

TE Verg Bescheid 2009/2/18 N/0005-BVA/10/2009-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.02.2009

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

BESCHIED

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 Auftraggeber Wiener Gebietskrankenkasse, Tiroler Gebietskrankenkasse, Kärntner 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 11. Februar 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 Auftraggeber Wiener

Gebietskrankenkasse, Tiroler Gebietskrankenkasse, Kärntner 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 11. Februar 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Den Anträgen, "das BVA möge für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der die Angebotsfrist ausgesetzt wird und den Auftraggebern die Öffnung von Angeboten untersagt wird", 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", den die Angebote zu öffnen. Weiters wird die Angebotsfrist ausgesetzt.

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 11. Februar 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung der Punkte 2.2.2, 3, 4.3 und 4.4 der Ausschreibungsunterlagen. Die Antragstellerin stellte am 11. Februar 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung der Punkte 2.2.2, 3, 4.3 und 4.4 der Ausschreibungsunterlagen.

Als Schaden machte sie den Verlust auf die Chance auf Angebotsabgabe- und Bewertung in einem vergaberechtskonformen Verfahren und Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe von Leistungen, die bisher angelaufenen Kosten für die Vorbereitung der Angebotslegung, die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung in diesem Nachprüfungsverfahren in der Höhe von Euro 5.000, entgangenen Gewinn in der Höhe von Euro 350.000 sowie den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts geltend. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, ua gemäß § 19 Abs 1 BVergG verletzt. Insbesondere erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Abgabe und Bewertung eines chancenreichen Angebots, auf die Festlegung vergaberechtskonformer Eignungs- und Zuschlagskriterien, an der Teilnahme an einem transparenten, mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahrens sowie der Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb verletzt. Bei Unterbleiben der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten sei ein anderer Verfahrensausgang möglich. Als Schaden machte sie den Verlust auf die Chance auf Angebotsabgabe- und Bewertung in einem vergaberechtskonformen Verfahren und Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe von Leistungen, die bisher angelaufenen Kosten für die Vorbereitung der Angebotslegung, die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung in diesem Nachprüfungsverfahren in der Höhe von Euro 5.000, entgangenen Gewinn in der Höhe von Euro 350.000 sowie den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts geltend. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, ua gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt. Insbesondere erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Abgabe und Bewertung eines chancenreichen Angebots, auf die Festlegung vergaberechtskonformer Eignungs- und Zuschlagskriterien, an der Teilnahme an einem transparenten, mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahrens sowie der Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb verletzt. Bei Unterbleiben der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten sei ein anderer Verfahrensausgang möglich.

Als Gründe für die Rechtswidrigkeit führte sie im Wesentlichen aus, dass in Punkt 2.2.2 der Ausschreibungsunterlagen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter Anderem ein funktionierendes elektronisches Bestellwesen für alle ausgeschriebenen Lose verlangt wird, das die Kompatibilität bzw Datenlesbarkeit aus dem XML-Format, die Zur-Verfügung-Stellung eines Ordners auf einem ftp-Server sowie die Zugriffsmöglichkeiten der Auftraggeberinnen auf diesen ftp-Server umfasst. Lediglich die Kärntner Gebietskrankenkasse verwende ein solches System. Die Tiroler und

die Wiener Gebietskrankenkasse seien bestrebt, auf ein solches Bestellsystem umzustellen oder prüfen die Machbarkeit des Umstiegs. Es sei daher weder die Notwendigkeit noch die Zweckmäßigkeit eines solchen Systems erkennbar. Lediglich für die Kärntner Gebietskrankenkasse sei ein solches Maß an Eignung - wenn überhaupt - zur Leistungserbringung erforderlich. Insgesamt würden ca. 2.650 Patienten versorgt. Die Kärntner Gebietskrankenkasse versorge nur 550 Patienten, etwa 1/5 der Patienten. Ein solches System sei daher für den Gesamtauftrag vollkommen unverhältnismäßig und überschießend. Weiters sei diese in den Punkten 2.2.2 und 4.4 der Ausschreibungsunterlagen geforderte Systemwahl diskriminierend, da nur ein potentieller Bieter über ein solches System verfüge. Die anderen Anbieter würden mangels Kompatibilität der angebotenen Systeme von einer Angebotslegung und vom Wettbewerb ausgeschlossen. Es bestehe keine sachliche Rechtfertigung für die Bestimmung in Punkt 4.3 der Ausschreibungsunterlagen, "Liefer- und Leistungsumfang", wonach Beutel gegenüber Flaschen bevorzugt würden und bei zu großem Anteil von in Flaschen angebotenen Produkten, das Angebot ausgeschieden werde. Der Vertrieb der ausgeschriebenen Produkte über Apotheken sei in der Ausschreibung ausgeschlossen, obwohl die Versorgung der Bevölkerung in erster Linie über Apotheken erfolgen solle. Bei den ausgeschriebenen Produkten handle es sich zumindest teilweise um Medizinprodukte im Sinne von § 2 Abs 1 Medizinproduktegesetz sowie um Heilmittel und Arzneimittel. In der Anfragebeantwortung vom 5. Februar 2009 haben die Auftraggeber die Einbindung öffentlicher Apotheken unter Verwendung des Apothekenabrechnungssystems untersagt. Eine Ausschreibung, die dazu führe, dass Apotheken nicht teilnähmen, stehe mit der Verpflichtung der klaglosen und flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln in Widerspruch. Die Ausschreibung bewerte das Subkriterium "Versorgungssicherheit" unter Anderem anhand der Dauer eines bisher erbrachten Referenzprojektes in der Form, dass ein seit drei Jahren dauerndes Referenzprojekt mit 60 Punkten bewertet und für jeden Monat kürzere Laufzeit ein Abschlag von 2 Punkten vorgenommen werde. Es werde ausschließlich die Erfahrung des Bieters bewertet. Es handle sich um eine bieterbezogene, nicht um eine auftragsbezogene Bewertung. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit führte sie im Wesentlichen aus, dass in Punkt 2.2.2 der Ausschreibungsunterlagen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter Anderem ein funktionierendes elektronisches Bestellwesen für alle ausgeschriebenen Lose verlangt wird, das die Kompatibilität bzw Datenlesbarkeit aus dem XML-Format, die Zur-Verfügung-Stellung eines Ordners auf einem ftp-Server sowie die Zugriffsmöglichkeiten der Auftraggeberinnen auf diesen ftp-Server umfasst. Lediglich die Kärntner Gebietskrankenkasse verwende ein solches System. Die Tiroler und die Wiener Gebietskrankenkasse seien bestrebt, auf ein solches Bestellsystem umzustellen oder prüfen die Machbarkeit des Umstiegs. Es sei daher weder die Notwendigkeit noch die Zweckmäßigkeit eines solchen Systems erkennbar. Lediglich für die Kärntner Gebietskrankenkasse sei ein solches Maß an Eignung - wenn überhaupt - zur Leistungserbringung erforderlich. Insgesamt würden ca. 2.650 Patienten versorgt. Die Kärntner Gebietskrankenkasse versorge nur 550 Patienten, etwa 1/5 der Patienten. Ein solches System sei daher für den Gesamtauftrag vollkommen unverhältnismäßig und überschießend. Weiters sei diese in den Punkten 2.2.2 und 4.4 der Ausschreibungsunterlagen geforderte Systemwahl diskriminierend, da nur ein potentieller Bieter über ein solches System verfüge. Die anderen Anbieter würden mangels Kompatibilität der angebotenen Systeme von einer Angebotslegung und vom Wettbewerb ausgeschlossen. Es bestehe keine sachliche Rechtfertigung für die Bestimmung in Punkt 4.3 der Ausschreibungsunterlagen, "Liefer- und Leistungsumfang", wonach Beutel gegenüber Flaschen bevorzugt würden und bei zu großem Anteil von in Flaschen angebotenen Produkten, das Angebot ausgeschieden werde. Der Vertrieb der ausgeschriebenen Produkte über Apotheken sei in der Ausschreibung ausgeschlossen, obwohl die Versorgung der Bevölkerung in erster Linie über Apotheken erfolgen solle. Bei den ausgeschriebenen Produkten handle es sich zumindest teilweise um Medizinprodukte im Sinne von Paragraph 2, Absatz eins, Medizinproduktegesetz sowie um Heilmittel und Arzneimittel. In der Anfragebeantwortung vom 5. Februar 2009 haben die Auftraggeber die Einbindung öffentlicher Apotheken unter Verwendung des Apothekenabrechnungssystems untersagt. Eine Ausschreibung, die dazu führe, dass Apotheken nicht teilnähmen, stehe mit der Verpflichtung der klaglosen und flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln in Widerspruch. Die Ausschreibung bewerte das Subkriterium "Versorgungssicherheit" unter Anderem anhand der Dauer eines bisher erbrachten Referenzprojektes in der Form, dass ein seit drei Jahren dauerndes Referenzprojekt mit 60 Punkten bewertet und für jeden Monat kürzere Laufzeit ein Abschlag von 2 Punkten vorgenommen werde. Es werde ausschließlich die Erfahrung des Bieters bewertet. Es handle sich um eine bieterbezogene, nicht um eine auftragsbezogene Bewertung.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass keine gegen den Vorrang des provisorischen Rechtsschutzes sprechenden besonderen Gründe vorliegen. Im Fall der

Fortführung des Vergabeverfahrens bzw im Fall der Präkludierung der Rechtsschutzmöglichkeiten bzw im Fall der Zuschlagserteilung würde die Antragstellerin ihre Chance auf Erhalt des Zuschlags in einem vergaberechtskonformen Verfahren und damit auf Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb verlieren. Es drohe der oben dargestellte Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns und des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes. Es sie nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes die Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter sicherzustellen. Durch das Öffnen der Angebote werde eine unumkehrbare Tatsache geschaffen. Das Aussetzen der Angebotsfrist solle gewährleisten, dass die Antragstellerin bei Obsiegen über hinreichend zeit verfüge, ein mit Chancen auf Zuschlagserteilung versehenes Angebot erstellen zu können. Dies stelle auch das gelindeste Mittel dar, da durch eine einstweilige Verfügung nur der Fristenlauf stillstehe, ohne der Antragstellerin die Möglichkeit allfälliger Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen zu nehmen. Der restliche Teil der Frist würde sodann nach Wegfall der einstweiligen Verfügung neu zu laufen beginnen, so dass der Antragstellerin im Fall des Obsiegens noch der Rest der Angebotsfrist zur Verfügung stehe. Einer einstweiligen Aussetzung der Angebotsfrist des Vergabeverfahrens stehe hingegen kein besonderes Interesse der Auftraggeber entgegen. Im Übrigen habe der Auftraggeber bei der Erstellung eines Zeitplans eines Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und auf daraus folgende mögliche Verzögerungen Bedacht zu nehmen. Es bestünde keine besondere Dringlichkeit, da gemäß Punkt 4.4 der Ausschreibungsunterlagen Bestellungen betreffend die Kärntner und Tiroler Gebietskrankenkasse erst ab 1. Juli 2009, betreffend die Wiener Gebietskrankenkasse ab 1. Mai 2009 erfolgen sollten. Es bestehe auch kein öffentliches Interesse, das der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehe.

Am 16. Februar 2009 teilten die Auftraggeber die rechtsfreundliche Vertretung mit, legten die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und erteilten die erbetenen Auskünfte. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilten sie mit, dass im Hinblick auf eine rasche Entscheidungsfindung über den Nachprüfungsantrag in der Sache selbst keine Einwände gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der die Öffnung der Angebote untersagt wird, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bestehen. In der Sache selbst behielten sie sich eine Stellungnahme vor und beantragten die Zurück-, in eventu Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Kärntner Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse und die Wiener Gebietskrankenkasse beschaffen Trink- und Sondernahrung. Die Kärntner Gebietskrankenkasse ist dabei die vergebende Stelle. Die Ausschreibung erfolgt in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. (Auskunft der Auftraggeber)

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; 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 Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber nach Punkt II.1.1 ist "Trink- und Sondernahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, tiroler- und Kärntner GKK". Unter Punkt II.1.2 wird der Auftrag darin als "Lieferung", "Kauf", "Hauptlieferort: 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 Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber nach Punkt römisch zwei.1.1 ist "Trink- und Sondernahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, tiroler- und Kärntner GKK". Unter Punkt römisch zwei.1.2 wird der Auftrag 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 Sondernahrung - 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 6. Februar 2009, 12.00 Uhr. Das Ende der Angebotsfrist war nach Punkt IV.3.4 der 12. Februar 2009, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte nach Punkt IV.3.8 am 12. Februar 2009, 10.15 Uhr, stattfinden. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu; Auskunft der Auftraggeber; Unterlagen des Vergabeverfahrens) 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 Sondernahrung - 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 6. Februar 2009, 12.00 Uhr. Das Ende der Angebotsfrist war nach Punkt römisch vier.3.4 der 12. Februar 2009, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte nach Punkt römisch vier.3.8 am 12. Februar 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] (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. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.6 lautet:

"1.6 Teilangebote und Teilvergabe

Eine Teilvergabe ist möglich. Teilangebote sind für folgende Lose zulässig:

Wiener Gebietskrankenkasse

Los 1: Positionen 1 - 3 (Standard-, Spezialsonden- und Trinknahrung) und Position 5 (Überleitgeräte für Pos. 1-3) einschließlich Optionen

Los 2: Position 4 (Sondennahrung in der Pädiatrie) und Position 6 (Überleitgeräte für Pos. 4)

Kärntner Gebietskrankenkasse und Tiroler Gebietskrankenkasse

Los 3: Positionen 1 - 3 (Standard-, Spezialsonden- und Trinknahrung) und Position 5 (Überleitgeräte für Pos. 1-3) einschließlich Optionen

Los 4: Position 4 (Sondennahrung in der Pädiatrie) und Position 6 (Überleitgeräte für Pos. 4)

Erläuterung zu den Losvergabemöglichkeiten:

Sollte ein Bieter in den Positionen 1 - 3 (einschließlich Pos. 5) (Los 1 bzw 3) und Position 4 (einschließlich Position 6) (Los 2 bzw 4) Bestbieter sein, so werden diese Positionen als Gesamtauftrag ergaben. Dies gilt auf in dem Fall, dass das Angebot dieses Bestbieters nicht in allen Positionen das Bestangebot enthält. Vorstehende Regelung gilt gleichermaßen für beide Pakete (WGKK sowie KGKK/TGKK).

Es erfolgt eine Gesamtvergabe aller vier Lose an denselben Bestbieter, wenn dieser Bieter insgesamt das Bestangebot für alle vier Lose gemeinsam gelegt hat. Dies gilt auch in dem Fall, dass das Angebot dieses Bieters nicht in allen Losen das Bestangebot enthält.

Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen sind daher in Teilleistungen unterteilt. Die Teilleistungen und die diesen zugeordneten Produkte bzw. Mengen sind im Leistungsverzeichnis in der Beilage ./1 ersichtlich gemacht."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Nach Punkt 1.9 ist der 12. Februar 2009, 10.00 Uhr, das Ende Angebotsfrist. Nach Punkt 1.10 soll die Angebotsöffnung am 12. Februar 2009, 10.15 Uhr stattfinden. Die Zuschlagsfrist beträgt nach Punkt 1.11 fünf Monate ab dem Ende der Angebotsfrist. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.13 lautet:

"1.13 Alternativangebote und Abänderungsangebote

Abänderungsangebote sind unzulässig.

Alternativangebote sind nur neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zulässig und als eigene Ausfertigung entsprechend den im BVergG 2006 idgF für die Ausfertigung von Alternativangeboten geltenden Formvorschriften zu erstellen. Der Nachweis der Gleichwertigkeit ist vom Bieter zu erbringen. Die Bewertung der Gleichwertigkeit erfolgt nach den von den Auftraggebern im Leistungsverzeichnis beschriebenen Muss-Kriterien sowie nach den im Zuschlagskriterium Qualität festgelegten Parametern. Demzufolge hat der Bieter insbesondere nachzuweisen, dass sein Alternativangebot folgende Mindestanforderungen erfüllt: a) Nachweis über das Bestehen eines funktionierenden Bestellwesens, b) Logistikkonzept zum Nachweis der Versorgungssicherheit gemäß Pkt. 3.3, c) Entlassungsmanagement gemäß Pkt. 3.5."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In Punkt 1.19 behalten sich die Auftraggeber vor, Berichtigungen und Ergänzungen innerhalb der Angebotsfrist vorzunehmen, und verpflichten die Bieter, die Ausschreibungsunterlagen auf Vollständigkeit zu prüfen. Die Vollständigkeit betätigt der Bieter mit Abgabe des Angebots. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 2.2.2 lautet:

"2.2.2 Nachweis über ein funktionierendes Elektronisches Bestellwesen

Seitens der Kärntner Gebietskrankenkasse werden derzeit (Stand 2008) alle Bestellungen der in den einzelnen Positionen im Leistungsverzeichnis aufgeführten Artikel unter den angeführten Positionsnummern vorgenommen. Die Bestellungen erfolgen derzeit per IDOC Kompatibilität mit SPA ERP 6.0.

Der Bieter hat die Kompatibilität bzw. Datenlesbarkeit aus dem XML-Format, die Zur-Verfügung-Stellung eines Ordners auf einem ftp-Server sowie die Zugriffsmöglichkeit der Auftraggeberin auf diesen ftp-server sowie einen regelmäßigen und lückenlosen Datentransport nachzuweisen.

Die Wiener Gebietskrankenkasse bestellt derzeit per FAX, ist jedoch bestrebt bis zum Vertragsbeginn auf das elektronische Bestellwesen (SAP) umzustellen.

Die Tiroler Gebietskrankenkasse bestellt derzeit per MAIL und wird durch die eigene IT-Abteilung geprüft, ob die Einführung des elektronischen Bestellwesens (wie unter Kärntner Gebietskrankenkasse angeführt) generell technisch möglich ist und ab wann eine Inbetriebnahme erfolgen könnte. Eine Änderung ist daher spätestens während der Vertragslaufzeit zu erwarten.

Grundsätzlich steht es daher dem Auftraggeber zu, sein Bestellsystem aufgrund geänderter IT-Verfügbarkeit zu ändern. Daraus können für den jeweiligen Auftraggeber keine Kosten entstehen.

Die Auftraggeberinnen weisen ausdrücklich darauf hin, dass der Bestellvorgang einschließlich der dafür notwendigen technischen Anforderungen eine zwingende Anforderung für sie darstellt. Eine Nicht-Erfüllung dieser Anforderungen stellt ein zwingendes K.O.- Kriterium dar.

Seitens des Bieters ist zum Nachweis über das Vorliegen eines funktionierenden Elektronischen Bestellwesens nach den Vorgaben der Auftraggeberin die Bestätigung der internen IT-Abteilung des Bieters in Form einer technischen Ablaufbeschreibung vorzulegen. Die Auftraggeberin behält sich vor, die tatsächliche Verfügbarkeit eines solchen Systems im Wege einer Teststellung vor Zuschlagserteilung zu überprüfen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 3 legt das Bestbieterprinzip fest und enthält die Zuschlagskriterien. Insgesamt können 100 Punkte erreicht werden. Für das Kriterium "Logistik/Versorgungssicherheit (100 Bewertungspunkte)" können in der Gesamtbewertung 20 Punkte erreicht werden. Es setzt sich aus den Subkriterien "Garantierte Lieferzeit (maximal 40 Bewertungspunkte)" und "Versorgungssicherheit (Logistikkonzept bzw. Referenzen; maximal 60 Bewertungspunkte)" zusammen. Im Subkriterium Versorgungssicherheit ist das Logistikkonzept eine Muss-Forderung, für die keine Punkte erreicht werden können. Die Vorlage eines Logistikkonzepts kann durch Referenzen über vergleichbare Lieferungen in den letzten drei Jahren ersetzt werden. Diese werden mit 60 Punkten für drei Jahre Laufzeit bewertet. Für jeden Monat weniger erfolgt ein Abzug von zwei Punkten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 4.3 lautet:

"4.3 Liefer- und Leistungsumfang

[...]

Es werden generell Beutel/Artikel gewünscht. Sollte ein Bieter eine Position nicht in Beutel anbieten können, so ist diese Position in Flaschen à 500 ml anzubieten. Ein überwiegender Anteil von Flaschenpositionen führt jedoch zum Ausscheiden des Angebots.

[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Nach Punkt 4.4 erfolgt die Lieferung der im Leistungsverzeichnis genannten Produkte auf Grund von schriftlichen Einzelbestellungen und den darin spezifizierten (Teil-)Mengen durch die Auftraggeberin während der Vertragslaufzeit. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, der Auftraggeberin umgehend (10 Tage) nach Zuschlagserteilung, schriftlich jene Stelle bekannt zu geben, bei der die Auftraggeberin elektronisch die vertragsgegenständlichen Produkte bestellen kann bzw. hat die entsprechenden Voraussetzungen dafür zu schaffen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Nach Punkt 4.17 ist der Beginn der Vertragslaufzeit für die Auftraggeber Tirol und Kärnten per 1. Juli 2009 geplant, für den Auftraggeber die Wiener Gebietskrankenkasse besteht die Möglichkeit, bei Bedarf und nach ordentlicher Abwicklung des Vergabeverfahrens eventuell einen Vertragsbeginn vor dem 1. Juli 2009 anzustreben bzw. sodann auch zu vereinbaren. Ein vorzeitiger Vertragsbeginn der Wiener Gebietskrankenkasse ist frühestens ab dem 1. Mai 2009 vorgesehen und ist mit der erforderlichen Vorlaufzeit des Auftragnehmers abzustimmen. Der Vertrag hat eine Laufzeit von zwei Jahren. Der Vertrag verlängert sich automatisch jeweils um ein weiteres Jahr, wenn er nicht spätestens 3 Monate vor Ablauf von einer der beiden Vertragsparteien schriftlich per Einschreiben gekündigt wird. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Lauf der Angebotsfrist kam es zu einer Reihe von Bieteranfragen, die von den Auftraggeberinnen mit Mails vom 5. und vom 9. Februar 2009 beantwortet wurden. Darin wurde ua klargestellt, dass eine Abrechnung lediglich in der in Punkt 2.2.2 der Ausschreibung angegebenen Form zulässig ist. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeber berichtigten das Ende der Angebotsfrist mit 19. Februar 2009, 10.00 Uhr, und den Zeitpunkt der Angebotsöffnung mit 19. Februar 2009, 19.15 Uhr. Sie veröffentlichten diese Berichtigung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 28. Jänner 2009, 2009/S 18 024497 und verständigten am 30. Jänner 2009 alle Bieter, die die Angebotsunterlagen bezogen hatten, per E-Mail. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu; Auskunft der Auftraggeber; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Die Angebote wurden noch nicht geöffnet. (Stellungnahme der Auftraggeber)

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 Unterlagen des Vergabeverfahrens, 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.

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; 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, 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 a 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 a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers 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 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 Durchführung

des Vergabeverfahrens auf Grundlage der angefochtenen Ausschreibungsunterlagen beabsichtigt ist, die Ausschreibung aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin sich auf Grundlage anderer Ausschreibungsunterlagen an dem Vergabeverfahrens beteiligen kann. Dazu ist jedoch vorerst die Erstellung eines Angebots noch nicht erforderlich. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Angebotsöffnung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Beteiligung an einem Vergabeverfahren auf Grundlage anderer Angebotsunterlage 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 Angebotslegung der 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 des Vergabeverfahrens auf Grundlage der angefochtenen Ausschreibungsunterlagen beabsichtigt ist, die Ausschreibung aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin sich auf Grundlage anderer Ausschreibungsunterlagen an dem Vergabeverfahrens beteiligen kann. Dazu ist jedoch vorerst die Erstellung eines Angebots noch nicht erforderlich. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Angebotsöffnung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Beteiligung an einem Vergabeverfahren auf Grundlage anderer Angebotsunterlage 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 Angebotslegung der Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen - zusammengefasst - in der Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb auf Grundlage einer vergaberechtskonformen Ausschreibung.

Der Auftraggeber macht keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Gründe geltend.

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, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (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, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (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).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. 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.

Die Angebotsöffnung wäre der nächste Schritt der Auftraggeberinnen. Da diese unumkehrbare Verhältnisse schafft, ist sie hinanzuhalten. Da jedoch abhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens die Angebote auf Grundlage einer geänderten Ausschreibung erstellt werden müssen, ist auch die Angebotsfrist auszusetzen, um die fristgerechte Abgabe dann entsprechend angepasster Angebote und somit die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu ermöglichen. Bei den im Spruch angeordneten Maßnahmen handelt es sich daher um geeignete Maßnahmen, die die Auftraggeberinnen nicht weiter als nötig belasten.

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 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; 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 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; 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

öffentlicher Auftraggeber; Sozialversicherungsträger; Aussetzung der Angebotsfrist;

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

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