



N/0052-BVA/10/2011-EV9

Betreff: Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör“; **einstweilige Verfügung**

B E S C H E I D

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 „Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör“ der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), 2. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), 3. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), 4. Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), 5. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), 6. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), alle vertreten durch die vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH diese vertreten durch die X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch die Y*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 20. Juni 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, „*das BVA möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, das gegenständliche Vergabeverfahren fortzusetzen und mit welcher der Ablauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird, in eventu das BVA möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, die Angebotsöffnung vorzunehmen*“, wird **stattgegeben**.

Den Auftraggebern wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt**, im Vergabeverfahren „Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör“, den **die Angebote zu**

öffnen. Gleichzeitig wird die **Angebotsfrist** für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **ausgesetzt**.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG

B e g r ü n d u n g

1. Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 20. Juni 2011 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu einer Reihe einzelner, im Nachprüfungsantrag näher bezeichneter und weiter unten genannter Bestimmungen der Ausschreibung. Begründend führte sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass sich aus ihrer Stellung als weltweit tätiges Unternehmen und der Beteiligung am Vergabeverfahren auch durch die Stellung des Nachprüfungsantrags ihr Interesse an dem Erhalt des Auftrags zeige. Als drohenden Schaden macht sie den Verlust der Chance, an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren teilzunehmen, entgangenen Gewinn in der Höhe von rund 10 % des Auftragswertes, die Kosten der Vorbereitung eines Angebotes und die Kosten der Teilnahme an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren in der Höhe von rund € 5.000, Kosten der Rechtsberatung und -vertretung in der Höhe von rund € 7.500 sowie den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes geltend. Sie erachtet sich generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer und nicht diskriminierender Ausschreibungsbedingungen, im Recht auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes und im Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Bestbieter verletzt. Sie ficht die Ausschreibungsunterlage zur Gänze, in eventu die folgenden Bestimmungen der Ausschreibung an: Punkt 1.7 „*Gleichzeitige Beteiligung am Vergabeverfahren*“,

Punkt 1.16 „Gesamt-/Teilvergabe“, Punkt 2.5.3 betreffend die Lieferzeit, Punkt 3.3.1 „Produktanforderung“, Punkt 3.3.2 „Versorgungsmanagement/Fachberatung“; Punkt 3.3.3 „Logistikkonzept“, Punkt 3.3.4 „Lieferzeit“, Punkt 3.4 betreffend Ernährungspumpen, Punkt 5 betreffend die Beschränkung der Teilnahme von Bietergemeinschaften, Anhang 1, Position 2.1 „zum Aufbau und zur Kräftigung der Darmmukosa mit löslichen Ballaststoffen“, Anhang 1, Position 2.4 „bei Decubitus“, Anhang 1, Position 2.5 „Aufbaunahrung“, Anhang 1, Position 2.6 „bei Nierenerkrankungen“, Anhang 1, Positionen 4.1 bis 4.3 und 4.5 bis 4.8 und 4.10 bis 4.11 „Sondennahrung für Pädiatrie“, Anhang 1, Position 5.6 „Verbindungsstücke zum Öffnen der Knopfsonden“, Anhang 1, Position 5.10 „Austauschsonden“, Anhang 1, Position 5.11 „Spritzen 50/60 ml“, Anhang 1, Position 5.12 „Button“, Anhang 1, Positionen 5.13 bis 5.18 betreffend Nasensonden an. Begründend führte sie im Wesentlichen an, dass es durch die Festlegungen der Auftraggeber wegen der Zusammenfassung aller am Markt befindlichen Standard- und Spezialprodukte (Sonden- und Trinknahrung) verschiedenster Hersteller mit unterschiedlichsten Zusammensetzungen, die in ihrer Wirkungsweise und Verwendung teilweise stark differieren, in einer einzigen Ausschreibung und die begrenzte Bieteranzahl am Markt zu einer erheblichen Einschränkung des Bieterkreises komme. Der Wettbewerb würde in unzulässiger Weise eingeschränkt werden. Keines der fünf am österreichischen Markt tätigen Unternehmen könne ein vollständiges Angebot legen. Die Bildung von Bietergemeinschaften wäre wegen des Überschreitens der kartellrechtlichen Bagatellgrenze nicht möglich. Durch die marktfremde Zusammenfassung aller am Markt befindlichen Produkte verschiedenster Hersteller mit unterschiedlichsten Zusammensetzungen werde der Wettbewerb unzulässigerweise eingeschränkt. Das Billigstbieterprinzip sei unzulässig, da der Qualitätsstandard nicht klar und eindeutig formuliert sei. In der Folge begründet die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit der Anforderungen an die anzubietenden Produkte in den oben genannten Positionen.

Die Antragstellerin erhob das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Sie führte dazu im Wesentlichen aus, dass nach dem Grundgedanken der Rechtsmittelrichtlinie dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen und eine einstweilige Verfügung nur dann nicht zu erlassen sei, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom

Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung erforderten. Solche besonderen Gründe seien im gegenständlichen Fall nicht gegeben. Zur unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen der Antragstellerin sei ergänzend zu den Ausführungen zum Nachprüfungsantrag festzuhalten, dass die einstweilige Verfügung schon deshalb zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeber ansonsten mit der Angebotsöffnung fortfahren könnten und in weiterer Folge durch den (rechtswidrigen) Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw durch die (rechtswidrige) Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnten. Ferner wäre die Antragstellerin mangels Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens, mangels Aussetzung der Angebotsfrist bzw mangels Untersagung der Angebotsöffnung gezwungen, auf Basis der vorliegenden vergaberechtswidrigen Ausschreibungsbedingungen ein Angebot abzugeben. Dadurch würde der Antragstellerin ein Schaden aufgrund von frustrierten Angebotserrichtungskosten entstehen, da die Ausschreibung für nichtig zu erklären sei. Bei einer Nicht-Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin jedenfalls daran gehindert, ein bestmögliches Angebot mit optimalen Erfolgsaussichten für die Zuschlagserteilung einzureichen. Aufgrund der im Nachprüfungsantrag angeführten Vergaberechtsverstöße drohe der Antragstellerin insbesondere ein Schaden aus entgangenem Gewinn. Hinsichtlich der sonstigen unmittelbar drohenden Schäden verweist sie auf den Nachprüfungsantrag. Der Antragstellerin drohten somit erhebliche Schäden und Nachteile. Das Vergabeverfahren müsse durch die vorläufige Untersagung der Fortsetzung in einem Stand gehalten werden, der eine spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermögliche. Einer Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens, einer Aussetzung der Angebotsfrist bzw einer Untersagung der Angebotsöffnung stünden keine vergleichbaren Interessen der Auftraggeber und der sonstigen Mitbieter entgegen. Zudem seien öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Verfahrensverzögerungen auf Grund von Nachprüfungsverfahren in ihrem Zeitplan zu berücksichtigen. Darüber hinaus sei ein den Auftraggebern allfällig entstehender Schaden schon deswegen weniger stark zu gewichten, weil sie durch ihre rechtswidrigen Festlegungen die Situation geschaffen hätten, die diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst notwendig gemacht hätten. Dieser Umstand werde auch vom Europäischen Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zur Erlassung einstweiliger Anordnungen gemäß Art 279 AEUV (ex-Art 243 EGV)

berücksichtigt. Eine einstweilige Verfügung stelle daher weder für die Auftraggeber noch für die Mitbieter eine unverhältnismäßige Belastung dar. Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden zählten zu den besonderen öffentlichen Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstünden, grundsätzlich nur die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum. Eine Gefährdung von Leib und Leben sei durch eine Aussetzung der Angebotsfrist beziehungsweise eine Untersagung der Angebotsprüfung des gegenständlichen Lieferauftrags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nicht gegeben. Insbesondere sei die Versorgung der Anspruchsberechtigten mit Trink- und Sondennahrung gewährleistet. Besondere öffentliche Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegenstünden, seien daher nicht ersichtlich. Vielmehr liege in der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse. Ferner müsse eine Überprüfung der Ausschreibungsunterlage auf ihre Vergaberechtskonformität hin auch im Interesse der Mitbieter liegen. Zusammenfassend bestehe daher ein großes öffentliches Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Besondere öffentliche Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens seien demgegenüber nicht gegeben. Auftraggeberinteressen sowie allfällige Interessen von Mitbieter, die durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens geschädigt werden könnten, seien nicht ersichtlich bzw. zumindest unbeachtlich. Wie bereits ausgeführt worden sei, sei ein besonderes Dringlichkeitsinteresse an der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens jedenfalls nicht gegeben. Die Interessenabwägung habe daher zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen, da ihre Interessen bei der Fortführung des Vergabeverfahrens wesentlich bedroht seien. Die begehrte einstweilige Verfügung stelle auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme dar.

Die Auftraggeber zeigten in ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2011 die rechtsfreundliche Vertretung an und erteilten allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Sie sprachen sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus, beantragten allerdings, lediglich die Öffnung der Angebote zu untersagen und insbesondere weder das gesamte Vergabeverfahren noch die Angebotsfrist auszusetzen, da dies überschießend sei und das Vergabeverfahren zu stark behindere. Sollte nach Abschluss des Verfahrens hervorkommen, dass Änderungen in der Ausschreibung vorgenommen werden müssten, würden den Bieter ihre Angebote ungeöffnet retourniert und würde nach Korrektur der

Ausschreibung eine neue Angebotsfrist gewährt werden. Die Bieter sollten im Hinblick auf die Angebotserstellung voneinander keine Kenntnis erhalten. Die von Bieterkontakten ausgehende Gefahr wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens sei geringer, wenn die Angebote einmal abgegeben seien. Zum Nachprüfungsantrag behielten sich die Auftraggeber eine Stellungnahme vor, führten jedoch vorerst aus, dass erklärtes Ziel der Ausschreibung die Durchführung eines fairen, nicht-diskriminierenden Wettbewerbs mit dem Ergebnis sei, dass unter den geeigneten Bietern jener die ausgeschriebene Leistung erbringen solle, der den günstigsten Preis anbiete. Die Zusammenfassung mehrerer Sozialversicherungsträger in einer Ausschreibung und die Nichtzulassung von Teilangeboten diene dem Ziel, Gebietsaufteilungen oder andere Absprachen von Bietern möglichst hintanzuhalten und einen lebendigen Vergabewettbewerb zu entfachen. Die Auftraggeber gingen davon aus, dass für Sonden- und Trinknahrung ein deutlich über das Staatsgebiet von Österreich hinausgehender geografisch relevanter Markt bestehe, auf dem die meisten Anbieter auch tätig seien. Keineswegs stellten die Auftraggeber auf die Produkte eines einzigen Anbieters ab. Vielmehr würden ausdrücklich alle Produkte akzeptiert, die den ohnedies strengen gesetzlichen Vorgaben entsprächen. Zur Erschwerung von Bieteranfragen beantragen die Auftraggeber, von einer Verbindung dieses Nachprüfungsverfahrens mit dem gegen dieselbe Entscheidung eingeleiteten Nachprüfungsverfahren abzusehen.

2. Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), die Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA) schreiben eine Rahmenvereinbarung für Lieferung von Trink- und Sondennahrung für Anspruchsberechtigte unter der Bezeichnung „*Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör*“ aus. Die Rahmenvereinbarung soll eine Laufzeit von drei Jahren mit einer Option auf Verlängerung der Laufzeit des Vertrags um jeweils ein Jahr haben. Vergebende Stelle ist die SVD Büromanagement GmbH. Der CPV-Code der Leistung ist 33692300 – Enterale Nahrungsmittel. Das Vergabeverfahren wird in einem offenen

Verfahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich durchgeführt. Der Zuschlag soll dem billigsten Angebot erteilt werden. Die Angebotsfrist endet am Dienstag, 28. Juni 2011, 10.00 Uhr. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte in der Onlineausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers am Montag, 9. Mai 2011 und der Druckausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers vom Mittwoch, 11. Mai 2011. Die europaweite Kundmachung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom Mittwoch, 11. Mai 2011, 2011/S 90-146901, abgesandt am 9. Mai 2011. (Auskünfte der Auftraggeber; Unterlagen des Vergabeverfahrens; amtliche Einschau unter ted.europa.eu)

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

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €955. (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 der Auftraggeber erteilen kann. 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 Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), die Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), und die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Es handelt sich bei allen Auftraggebern um Sozialversicherungsträger. Sie sind bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts. Sie sind als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher öffentliche Auftraggeber

nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, die nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (st Rspr zB VfGH 28. 2. 2000, B 2184/98; 25. 3. 2002, B 457/02; 10. 1. 2003, B 14/03; VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0109; 21. 12. 2005, 2003/04/0048; 27. 6. 2007, 2005/04/0111; BVA 3. 6. 2005, 17N-50/05-15; 25. 4. 2006, N/0013-BVA/08/2006-73; 23. 1. 2008, N/0125-BVA/10/2007-026; 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42; 10. 6. 2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6). 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.

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.

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

Schließlich ist festzuhalten, dass die Antragstellerin bei Anfechtung der Ausschreibung auch ohne Abgabe eines Angebotes ausreichendes Interesse am Vertragsabschluss besitzt (EuGH 12. 2. 2004, Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*, Slg 2004, I-1829, Rn 30), ein Schaden in der Teilnahme an einem ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrig geführten Vergabeverfahren, insbesondere der Angebotslegung auf Grundlage einer behauptet rechtswidrigen Ausschreibung droht (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065) und ihr somit die Antragsvoraussetzungen nach § 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.

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 § 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 § 329 Abs 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag 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 Vergabeverfahren 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 Angebotsunterlagen 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. Dazu ist es auch erforderlich, die Angebotsfrist auszusetzen, damit nach einer allfälligen Korrektur der Ausschreibung noch Zeit zur Legung eines an die abgeänderte Ausschreibung angepassten Angebots bleibt.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Beteiligung an einem fairen und lauteren Wettbewerb auf Grundlage einer vergaberechtskonformen Ausschreibung.

Der Auftraggeber spricht sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus, macht aber geltend, dass die Untersagung der Angebotsöffnung vollkommen ausreichend ist.

Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung wird auch nicht dadurch geschmälert, dass ein anderer Bewerber ebenfalls die Erlassung einer einstweiligen Verfügung bei Anfechtung der selben Entscheidung des Auftraggeber beantragt hat, zumal das Nachprüfungsverfahren und damit die einstweiligen Verfügung zu seiner Absicherung ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters dient (Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG; VfGH 23. 5. 2007, 2005/04/0214, „*Abwasserbeseitigungsanlage Sonnenthal*“; BVA 19. 4. 2010, N/0008-BVA/02/2010-30) und sich der Nachprüfungsantrag im Parallelverfahren der Disposition der Antragstellerin in diesem Nachprüfungsverfahren entzieht (BVA 19. 2. 2009, N/0006-BVA/10/2009-EV12).

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23. 10. 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30. 12. 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4, 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

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 hintanzuhalten. Da jedoch abhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens die Angebote möglicherweise 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, da von einem Bewerber nicht verlangt werden kann, im Rahmen des betreffenden Vergabeverfahrens ein Angebot zu legen, obwohl er aufgrund der genannten Spezifikationen keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags hat (EuGH *Grossmann Air Service*, Rn 29). Wenn die Auftraggeber die Abgabe von Angeboten auf Grundlage der angefochtenen Ausschreibung verlangen, fordern sie von den Bietern einen Aufwand, der möglicherweise frustriert ist. Die Kenntnis der Bieter untereinander besteht aufgrund der Überschaubarkeit des Marktes, der nur aus bis zu fünf Unternehmen besteht (Verfahren des BVA zu den Zahlen 07N-126/05, N/0005-BVA/10/2009, N/0006-BVA/10/2009, N/0049-BVA/10/2009, N/0051-BVA/10/2009 und F/0002-BVA/10/2010). Die Verhinderung von Bieterabsprachen ist zweifellos ein legitimes Ziel der Auftraggeber. Wie ausgeführt, steht es jedoch den möglicherweise frustrierten Kosten der Bieter entgegen. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens obliegt es dem BVA ungeachtet der Regelung des § 324 Abs 4 BVergG die sonst gemäß § 101 Abs 2 BVergG dem Auftraggeber obliegende Geheimhaltung der Namen der Bieter bis zur Angebotsöffnung sicherzustellen (*Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² (2009), § 313 Rz 17 und 20*). Daher ist den Bietern die Möglichkeit einzuräumen, nach Ende des Nachprüfungsverfahrens möglicherweise nötige Anpassungen der Ausschreibungsunterlagen bei der Erstellung ihrer Angebote zu berücksichtigen. Bei den im Spruch angeordneten Maßnahmen handelt es sich somit um geeignete Maßnahmen, die die Auftraggeberinnen nicht weiter als nötig belasten (BVA 26. 11. 2010, N/0098-BVA/10/2010-EV10; 1. 3. 2011, N/0013-BVA/12/2011-EV4; 17. 3. 2011, N/0016-BVA/02/2011-EV8; 10. 6. 2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6)

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (*Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008]*,

§ 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabebeamten davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19. 4. 2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15. 2. 2008, N/0015-BVA/10/2008-011; 16. 6. 2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]).

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

Wien, am 24. Juni 2011
Der Vorsitzende des Senates 10
Mag. Hubert Reisner