung von "individuellen Masken" sei sachlich nicht gerechtfertigt. Es bestehe kein oder nur geringer Bedarf nach einer individuell anzufertigenden Maske und der Preis sei dementsprechend hoch.

Das in Punkt 3.1 der Ausschreibung vorgesehene Musskriterium "Übernahmskonzept" betreffend den Austausch der bestehenden Geräte stelle sich als mit wirtschaftlichen Mitteln unmöglich zu erbringende Leistung dar. Diese Regelung sei rechtswidrig, weil sie in der dieser bis zum Beginn der Vertragslaufzeit zu kurz bemessen zeitlichen Spanne nur mit einem enormen zusätzlichen Aufwand erbracht werden könne.

Gemäß § 24 Abs 1 BVergG sei der Preis entweder nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisauflags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen, wobei grundsätzlich nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen sei. Das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren sei nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Die Ausschreibung sehe rechtswidriger Weise zwei einander widersprechende Regelung vor, nämlich Punkt 1.9 welcher vorsehe, dass bei der Angebotsöffnung die Preise unter Berücksichtigung aller allfälligen Nachlässe und Aufschläge mit Angabe ihres Ausmaßes zu verlesen seien und Punkt 1.14, wonach es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um ein Preisangebotsverfahren handle. Gemäß Paragraph 24, Absatz eins, BVergG sei der Preis entweder nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisauflags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen, wobei grundsätzlich nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen sei. Das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren sei nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Die Ausschreibung sehe rechtswidriger Weise zwei einander widersprechende Regelung vor, nämlich Punkt 1.9 welcher vorsehe, dass bei der Angebotsöffnung die Preise unter Berücksichtigung aller allfälligen Nachlässe und Aufschläge mit Angabe ihres Ausmaßes zu verlesen seien und Punkt 1.14, wonach es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um ein Preisangebotsverfahren handle.

Nach Punkt 1.8 der Ausschreibung "Angebotsabgabe und Einreichform" seien alle Angebote rechtsgültig zu fertigen. Darüber hinaus seien aber auch alle Seiten des Angebotes, einschließlich der Beilagen, in der rechten unteren Ecke mit einem Firmenstempel des Bieters (bei Bietergemeinschaften nur von einem Mitglied) zu versehen. Diese vertragliche Regelung widerspreche den gesetzlichen Bestimmungen, das BVergG normiere lediglich die Unterzeichnung eines jeden Angebotes, während ein Abstempeln von jeder Seite nicht vorgesehen sei. Diese Bestimmung widerspreche ebenso den allgemeinen Regeln des Zivilrechts über den Vertragsabschluss. In Ermangelung eines sachlichen Grundes für diese Beschränkung seien sie sachlich nicht gerechtfertigt und rechtswidrig. Die Angebotsabgabe werde ohne jegliche Rechtfertigung erschwert.

Nach Punkt 1.11 der Ausschreibung habe der Bieter Anfragen an den Auftraggeber bis spätestens 21. Februar 2011, 12.00 Uhr zu richten. Vor dem Hintergrund des Ablaufs der Angebotsfrist mit 14. März 2011, sei diese Regelung gemäß § 58 BVergG - der Auftraggeber habe zusätzliche Auskünfte über die Ausschreibungsunterlagen bis spätestens 6 Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote zu erteilen - rechtswidrig. Nach Punkt 1.11 der Ausschreibung habe der Bieter Anfragen an den Auftraggeber bis spätestens 21. Februar 2011, 12.00 Uhr zu richten. Vor dem Hintergrund des Ablaufs der Angebotsfrist mit 14. März 2011, sei diese Regelung gemäß Paragraph 58, BVergG - der Auftraggeber habe zusätzliche Auskünfte über die Ausschreibungsunterlagen bis spätestens 6 Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote zu erteilen - rechtswidrig.

Die Ausschreibung sei am 2. Februar 2011 veröffentlicht worden. Die in der Ausschreibung enthaltenen Erfahrungswerte des Auftraggebers, Stand 2. Quartal 2010 seien demnach nicht aktuell. Da diese veralteten Werte die einzige Orientierungshilfe für die Bewerber und Bieter darstellten, seien sie gesetzwidrig. Dem Auftraggeber sei aufzutragen die aktuellen Werte über die Patientenzahl zu veröffentlichen.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Abschluss eines Vertrages mit dem Auftraggeber: Dies habe sie bereits durch den Abruf der Ausschreibungsunterlagen sowie durch die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren kundgetan. Durch die nicht nachvollziehbare Preisangabe werde sie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Insbesondere sei nicht gewährleistet, dass sich die Zuschlagserteilung am niedrigsten Preis orientieren werde. Durch das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung für mehrere Punkte der Ausschreibung und die nicht bekanntgemachten Gründe dafür werde die Antragstellerin benachteiligt. Eine Gleichbehandlung der Antragstellerin, ein fairer Wettbewerb sowie eine Transparenz des Vergabeverfahrens seien nicht gewährleistet.

Infolge der genannten Vergaberechtsverletzungen drohe der Antragstellerin ein erheblicher Schaden, ua an Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, der anwaltlichen Vertretung und an Pauschalgebühren, die Falle der Nichtstattgabe des gegenständlichen Nachprüfungsantrages und unveränderter Fortsetzung des Vergabeverfahrens frustriert wären, in einer Gesamthöhe von Euro 2.000.

Zur unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interesse führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass es sich, angesichts der bevorstehenden Angebotsöffnung (des Widerrufs, des Abschlusses der Rahmenvereinbarung) und des gewissen Spielraums für den Auftraggeber für eine willkürliche Reihung der Angebote anhand der nicht überprüfbaren Preiskriterien, um eine akut drohende Gefahr handle. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei dringend notwendig, da mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass die Angebotsöffnung und die Zuschlagserteilung nicht rechtmäßiger Weise stattfinden werde.

Mit Schriftsatz vom 10. März 2010 machte der Auftraggeber zunächst allgemeine Angaben zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Darin verwies er auf die Anfragebeantwortung vom 4. März 2011 und die Verlängerung der Angebotsfrist bis 4. April 2011, 10.00 Uhr. Nachdem ein großer Teil der eingelangten Anfragen bereits beantwortet sei und eine zweite Fragebeantwortung sobald wie möglich erfolgen werde, sei unter Beachtung der Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 4. April 2011 die Notwendigkeit der Verhängung einer einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprächen Interessen der übrigen Bewerber und ein öffentliches Interesse. Die übrigen Bewerber könnten bei Erlassung der einstweiligen Verfügung einen wirtschaftlichen Schaden erleiden, da sie allenfalls ebenfalls für den Zuschlag in Betracht kämen. Ab 1. Juli 2011 sei die Versorgung eines Teils der Versicherten der Auftraggeberin gefährdet, da der bis zu diesem Zeitpunkt aufrechte Vertrag wegen der langen Kündigungsfrist bereits mit Ende des Jahres 2010 gekündigt worden sei. Eine alternative Lösung in diesem Bereich sei mit erheblichen finanziellen Nachteilen für die Auftraggeberin und damit für ihre Versicherten verbunden. Die Durchführung eines

Vergabeverfahrens brächte neben der wesentlichen Verbesserung der Qualität der ausgeschriebenen Leistungen auch eine Verringerung der ursprünglichen Tagespauschale mit sich, was mit erheblichen Einsparungen verbunden wäre. Durch die Aufschiebung des Vergabeverfahrens entstünden somit den Beitragszahlern wesentliche Nachteile. In der Gesamtbetrachtung überwiegen jedenfalls die nachteiligen Folgen. Die Auftraggeberin beantragt die Abweisung des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse ist öffentliche Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 10. 10. 2008, N/0082-BVA/09/2008-56 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 offene 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 10,500.000 (ohne Ust.). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse ist öffentliche Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 10. 10. 2008, N/0082-BVA/09/2008-56 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 Paragraph 5, BVergG, welcher in einem offene 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 10,500.000 (ohne Ust.). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bzw. die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen derselben. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und den im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird 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, in der Folge für die Angebotsabgabe und somit letztlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da 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 behauptet rechtswidrigen Ausschreibung beabsichtigt ist. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, 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 eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. 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 behauptet rechtswidrigen Ausschreibung beabsichtigt ist. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, 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 eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. 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 Interessen der Antragstellerin bestehen in der Abwendung der angesichts der bevorstehenden Angebotsöffnung (des Widerrufs, des Abschlusses der Rahmenvereinbarung) und des gewissen Spielraums für den Auftraggeber für eine willkürliche Reihung der Angebote anhand der nicht überprüfbaren Preiskriterien drohenden Gefahr. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei dringend notwendig, da mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass die Angebotsöffnung und die Zuschlagserteilung nicht rechtmäßiger Weise stattfinden werde.

Die Auftraggeberin machte hingegen geltend, dass einerseits die übrigen Bewerber durch den Aufschub der Vergabe des vorliegenden Auftrags wirtschaftlich geschädigt würden. Andererseits drohten Versorgungsengpässe bei den Versicherten der Auftraggeberin ab dem 1. Juli 2011. Überdies seien durch das Vergabeverfahren wirtschaftliche und qualitative Verbesserungen der Leistungserbringung zu erwarten.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens 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), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, 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).

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens 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), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und

schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, 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).

Stellt man nun die Interessen der Antragstellerin jenen der Auftraggeberin gegenüber, ist zu beachten, dass zwei weitere Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung beim Bundesvergabeamt anhängig sind, die beide nach der Anfragebeantwortung und in Kenntnis der Anfragebeantwortung eingebracht wurden. Dies zeigt, dass die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung auch von anderen Bewerbern hinterfragt wird. Da auch sie ein Interesse an der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zeigen, ist die von der Auftraggeberin behauptete wirtschaftliche Schädigung anderer Bewerber nicht anzunehmen. Weiters würde diese den Vergaberechtsschutz unmöglich machen, wenn aus Rücksichtnahme auf andere Bewerber oder Bieter auf den provisorischen Rechtsschutz verzichtet würde. Die Versorgungssicherheit ist nach dem Vorbringen der Auftraggeberin jedenfalls bis 30. Juni 2011 gewährleistet. Das Nachprüfungsverfahren sollte nicht länger als sechs Wochen dauern, sodass eine rechtzeitige Vergabe möglich sein sollte. Überdies hat der Auftraggeber Vorverfahren abzuwarten. Im Dringlichkeitsfall wäre es der Auftraggeberin möglich, vorläufige Maßnahmen zu treffen, um die Versorgung sicherzustellen. Diese dürfen allerdings das Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht beeinflussen oder es obsolet machen (EuGH 14. 6. 2007, Rs C-6/05, Medipac-Kazantzidis, Slg 2007, I-4557 = RPA-Slg-Int 2007/1, Rn 61). Da bis zu diesem Zeitpunkt aus dem derzeit bestehenden Vertrag zu den fixierten Konditionen bezogen wird, kann auch eine wirtschaftliche und qualitative Verbesserung der Leistung nicht vor diesem Zeitpunkt eintreten. Insgesamt überwiegen daher die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung jene der übrigen Bieter und der Auftraggeberin. Die behaupteten öffentlichen Interessen konnten nicht festgestellt werden.

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. Diese muss die geringste noch zum Ziel führende Maßnahme sein. Da sich die Ausschreibung nur bis zur Angebotsöffnung ändern lässt, ohne die Ausschreibung gänzlich obsolet zu machen, war die Angebotsöffnung zu untersagen (zB BVA 26. 11. 2010, N/0098-BVA/10/2010-EV10). Der Widerruf der Ausschreibung kann bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen sogar eine gesetzliche Verpflichtung der Auftraggeberin darstellen. Ihn in der derzeitigen Situation zu untersagen, würde die Auftraggeberin gegebenenfalls daran hindern, ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen. Anders als bei einem Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, bei dem die Rechtmäßigkeit des Widerrufs Verfahrensgegenstand ist, ist im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung Verfahrensgegenstand. Eine Widerrufsentscheidung hat die Auftraggeberin bisher nicht veröffentlicht oder den Bewerbern bekannt gegeben. Ohne Widerrufsentscheidung könnte sie rechtmäßig das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Sollte eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben werden, stünde es der Antragstellerin offen, diese einer Nachprüfung zu unterziehen. Im gegenwärtigen Stand des Vergabeverfahrens ist die Untersagung der Erklärung des Widerrufs daher nicht erforderlich (zB BVA 11. 3. 2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14). Da die Auftraggeberin eine Rahmenvereinbarung nur auf der Grundlage von Angeboten abschließen kann, genügt die Untersagung der Angebotsöffnung. Diese Maßnahme ginge daher ins Leere (zB BVA 1. 3. 2011, N/0013-BVA/12/2011-EV4).

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, sie 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 fest gesetzten 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; 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, sie 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 fest gesetzten 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]).

Schlagworte

Einstweilige Verfügung; Anzuordnende Maßnahme; Gelindestes Mittel;

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