



N/0047-BVA/05/2011-EV9

Betreff: Nachprüfungsverfahren zum Vergabeverfahren der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse "Geräte zur Heimbehandlung von schlafbezogenen Atmungsstörungen"; einstweilige Verfügung

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006 idgF (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Geräte zur Heimbehandlung von schlafbezogenen Atmungsstörungen" der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse, Josef-Pongratz-Platz 1, Postfach 900, 8011 Graz, vertreten durch X*** wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag vom 7. Juni 2011 der A***, vertreten durch Y*** auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

„das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung für die Zeit bis zur Zustellung des Bescheides des Bundesvergabeamtes im beantragten Nachprüfungsverfahren erlassen, mit der die Angebotsöffnung im Vergabeverfahren "Geräte zur Heimbehandlung von schlafbezogenen Atemstörungen" am 15.06.2011 untersagt wird und der Antragsgegnerin aufgetragen wird, die Angebotsfrist bis 14 Tage nach Zustellung der Entscheidung des Bundesvergabeamtes zu verlängern und die Ausschreibung bis zu diesem Zeitpunkt auszusetzen, sowie dieser einstweiligen Verfügung aufschiebende Wirkung bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zuerkennen",

wird insofern

s t a t t g e b e n ,

als im von der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse, Josef-Pongratz-Platz 1, Postfach 900, 8011 Graz als Auftraggeberin betriebenen Vergabeverfahren "Geräte zur Heimbehandlung von schlafbezogenen Atmungsstörungen" für die Dauer des zu N/0047-BVA/05/2011 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Frist zur Abgabe von Angeboten ausgesetzt und der Auftraggeberin die Angebotsöffnung untersagt werden.

Das darüber hinausgehende Antragsbegehren bezüglich der Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 1 und 2 Z 1, 328 und 329 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF des BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG)

B e g r ü n d u n g

Mit Schriftsatz vom 7. Juni 2011 (eingebracht im Bundesvergabeamt am selben Tag nach Ende der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes und eingelangt im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes am 8. Juni 2011) brachte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch Y*** zum Vergabeverfahren "Geräte zur Heimbehandlung von schlafbezogenen Atmungsstörungen" der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse, Josef-Pongratz-Platz 1, Postfach 900, 8011 Graz (im Weiteren: Auftraggeberin) einen Nachprüfungsantrag ein. Neben einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, wurde auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben, beantragt. Ergänzt wurde das Antragsbegehren um Anträge auf Kostenersatz der entrichteten Pauschalgebühren, auf Akteneinsicht und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichsten zusammengefasst – sofern für das Provisorialverfahren von Relevanz – damit, dass die Ausschreibung vergaberechtswidrig eine zu lange Laufzeit von 15 Jahren vorsehe und dass die Erstellung eines Angebotes nicht möglich sei, da für eine Kalkulation erforderliche

Informationen hinsichtlich von bereits im Einsatz befindlichen Geräten trotz einer Bewerberurgenz von der Auftraggeberin nicht zur Verfügung gestellt werden würden.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten. Es drohe ihr ein Schaden zu erwachsen, da sie bei vergabekonformer Ausschreibung und in der Folge entsprechender Zuschlagsentscheidung eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten.

Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nötig und geeignet um die drohenden Schädigungen zu verhindern. Die Angebotsöffnung sei zu untersagen.

Die Auftraggeberin, vertreten durch X*** übermittelte am 9. Juni 2011 die Unterlagen des Vergabeverfahrens und eine Stellungnahme, in welchem angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren gegeben wurden. Zur beantragten einstweiligen Verfügung erfolgte kein Vorbringen, das gegen deren Erlassung sprechen würde.

Auf der Grundlage der Stellungnahmen der Antragstellerin vom 7. Juni 2011 samt Beilagen (OZ 1 = OZ 2 = OZ 6) und vom 8. Juni 2011 (OZ 4 = OZ 7) und der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 9. Juni 2011 (OZ 8) wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Am 26. April 2011 hat die Auftraggeberin den gegenständlichen Auftrag zur Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union übermittelt, wo er im Supplement S unter der Zahl 2011/S81-133481 am 27. April 2011 bekannt gemacht wurde. Gemäß dieser Ausschreibungsbekanntmachung wurden im Rahmen eines Lieferauftrages Geräte zur Heimbehandlung von schlafbezogenen Atmungsstörungen öffentlich ausgeschrieben. Dabei handelt es sich um den Kauf, die Lieferung und die Servicierung von rund 520 Stück Schlafapnoe-Atemtherapie-Geräten und um die Servicierung von 3662 Stück vorhandenen Atemtherapie-Geräten und den Kauf von Zubehör (Masken und Atemschläuche). Als Verfahrensart

wurde ein offenes Verfahren gewählt wobei der Beschaffungsvorgang dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist.

Im Vergabeverfahren wurden mehrere Bieteranfragen gestellt, die von der Auftraggeberin in insgesamt drei Fragebeantwortungen beantwortet wurden. Das Ende der Angebotsfrist wurde in der Ausschreibung mit 15. Juni 2011, 8.00 Uhr angegeben. Das Vergabeverfahren befindet sich somit im Zeitpunkt der noch nicht abgelaufenen Angebotsfrist vor Angebotsöffnung.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, in welchem die Nichtigklärung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung beantragt wurde, wurde an das Bundesvergabeamt am 7. Juni 2011 nach Ende der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes übermittelt, sodass die Verständigung der Auftraggeberin erst am 8. Juni 2011 erfolgte. Mit Schriftsatz vom 8. Juni 2011 ergänzte die Antragstellerin ihr Nichtigklärungsbegehren um ein Eventualbegehren und führte aus, dass auch die Bieteranfragebeantwortungen, sofern sie die beiden beanstandeten Punkte der Ausschreibung betreffen, allenfalls als gesondert anfechtbare Entscheidungen angefochten werden würden.

Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag und den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren von gesamt Euro XXX (Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren bezüglich eines Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag bzw. einer dazugehörigen einstweiligen Verfügung im Oberschwellenbereich unter Berücksichtigung von § 2 der Gebührenverordnung, BGBl. II Nr. 2010/72) entrichtet.

Im Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag bislang nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen.

Beim Bundesvergabeamt wurden zum gegenständlichen Vergabeverfahren von zwei weiteren Bewerbern des Vergabeverfahrens am 6. und am 7. Juni 2011 ebenfalls Nachprüfungsanträge eingebracht, wobei zu diesen Nachprüfungsanträgen auch

Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen gestellt wurden. Dazu wurden ebenfalls Nachprüfungsverfahren eingeleitet.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bisherigen Angaben der Parteien und den bisher vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse ist öffentliche Auftraggeberin iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. bspw. BVA vom 18. Jänner 2006, 07N-05/06-6 oder BVA vom 15. Februar 2006, 07N-05/06-34 oder BVA vom 20. Dezember 2006, N/0104-BVA/06/2006-EV7).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter Berücksichtigung von § 328 Abs. 3 und 4 iVm § 321 Abs. 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 7. Juni 2011 die Ausschreibung angefochten. Bei der Ausschreibung, handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Ob es sich bei Ausführungen der Auftraggeberin im Zuge der Beantwortung von Bieteranfragen um einen Teil der Ausschreibung (bzw. Ausschreibungsunterlagen) oder um sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist handelt, ist für die gegenständliche Entscheidung im Provisorialverfahren nicht von entscheidender Bedeutung. Sollten die Ausführungen der Auftraggeberin im Zuge der Beantwortung von Bieteranfragen nicht als Teil der Ausschreibung sondern als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist zu qualifizieren sein, so wird darauf hingewiesen dass diesbezüglich auch die durch § 321 Abs. 1 BVergG vorgegebene Frist eingehalten wurde und daher das

Provisorialbegehren als auch das Nachprüfungsbegehren als rechtzeitig eingebracht zu bezeichnen sind.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabebeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabebeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. 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 Bundesvergabebeamt 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 der Auftraggeberin bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Der im Vergabeverfahren logisch folgende nächste Schritt nach Ablauf der Angebotsfrist wäre die Angebotsöffnung. Das würde bedeuten, dass nach Ende der

Angebotsfrist keine weiteren Angebote mehr abgegeben werden dürften, denen vergaberechtskonform ein Zuschlag erteilt werden könnte. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren zumindest teilweise obsiegt. In einem solchen Fall würde das bedeuten, dass zumindest Teile der Ausschreibung für nichtig erklärt werden müssten, was eine geänderte Ausgangslage für ein im Vergabeverfahren zu erstellendes Angebot mit sich bringen würde. Wenn nun in einem solchen Fall die Angebotsfrist ablaufen würde und sich durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes die Ausschreibung verändern würde, wäre es ohne Aussetzung der Frist zur Abgabe von Angeboten den Bewerbern/Bietern verwehrt, nach Ende der Frist für die Abgabe eines Angebotes ein neues, die geänderten Umstände berücksichtigendes Angebot zu erstellen und abzugeben. Ergebnis wäre, dass in einem solchen Fall kein die geänderten Ausschreibungsumstände berücksichtigendes und daher auch kein ausschreibungskonform erstelltes Angebot, dem letztlich der Zuschlag vergaberechtskonform erteilt werden könnte, vorliegen würde und ein Auftraggeber ohne Möglichkeit einer vergaberechtskonformen Korrektur das Vergabeverfahren widerrufen müsste, was mitunter zu einem beträchtlichen Zeitverlust beim jeweiligen Beschaffungsvorgang führen würde.

Das bedeutet im Ergebnis, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren jedenfalls der Lauf der Frist zur Abgabe eines Angebotes im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesetzt werden muss. Wenn nun der Lauf der Frist zur Abgabe eines Angebotes ausgesetzt wird, stellt sich die Frage für welchen Zeitraum diese Aussetzung angeordnet wurde und was danach zu geschehen hat.

Dazu wird vom zuständigen Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes hingewiesen, dass der diesbezügliche Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Verlängerung der Frist für die Abgabe von Angeboten im Ausmaß von 14 Tagen nach rechtskräftiger Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Hauptverfahren des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens vorsieht. Gründe, warum genau 14 Tage vom Bundesvergabeamt im Rahmen einer einstweiligen Verfügung vorgeschrieben werden sollen, sind dem Schriftsatz der Antragstellerin nicht zu entnehmen. Das

BVergG sieht diesbezüglich keine starre Fristverlängerung vor. § 90 Abs. 1 BVergG legt fest, dass im Falle von erforderlichen Änderungen der Ausschreibung während der Angebotsfrist, die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls auch die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern sind.

Klar ist, dass mit der gegenständlichen Entscheidung des Bundesvergabeamtes die Frist zur Abgabe von Angeboten nicht am 15. Juni 2011 um 8.00 Uhr endet und derzeit nach diesem Zeitpunkt auch keine Öffnung der bis zu diesem Zeitpunkt allenfalls eingelangten Angebote erfolgen kann und in weiterer Folge ebenfalls vorerst keine Zuschlagsentscheidung getroffen und kein Zuschlag erteilt werden können.

Die Aussetzung des Laufes der Frist zur Abgabe von Angeboten bringt es mit sich, dass ein neues Fristenende für das Einlangen von Angeboten gefunden werden muss. Das bedeutet, dass die Auftraggeberin im Vergabeverfahren aktiv werden muss und das Ende der Angebotsfrist neu festlegen muss. Diese Festlegung durch die Auftraggeberin (im Zuge einer anfechtbaren sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist) hängt jedoch von mehreren Faktoren ab (Dauer des Nachprüfungsverfahrens, allfälliger inhaltlicher Änderungsbedarf der Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen, etc.). Sollten das gegenständliche Nachprüfungsverfahren bzw. die weiteren vom Bundesvergabeamt zum gegenständlichen Vergabeverfahren parallel zu führenden Nachprüfungsverfahren das Ergebnis bringen, dass das bisherige Vergabeverfahren vergaberechtskonform durchgeführt worden ist, wäre im Vergabeverfahren kein Änderungsbedarf gegeben und die Festlegung eines Fristenendes für eine Abgabe eines Angebotes könnte sehr kurz gewählt werden. Die von der Antragstellerin beantragte 14-Tages-Fristverlängerung nach rechtskräftiger Entscheidung im Hauptverfahren würde diesbezüglich nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden jedenfalls eine vergaberechtskonforme Lösung darstellen. Jedenfalls muss das neu zu regelnde Fristenende für die Abgabe von Angeboten in Übereinstimmung mit den in § 19 Abs. 1 BVergG festgelegten Grundsätzen des Vergabeverfahrens erfolgen.

Vom Bundesvergabeamt wird die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang auch auf das sich aus § 47 BVergG ergebende Transparenzgebot hingewiesen, wonach erforderliche Berichtigungen von Bekanntmachungen ebenso bekanntzumachen sind wie die ursprüngliche Bekanntmachung.

Daraus folgt zusammenfassend, dass nur mit der Aussetzung der Frist zur Abgabe von Angeboten sichergestellt werden kann, dass das gegenständliche Vergabeverfahren - abhängig vom Ausgang im Hauptverfahren - vergaberechtskonform weitergeführt werden kann. Die erlassene einstweilige Verfügung ist zweckmäßig und entspricht auch dem Gebot der gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme des § 329 Abs. 3 BVergG.

Obwohl der Auftraggeberin ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wurde, sich gegen die beantragte einstweilige Verfügung auszusprechen und Gründe vorzutragen, die gegen deren Erlassung sprechen, hat sie sich diesbezüglich verschwiegen. Auch der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende sieht keine Umstände, die gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen.

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25. Oktober 2002, B 1369/01 oder BVA vom 22. Juli 2010, N/0061-BVA/05/2010-EV8 2010, u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA vom 22. Juli 2010, N/0061-BVA/05/2010-EV8 2010, u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Sofern im Provisorialbegehren zusätzlich beantragt wurde, der einstweiligen Verfügung aufschiebende Wirkung bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zuzuerkennen, wird auf den Wortlaut des Spruches dieses Bescheides hingewiesen, wonach die vorläufige Maßnahme "für die Dauer des zu N/0047-BVA/05/2011 beim

Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens" erlassen wurde. Das bedeutet dass diese Maßnahme für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens bis zum Abschluss dieses Verfahrens erlassen wurde. Zudem kommt unter Berücksichtigung von § 328 Abs. 5 BVergG Anträgen auf (Erlassung einer) einstweilige(n) Verfügung, die die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zu.

Wien, am 10. Juni 2011
Der Vorsitzende des Senates 5:
Mag. Bernhard Ditz