

TE Verg Bescheid 2009/5/26 N/0051-BVA/10/2009-EV16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.05.2009

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

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

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 durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen Tiroler Gebietskrankenkasse, Kärntner Gebietskrankenkasse und Wiener Gebietskrankenkasse alle vertreten durch die Kärntner Gebietskrankenkasse vertreten durch X*** Rechtsanwälte eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 19. Mai 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen Tiroler

Gebietskrankenkasse, Kärntner Gebietskrankenkasse und Wiener Gebietskrankenkasse alle vertreten durch die Kärntner Gebietskrankenkasse vertreten durch X*** Rechtsanwälte eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 19. Mai 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Den Auftraggebern wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, im Vergabeverfahren 'Lieferung von Trink- und Sondennahrung' hinsichtlich Los 1 den Zuschlag dem Angebot der B*** und hinsichtlich Los 3 den Zuschlag dem Angebot der C*** zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK", hinsichtlich der Lose 1 und 3 den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 19. Mai 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose 1 und 3 im Vergabeverfahren "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen Kärntner Gebietskrankenkasse, Tiroler Gebietskrankenkasse und Wiener Gebietskrankenkasse, alle im Vergabeverfahren vertreten durch die Kärntner Gebietskrankenkasse. Nach Darstellung des Sachverhaltes macht die Antragstellerin den Verlust der Chance auf Erteilung des Zuschlags in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der Leistungen, den entgangenen Gewinn und den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts als drohenden Schaden geltend. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG, insbesondere in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Bewertung der Angebote, ihrem Recht auf Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung bei Vorliegen unangemessen niedriger Preise (insbesondere hinsichtlich der Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen) und Erteilung des Zuschlags auf ein Angebot mit einem angemessenen Preis verletzt. Darüber hinaus erachtet sie sich in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Begründung der Zuschlagsentscheidung, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags und der Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Die angefochtenen Entscheidungen, den Zuschlag hinsichtlich des Loses 1 dem Angebot der B*** und hinsichtlich des Loses 3 der C*** erteilen zu wollen, seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit nannte sie im Wesentlichen, dass die mitgeteilte Begründung der Zuschlagsentscheidung mangelhaft sei. Die mitgeteilten Informationen erlaubten nicht, die Vorteile des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebots zu erkennen und zu beurteilen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen worden sei. Mangels verbaler Begründung sei sie nicht nachvollziehbar. Die Mitteilung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei daher mangels Erfüllung der inhaltlichen Mindestvoraussetzungen des § 131 Abs 1 BVergG fehlerhaft und somit mit Rechtswidrigkeit belastet und für nichtig zu erklären. Aufgrund der auffallend niedrigen Preise hätten die Auftraggeberinnen eine vertiefte Angebotsprüfung bei den erstgereihten Angeboten in den Losen 1 und 3 durchführen müssen, da das Angebot der B*** in Los 1 den Durchschnittspreis der Angebote um etwa 40 % und jenes der C*** in Los 3 den Durchschnittspreis der Angebote um etwa 44 % unterschreite. Die durchschnittlich üblichen Marktpreise für vergleichbare Leistungen würden sogar um bis zu 45 % unterschritten. Dieser Umstand müsse ins Auge fallen. Bei ordnungsgemäßer Durchführung der Angebotsprüfung wären die Angebote auszuschneiden gewesen. Die Angebote seien betriebswirtschaftlich nicht erklärbar. Es handle sich bei Vergleich mit dem übrigen Markt um Unterangebote. Die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen hätten damit spekuliert, dass bestimmte in den einzelnen Positionen des

Leistungsverzeichnisses vorgesehene Mengen nicht zur Ausführung gelangten. Die Angebote seien unvollständig, da der Antragstellerin aus der Branchenkenntnis bekannt sei, dass die beiden in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen nicht alle anzubietenden Produkte anbieten könnten. Die B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 19. Mai 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose 1 und 3 im Vergabeverfahren "Trink- und Sondernahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen Kärntner Gebietskrankenkasse, Tiroler Gebietskrankenkasse und Wiener Gebietskrankenkasse, alle im Vergabeverfahren vertreten durch die Kärntner Gebietskrankenkasse. Nach Darstellung des Sachverhaltes macht die Antragstellerin den Verlust der Chance auf Erteilung des Zuschlags in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb zur Vergabe der Leistungen, den entgangenen Gewinn und den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts als drohenden Schaden geltend. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, insbesondere in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Bewertung der Angebote, ihrem Recht auf Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung bei Vorliegen unangemessen niedriger Preise (insbesondere hinsichtlich der Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen) und Erteilung des Zuschlags auf ein Angebot mit einem angemessenen Preis verletzt. Darüber hinaus erachtet sie sich in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Begründung der Zuschlagsentscheidung, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags und der Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Die angefochtenen Entscheidungen, den Zuschlag hinsichtlich des Loses 1 dem Angebot der B*** und hinsichtlich des Loses 3 der C*** erteilen zu wollen, seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit nannte sie im Wesentlichen, dass die mitgeteilte Begründung der Zuschlagsentscheidung mangelhaft sei. Die mitgeteilten Informationen erlaubten nicht, die Vorteile des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebots zu erkennen und zu beurteilen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen worden sei. Mangels verbaler Begründung sei sie nicht nachvollziehbar. Die Mitteilung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei daher mangels Erfüllung der inhaltlichen Mindestvoraussetzungen des Paragraph 131, Absatz eins, BVergG fehlerhaft und somit mit Rechtswidrigkeit belastet und für nichtig zu erklären. Aufgrund der auffallend niedrigen Preise hätten die Auftraggeberinnen eine vertiefte Angebotsprüfung bei den erstgereichten Angeboten in den Losen 1 und 3 durchführen müssen, da das Angebot der B*** in Los 1 den Durchschnittspreis der Angebote um etwa 40 % und jenes der C*** in Los 3 den Durchschnittspreis der Angebote um etwa 44 % unterschreite. Die durchschnittlich üblichen Marktpreise für vergleichbare Leistungen würden sogar um bis zu 45 % unterschritten. Dieser Umstand müsse ins Auge fallen. Bei ordnungsgemäßer Durchführung der Angebotsprüfung wären die Angebote auszuschneiden gewesen. Die Angebote seien betriebswirtschaftlich nicht erklärbar. Es handle sich bei Vergleich mit dem übrigen Markt um Unterangebote. Die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen hätten damit spekuliert, dass bestimmte in den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses vorgesehene Mengen nicht zur Ausführung gelangten. Die Angebote seien unvollständig, da der Antragstellerin aus der Branchenkenntnis bekannt sei, dass die beiden in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen nicht alle anzubietenden Produkte anbieten könnten.

Die Antragstellerin erhob das Vorbringen des Nachprüfungsantrags zum Vorbringen des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Dazu führte sie im Wesentlichen aus, dass der Erhalt des Auftrags die Möglichkeit einer ex post Feststellung der Rechtswidrigkeit überwiege. Ein möglicher Schadenersatz könne die Erteilung des Auftrags nicht überwiegen. Es bestehe ein Interesse an der Erteilung des Zuschlags an den tatsächlichen Bestbieter. Es sei eine wesentliche Zielsetzung des vergaberechtlichen Primärschutzes, den Bieter auch vor jenen Schäden zu schützen, die nicht im Wege eines späteren Schadenersatzanspruchs abgedeckt werden könnten. Der einstweiligen Aussetzung des Vergabeverfahrens stünde kein besonderes Interesse des Auftraggebers entgegen. Der Auftraggeber habe die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Er habe die Situation geschaffen, die die Erlassung einer einstweiligen Verfügung notwendig mache. Wegen des Unterlassens von Einwendungen gegen die einstweiligen Verfügungen in den Vorverfahren scheine keine besondere Dringlichkeit zu bestehen. Es bestünden keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden öffentlichen Interessen. Die Interessenabwägung müsse daher zugunsten des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausfallen.

Mit Schriftsatz vom 22. Mai 2009 teilten die Auftraggeberinnen die Vertretungsvollmacht mit, erteilten die erbetenen Auskünfte zum Vergabeverfahren, gaben an, im Hinblick auf eine rasche Entscheidungsfindung keine Einwände gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu haben, stellten die Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens und eine inhaltliche Stellungnahme in Aussicht und beantragten die Zurück-, in eventu Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin.

Mit Schriftsatz vom 25. Mai 2009 teilte die B*** die rechtliche Vertretung mit, nahm zur Einsicht in ihr Angebot Stellung und stellte einen Teilnahmeantrag in Aussicht.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Kärntner Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse und die Wiener Gebietskrankenkasse beschaffen Trink- und Sondennahrung. Die Kärntner Gebietskrankenkasse ist dabei die vergebende Stelle. Die Ausschreibung erfolgt in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. (Auskunft der Auftraggeber im Vorverfahren N/0006-BVA/10/2009)

Der geschätzte Auftragswert beträgt mindestens Euro 850.000 jährlich. (Auskünfte der Auftraggeberinnen)

Am 14. November 2008 sandten die Auftraggeber eine Vorinformation ab, die im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 18. November 2008, 2008/S 224-298035, nationale Erkennungsnummer L-447173-8b14, veröffentlicht wurde. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu)

Am 16. Jänner 2009 sandten die Auftraggeber die Bekanntmachung des Auftrags ab, die im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 17. Jänner 2009, 2009/S 11-014836, nationale Erkennungsnummer L-449808-9116, veröffentlicht wurde. Die erste Berichtigung der Ausschreibung wurde am 28. Jänner 2009 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2009/S 18-024497, veröffentlicht. Als ergänzende Information machten die Antragstellerinnen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 20. Februar 2009, 2009/S 35-050281, nationale Erkennungsnummer L-451853-9218, bekannt, dass wegen eines Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist vorerst ausgesetzt war. Die zweite Berichtigung der Ausschreibung wurde am 19. März 2009 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2009/S 54-076991, nationale Erkennungsnummer L-453596-9317, veröffentlicht. Darin wurden der Punkt 4.3 der Ausschreibung geändert, Erläuterung zu Punkt 2.2.2 der Ausschreibung gegeben und ein neues Ende der Angebotsfrist und ein neuer Termin für die Angebotsöffnung festgelegt. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber nach Punkt II.1.1 "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" lautet. Unter Punkt II.1.2 der Auftrag wird darin als "Lieferung", "Kauf", "Hauptlieferort: Bundesländer - Wien, Kärnten und Tirol", "NUTS-Code: AT" bezeichnet. Es handelt sich nach Punkt II.1.3 um einen öffentlichen Auftrag. Als kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens ist in Punkt II.1.5 "Trink- und Sondennahrung - Versorgung für die Bereiche der Wiener-, Tiroler- und Kärntner Gebietskrankenkasse" genannt. Der CPV-Code ist nach Punkt II.1.6 15880000. Nach Punkt II.1.8 ist der Auftrag in Lose aufgeteilt und es können Angebote für ein oder mehrere Lose eingereicht werden. Varianten/Alternativangebote sind nach Punkt II.1.9 zulässig. Nach Punkt II.2.2 sind Optionen in den Positionen K5, K6, T5, T6, W5 und W6 laut Leistungsverzeichnis vorgesehen. Die Vertragslaufzeit soll nach Punkt II.3 24 Monate ab Auftragsvergabe betragen. Bei den Angaben zu den Losen finden sich lediglich zwei Lose mit den Bezeichnungen für "LOS-NR. 1" "Los 1 - Wiener GKK; Los 2 - Kärntner und Tiroler GKK" sowie "LOS-NR. 2" "Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK". Nach Punkt IV.1.1 findet ein offenes Verfahren statt. Der Zuschlag soll gemäß Punkt IV.2.1 dem wirtschaftlich günstigsten Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind, erteilt werden. Der Schlusstermin für die Anforderung oder die Einsicht in Unterlagen war nach Punkt IV.3.3 der 26. März 2009, 12.00 Uhr. Das Ende der Angebotsfrist war nach Punkt IV.3.4 der 3. April 2009, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte nach Punkt IV.3.8 am 3. April 2009, 10.15 Uhr, stattfinden. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu; Auskunft der Auftraggeber; Unterlagen des Vergabeverfahrens) Am 16. Jänner 2009 sandten die Auftraggeber die Bekanntmachung des Auftrags ab, die im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 17. Jänner 2009, 2009/S 11-014836, nationale Erkennungsnummer L-449808-9116, veröffentlicht wurde. Die erste Berichtigung der Ausschreibung wurde am 28. Jänner 2009 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2009/S 18-024497, veröffentlicht. Als ergänzende Information machten die Antragstellerinnen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 20. Februar 2009, 2009/S 35-

050281, nationale Erkennungsnummer L-451853-9218, bekannt, dass wegen eines Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist vorerst ausgesetzt war. Die zweite Berichtigung der Ausschreibung wurde am 19. März 2009 im Supplement zu Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2009/S 54-076991, nationale Erkennungsnummer L-453596-9317, veröffentlicht. Darin wurden der Punkt 4.3 der Ausschreibung geändert, Erläuterung zu Punkt 2.2.2 der Ausschreibung gegeben und ein neues Ende der Angebotsfrist und ein neuer Termin für die Angebotsöffnung festgelegt. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber nach Punkt römisch zwei.1.1 "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" lautet. Unter Punkt römisch zwei.1.2 der Auftrag wird darin als "Lieferung", "Kauf", "Hauptlieferort: Bundesländer - Wien, Kärnten und Tirol", "NUTS-Code: AT" bezeichnet. Es handelt sich nach Punkt römisch zwei.1.3 um einen öffentlichen Auftrag. Als kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens ist in Punkt römisch zwei.1.5 "Trink- und Sondennahrung - Versorgung für die Bereiche der Wiener-, Tiroler- und Kärntner Gebietskrankenkasse" genannt. Der CPV-Code ist nach Punkt römisch zwei.1.6 15880000. Nach Punkt römisch zwei.1.8 ist der Auftrag in Lose aufgeteilt und es können Angebote für ein oder mehrere Lose eingereicht werden. Varianten/Alternativangebote sind nach Punkt römisch zwei.1.9 zulässig. Nach Punkt römisch zwei.2.2 sind Optionen in den Positionen K5, K6, T5, T6, W5 und W6 laut Leistungsverzeichnis vorgesehen. Die Vertragslaufzeit soll nach Punkt römisch zwei.3 24 Monate ab Auftragsvergabe betragen. Bei den Angaben zu den Losen finden sich lediglich zwei Lose mit den Bezeichnungen für "LOS-NR. 1" "Los 1 - Wiener GKK; Los 2 - Kärntner und Tiroler GKK" sowie "LOS-NR. 2" "Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK". Nach Punkt römisch vier.1.1 findet ein offenes Verfahren statt. Der Zuschlag soll gemäß Punkt römisch vier.2.1 dem wirtschaftlich günstigsten Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind, erteilt werden. Der Schlusstermin für die Anforderung oder die Einsicht in Unterlagen war nach Punkt römisch vier.3.3 der 26. März 2009, 12.00 Uhr. Das Ende der Angebotsfrist war nach Punkt römisch vier.3.4 der 3. April 2009, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte nach Punkt römisch vier.3.8 am 3. April 2009, 10.15 Uhr, stattfinden. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu; Auskunft der Auftraggeber; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen sind als Auftraggeber Kärntner Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse und die Wiener Gebietskrankenkasse genannt. Das Vergabeverfahren führt die Kärntner Gebietskrankenkasse durch. Nach Punkt 1.2 der Ausschreibungsunterlagen ist das Angebot auf Basis der "allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 0 bis 3 der Ausschreibungsunterlagen)", der "Vertragsbestimmungen (Punkt 4 der Ausschreibungsunterlagen)", des "Leistungsverzeichnis[ses] (Beilage ./1 der Ausschreibungsunterlagen)", der "sonstigen in Punkt 5 angeführten Beilagen" sowie "allfälliger Fragebeantwortungen und Berichtigungen zu den Ausschreibungsunterlagen" zu erstellen. Nach Punkt 1.4 versorgt die Tiroler Gebietskrankenkasse der ca 450 Patienten, die Wiener Gebietskrankenkasse ca 1630 Patienten, davon ca 400 Patienten in Pflegeheimen und die Kärntner Gebietskrankenkasse ca 550 Patienten, davon ca 310 Patienten an privater Adresse, sowie in 92 Heimen ca 240 Patienten, ständig mit den im Leistungsverzeichnis enthaltenen Artikeln. Die Daten stammen aus 2007. Nach Punkt 1.5. wird das Verfahren als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durchgeführt. (Feststellungen im dasselbe Vergabeverfahren betreffenden Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 18.2.2009, N/0005-BVA/10/2009-EV9)

Am 3. April 2009 fand die Angebotsöffnung statt. Es wurden Angebote von fünf Bietern geöffnet. Im Zuge der Angebotsprüfung wurde kein Angebot ausgeschieden. Am 5. Mai 2009 gaben die Auftraggeberinnen allen Bietern die Zuschlagsentscheidung per Telefax bekannt. (Auskünfte der Auftraggeberinnen)

In der Zuschlagsentscheidung wurde die B*** als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für die Lose 1 und 2 und die C*** als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für Lose 3 und 4 bekannt gegeben. Die Angebote hatten jeweils die Gewichtung 100 %. Die Angebote der Antragstellerin zu den einzelnen Losen wurden wie folgt bewertet: Los 1: 57,10 %, Los 3: 64,34 %. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 19. Mai 2009 angegeben. Weitere Angaben enthielt die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht. (Blg. ./1 zum Nachprüfungsantrag)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskünfte der Auftraggeberinnen)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 2.400 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die in Kopie vorgelegte Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, Informationen aus dem

Vorverfahren N/0005-BVA/10/2009, in dem alle an diesem Verfahren beteiligten Parteien Partei waren, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG sind die Kärntner Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse und die Wiener Gebietskrankenkasse. Sie sind Körperschaften öffentlichen Rechts. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (VfGH 28.2.2000, B 2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15; BVA 25.4.2006, N/0013- BVA/08/2006-73; BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die Kärntner Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse und die Wiener Gebietskrankenkasse. Sie sind Körperschaften öffentlichen Rechts. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (VfGH 28.2.2000, B 2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15; BVA 25.4.2006, N/0013- BVA/08/2006-73; BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme Der Auftraggeberinnen, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme Der Auftraggeberinnen, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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

Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 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 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe des Loses 1 an die B*** sowie des Loses 3 an die C*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 spätere 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 Vergabe des Loses 1 an die B*** sowie des Loses 3 an die C*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen zusammengefasst in der Abwendung des drohenden Schadens und im Erhalt des Auftrags sowie der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter.

Der Auftraggeber hat keine Einwände gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

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/03/2008-7EV; 30.12.2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), 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 (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). 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/03/2008-7EV; 30.12.2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), 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 (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

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 Exekutionsordnung [2000], § 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. Die Auftraggeberin 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; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4). 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 Exekutionsordnung [2000], 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. Die Auftraggeberin 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; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4).

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird gesondert entschieden werden.

Schlagworte

gelindestes Mittel; Frist der Maßnahme;

Zuletzt aktualisiert am

14.08.2009

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