

TE Verg Bescheid 2009/5/22 N/0049-BVA/10/2009-EV16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.05.2009

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

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, Wiener Gebietskrankenkasse alle vertreten durch die Kärntner Gebietskrankenkasse, vertreten durch X*** Rechtsanwälte eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 15. 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, Wiener Gebietskrankenkasse alle vertreten durch die Kärntner Gebietskrankenkasse, vertreten durch X*** Rechtsanwälte eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 15. Mai 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Den Anträgen, "das Bundesvergabeamt möge durch einstweilige Verfügung anordnen, dass bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag der Lauf der Stillhaltefrist vorübergehend ausgesetzt und den Antragsgegnerinnen die Erteilung des Zuschlags bei sonstiger Nichtigkeit untersagt werde", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 5. Mai 2009 in dem Vergabeverfahren "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen wird ausgesetzt.

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

Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird abgewiesen.

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 Antragstellerin stellte am 15. Mai 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren samt Anträgen auf Mitteilung der Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes und der Vorteile der erfolgreichen Angebote sowie Anträge auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und Akteneinsicht den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen. Sie führte darin Wesentlichen aus, dass sie sich am Vergabeverfahren beteiligt und für alle vier ausgeschriebenen Lose Angebote gelegt habe. Am 5. Mai 2009 sei ihr mit Telefax die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Diese stelle weder die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin noch die Merkmale und angeblichen Vorteile der erfolgreichen Angebote der beiden für die Firma B*** auftretenden Bieter C*** und D*** nachvollziehbar dar. Sie habe berechtigten Grund zur Annahme, dass die für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebote tatsächlich nur aufgrund einer systematischen, für Mitbewerber ruinösen Preiskalkulation der beiden erfolgreichen Bieter eine günstigere Bewertung erfahren hätten. Weiters seien die hohen Beurteilungsergebnisse für die Angebote der erfolgreichen Bieter und die vergleichsweise ungünstige Bewertung der Antragstellerin ganz offenbar auf eine mangelhafte Prüfung der Angebote und eine unrichtige Bewertung durch die Auftraggeberinnen zurückzuführen. Die Antragstellerin fühle sich aufgrund der getroffenen Zuschlagsentscheidung insbesondere in ihrem Recht auf ein ordentliches Verfahren nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens iSd § 19 BVergG 2006 verletzt, da im vorliegenden Fall die Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bieter nicht eingehalten worden sei. Die Angebote der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen seien entweder auszuschneiden oder deutlich schlechter zu bewerten gewesen. Es hätte eine vertiefte Angebotsprüfung stattfinden müssen. Eine Vergleichskalkulation der Antragstellerin habe ergeben, dass die Durchführung des Auftrags zu den angebotenen Preisen einen Verlust für den Anbieter B*** in der Höhe von Euro 250.000 ergebe. Dabei seien die Kosten für Ernährungspumpen zur Verabreichung der Sondennahrung in der Größenordnung zwischen Euro 20.000 und Euro 30.000 noch nicht berücksichtigt. Diese aggressive Vorgangsweise sei mit den Grundsätzen des lauten Wettbewerbs nicht vereinbar. Die B*** verfüge nicht über die nötigen Kapazitäten, um den Auftrag zu erfüllen. Nachdem die Bestbieterinnen auf die Produkte der B*** zurückgriffen, könnten sie im Bereich Sondennahrung in der Pädiatrie nicht sämtliche Produkte aus der Ausschreibung angeboten haben. Die B*** beschäftige zu wenige Mitarbeiter, um das Muss-Kriterium "Fachberatung" erfüllen zu können. Die Antragstellerin stellte am 15. Mai 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren samt Anträgen auf Mitteilung der Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes und der Vorteile der erfolgreichen Angebote sowie Anträge auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und Akteneinsicht den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen. Sie führte darin Wesentlichen aus, dass sie sich am Vergabeverfahren beteiligt und für alle vier ausgeschriebenen Lose Angebote gelegt habe. Am 5. Mai 2009 sei ihr mit Telefax die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Diese stelle weder die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin noch die Merkmale und angeblichen Vorteile der erfolgreichen Angebote der beiden für die Firma B*** auftretenden Bieter

C*** und D*** nachvollziehbar dar. Sie habe berechtigten Grund zur Annahme, dass die für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebote tatsächlich nur aufgrund einer systematischen, für Mitbewerber ruinösen Preiskalkulation der beiden erfolgreichen Bieter eine günstigere Bewertung erfahren hätten. Weiters seien die hohen Beurteilungsergebnisse für die Angebote der erfolgreichen Bieter und die vergleichsweise ungünstige Bewertung der Antragstellerin ganz offenbar auf eine mangelhafte Prüfung der Angebote und eine unrichtige Bewertung durch die Auftraggeberinnen zurückzuführen. Die Antragstellerin fühle sich aufgrund der getroffenen Zuschlagsentscheidung insbesondere in ihrem Recht auf ein ordentliches Verfahren nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 19, BVergG 2006 verletzt, da im vorliegenden Fall die Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bieter nicht eingehalten worden sei. Die Angebote der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen seien entweder auszuschneiden oder deutlich schlechter zu bewerten gewesen. Es hätte eine vertiefte Angebotsprüfung stattfinden müssen. Eine Vergleichskalkulation der Antragstellerin habe ergeben, dass die Durchführung des Auftrags zu den angebotenen Preisen einen Verlust für den Anbieter B*** in der Höhe von Euro 250.000 ergebe. Dabei seien die Kosten für Ernährungspumpen zur Verabreichung der Sondennahrung in der Größenordnung zwischen Euro 20.000 und Euro 30.000 noch nicht berücksichtigt. Diese aggressive Vorgangsweise sei mit den Grundsätzen des lauten Wettbewerbs nicht vereinbar. Die B*** verfüge nicht über die nötigen Kapazitäten, um den Auftrag zu erfüllen. Nachdem die Bestbieterinnen auf die Produkte der B*** zurückgriffen, könnten sie im Bereich Sondennahrung in der Pädiatrie nicht sämtliche Produkte aus der Ausschreibung angeboten haben. Die B*** beschäftige zu wenige Mitarbeiter, um das Muss-Kriterium "Fachberatung" erfüllen zu können.

Die Antragstellerin erhob Vorbringen des Nachprüfungsantrags auch zum Vorbringen des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass der Antragstellerin im Falle der Zuschlagserteilung vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens, welches über keine aufschiebende Wirkung verfüge, insofern ein unwiederbringlicher Schaden entstehe, als ihre Rechtsposition durch die bevorstehende Zuschlagserteilung an die beiden Bieter C*** und D*** wesentlich beeinträchtigt würde. Die drohenden nachteiligen Folgen für die Antragstellerin könnten nur durch Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden, da nur diese aufschiebende Wirkung entfalten könne. Für die Antragstellerin seien keine Interessen der Auftraggeberinnen oder der Allgemeinheit erkennbar, die gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Mit Schriftsatz vom 18. Mai 2009 teilten die Auftraggeberinnen das Vertretungsverhältnis mit, gaben, keinen Einwand gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu haben, und stellten die Erteilung der allgemeinen Auskünfte, die Aktenvorlage sowie eine inhaltliche Stellungnahme in Aussicht.

Am 19. Mai 2009 teilte die C*** mit, dass sie durch die Z*** Rechtsanwälte OG vertreten werde, ersuchte um Zustellung der Beilagen zum Nachprüfungsantrag, stellte die Erhebung begründeter Einwendungen in Aussicht und ersuchte, ihr Angebot von der Akteneinsicht durch andere Bieter auszunehmen.

Eine andere Bieterin beantragte in dem zur Zahl N/0051-BVA/10/2009 beim Bundesvergabeamt geführten Verfahren die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren hinsichtlich der Lose 1 und 3.

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 im Verfahren N/0051-BVA/10/2009 betreffen die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren)

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 zu 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 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, 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 zu 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[s]es" (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 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 19.2.2009, N/0006- BVA/10/2009-EV12)

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 im Verfahren N/0051-BVA/10/2009 betreffen die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren)

In der Zuschlagsentscheidung wurde die C*** als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für die Lose 1 und 2 und die D*** 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: 73,29 %, Los 2: 83,71 %, Los 3: 70,80 %, Los 4: 88,03 %. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 19. Mai 2009 angegeben. Weitere Angaben enthielt die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht. (Blg. ./2 zum Nachprüfungsantrag)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskünfte der Auftraggeberinnen im Verfahren N/0051-BVA/10/2009 betreffen die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren)

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/0006-BVA/10/2009, in dem alle an diesem Verfahren beteiligten Parteien Partei waren, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann, die sie in dem Verfahren N/0051-BVA/10/2009, das das selbe Vergabeverfahren und die selbe angefochtene Entscheidung betrifft, erteilt hat. 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.

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, B2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VfGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VfGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VfGH 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, B2184/98; 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 des Auftraggebers im Parallelverfahren N/0051-BVA/10/2009, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers im Parallelverfahren N/0051-BVA/10/2009, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung 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 der Lose 1 und 2 an die C*** sowie der Lose 3 und 4 an die D*** 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 der Lose 1 und 2 an die C*** sowie der Lose 3 und 4 an die D*** 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 in der Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens durch den endgültigen Verlust des Auftrags.

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 Bundesvergabebeamtes 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), 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 Bundesvergabebeamtes 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), 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.

Die Untersagung der Zuschlagserteilung verhindert eine Beendigung des Vergabeverfahrens vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung nimmt ihr die Wirkung und verhindert - mangels gesetzlicher Nichtigkeitssanktion - die Zuschlagserteilung, da diese nur auf Grundlage der Zuschlagsentscheidung erfolgen kann. Die Kombination beider Mittel belastet die Auftraggeberin stärker als nötig, da sie lediglich in dem Ausmaß belastet ist, das zur Absicherung des Nachprüfungsverfahrens unbedingt erforderlich ist, im Übrigen jedoch ihre volle Handlungsfreiheit behält. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigkeitsklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Die weiteren begehrten Maßnahmen betreffen die Akteneinsicht, die in weiterer Folge nach Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens beim Bundesvergabebeamten jederzeit nach vorheriger Terminvereinbarung möglich sein wird, sowie die Begründung der Zuschlagsentscheidung, die die Auftraggeberinnen ohnehin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens im Rahmen der inhaltlichen Stellungnahme, die der Antragstellerin jedenfalls zugestellt werden wird, abgeben werden müssen. Beide beantragte Maßnahmen stellen daher keine geeigneten Maßnahmen dar, den drohenden Schaden vorläufig hintanzuhalten, sondern beabsichtigen ergänzende Ermittlungen im Zuge des Nachprüfungsverfahrens. Auf den Gang des Vergabeverfahrens haben sie keinen Einfluss.

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).

Schlagworte

Aussetzen der Zuschlagsentscheidung; 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