



**N/0054-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 Y\*\*\*, Rechtsanwältin, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 20. Juni 2011, wie folgt entschieden:

## **S p r u c h**

Dem Antrag, „*das Bundesvergabeamt möge den Lauf der Angebotsfrist aussetzen und den Antragsgegnerinnen untersagen, die Angebote zum Abschluss der Rahmenvereinbarung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu öffnen*“, 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 die ausgeschriebene Lieferung und Dienstleistung nach Schätzungen der Antragstellerin etwa 50% des gesamten österreichischen Bedarfs an Sonden- und Trinknahrung im ausgeschriebenen Zeitraum umfasse, wenn man den Bereich „Home Care“, die Versorgung der Patienten zu Hause sowie in den Pflegeheimen, betrachte. Die Antragstellerin sei als Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns eine der führenden Anbieterinnen von Produkten und Dienstleistungen der enteralen Ernährung einschließlich Trinknahrung in Österreich. Sie sei ausschließlich in Österreich tätig. Die gegenständliche Ausschreibung fördere eine ruinöse Preispolitik mit weitreichenden Konsequenzen auch für andere Bereiche der öffentlichen Gesundheitsversorgung. Die Antragstellerin sei eines von insgesamt vier Unternehmen in Österreich, das aufgrund seiner Lieferkapazitäten und der Anstellung entsprechenden medizinischen Fachpersonals zur Einschulung der Patienten imstande sei, die ausschreibungsgegenständliche Rahmenvereinbarung zu erfüllen. Die Antragstellerin versorge auch derzeit Anspruchsberechtigte aller an

der gegenständlichen Ausschreibung beteiligten Auftraggeber. Sie habe ihr Interesse an der gegenständlichen Ausschreibung auch bereits durch den Bezug der Ausschreibungsunterlagen, durch Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen sowie durch mehrfache Korrespondenz mit den Antragsgegnerinnen bekundet. Angefochten würden die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung, sowie die Mitteilung der Auftraggeber vom 9. Mai 2011 als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist, in eventu folgende Bestimmungen der Ausschreibung: Punkt 1.1 „Ausschreibungsgegenstand“, Punkt 1.4.4 „Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“, Punkt 1.4.5 „Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit“, Punkt 1.6 „Zulässigkeit von Bietergemeinschaften“, Punkt 1.16 „Gesamt-/Teilvergabe“, Punkt 1.18 „Preise“, Punkt 2.1.1 „Abschluss der Rahmenvereinbarung“, Punkt 2.3 „Abruf von Leistungen“, Punkt 2.4 „Abänderungen von Leistungen“, Punkt 2.5.3 „Lieferzeit“, Punkt 2.5.7 „Zustellung in die Wohnung“, Punkt 3.3.2 „Produktanforderung“, Punkt 3.3.2 „Versorgungsmanagement/ Fachberatung“, Punkt 3.3.3 „Logistikkonzept“, Punkt 3.3.4 „Lieferzeit“, Punkt 3.4 „Leistungs- und Lieferumfang betreffend Ernährungspumpen“, Punkt 3.5 „Abschluss der Rahmenvereinbarung/Angebotsbewertung“, Punkt 5 „Erklärung des Bieters“, Anhang 1 Produktkatalog zur Gänze in eventu, Anhang 1 Position 1.6, Anhang 1 Position 2.1, Anhang 1 Position 3.8, Anhang 1 Position 3.9, Anhang 1 Position 5.13 bis 5.18 und Anhang 1 Position 4. Als drohenden Schaden macht die Antragstellerin die Notwendigkeit, sich bei Verlust des Auftrags sich aus dem österreichischen Markt zurückziehen zu müssen, den Gewinnentgang, die Kosten für die Bearbeitung der Ausschreibungsunterlagen sowie die Kosten der Rechtsberatung und Rechtsvertretung in Höhe von bisher ca € 7.000 geltend. Die Antragstellerin erachtet sich durch die Ausschreibung in ihrem Recht auf Teilnahme und Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf Abschluss einer vergaberechtskonformen Rahmenvereinbarung verletzt. Im Einzelnen erachtet sie sich in ihren Rechten auf Transparenz der Angebotsbestimmungen, insbesondere des Leistungsverzeichnisses, der Musskriterien, sowie des Leistungsgegenstandes, ausreichende Angaben zur Erstellung des Logistikkonzeptes, Verbot der Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken durch Unterlassung von Festlegungen, mit denen den Bietern nicht kalkulierbare Risiken überwältigt werden, Vergleichbarkeit der Angebote auf Grund hinreichend konkreter Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, Festlegung

vergaberechtskonformer Zuschlagskriterien, Einhaltung des Grundsatzes des freien und Lauteren Wettbewerbes, Recht auf Vergabe zu angemessenen Preisen – Unterlassen der Förderung spekulativer Angebote, Recht auf Teilvergabe, Vergabe an leistungsfähige Unternehmen sowie auf vergaberechtskonforme Festlegung von Eignungskriterien, Einhaltung der Bestimmungen über die Preisbildung, Einhaltung der Bestimmungen betreffend die Leistungsbeschreibung, Verbot der missbräuchlichen Verwendung der Rahmenvereinbarung sowie vergaberechtskonforme Festlegung von Optionen verletzt. Durch die mangelhafte Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen sei die Vergleichbarkeit der Angebote nicht sichergestellt und es werde spekulativer Preisgestaltung breiter Raum geöffnet. Die Preise könnten auf Grundlage der Ausschreibungsgrundlagen nur unter Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden. Durch die ungenauen Angaben und technischen Spezifikationen in der Ausschreibung werde der Wettbewerb in ungerechtfertigter Weise verfälscht. Darüber hinaus werde durch den Zusammenschluss der sechs Sozialversicherungsträger in einer Ausschreibung, die eine Teilvergabe ausschließe, die Bildung von Bietergemeinschaften beschränke und den Abschluss mit lediglich einem Unternehmen vorsehe, der Wettbewerb bereits im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung aber auch in Zukunft in unzulässigerweise eingeschränkt bzw. gänzlich ausgeschaltet. Schließlich sei zu befürchten, dass durch die Konzeption der Ausschreibung, nämlich der Bündelung des gesamten Bedarfes an Sonden- und Trinknahrung aller an der Ausschreibung beteiligten Auftraggeber, bei nicht ordnungsgemäßer Kalkulation vielmehr ein ruinöser Preiskampf die Folge sein werde. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung führt die Antragstellerin im Wesentlichen unklare und somit diskriminierende Ausschreibungsbedingungen, die einer Kalkulierbarkeit und Vergleichbarkeit der Angebote entgegenstünden, durch eine mangelnde Festlegung von Qualitätskriterien, eine unzureichende Spezifikation der zu liefernden Produkte in den Positionen 1.6 „*Kuhmilchunverträglichkeit*“, 2.1 „*Zum Aufbau und zur Kräftigung der Darmflora mit löslichen Ballaststoffen*“, 3.8. „*Trinknahrung für Kinder*“, 3.9. „*fruchtig klar, energiereich (größer 1 kcal/ml), fettfrei*“, 5.13 bis 5.18 Nasensonden, 4 Sondennahrung für Pädiatrie an. Weiters seien die zu erbringenden Dienstleistungen der Schulungen bei Neuversorgungen und Nachbetreuungen unzureichend spezifiziert. Schließlich sei die Wahl des Billigstbieterprinzips unzulässig, da kein einheitlicher und klar definierter Qualitätsstandard vorgegeben sei. Die

Ausschreibung übertrage unkalkulierbare Risiken auf den Partner der Rahmenvereinbarung, den Auftragnehmer, da die Lieferbedingungen nicht kalkulierbar seien, die Mengenangaben unrealistisch und unzureichend seien, die kostenlose Zurverfügungstellung von Ernährungspumpen verlangt werde und die Option nicht kalkulierbar sei. Die gemeinsame Ausschreibung der genannten Sozialversicherungsträger verstoße gegen den Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbes, da durch die Gestaltung der Ausschreibung der Wettbewerb eingeschränkt werde. Da die Auftraggeber durch ihre Marktmacht als Nachfrager den Auftragnehmer aufgrund der Ausschreibungsbedingungen übervorteilten, sei der faire Wettbewerb iSv § 19 Abs 1 BVergG verletzt. Die gegenständliche Ausschreibung fördere eine ruinöse Preispolitik mit weitreichenden Konsequenzen auch für andere Bereiche der öffentlichen Gesundheitsversorgung. Auf Grund der spekulativen und ruinösen Kampfpreise in einschlägigen Ausschreibungen der letzten Jahre liege die Vermutung nahe, dass der Markt für enterale Ernährung dazu benutzt werden könne, sich Zugang zu den Patienten zu verschaffen, um auch Produkte der parenteralen Versorgung an eben diese Patienten abgeben zu können und die Verluste aus unterpreisigen Angeboten im Bereich der enteralen Versorgung auszugleichen. Für den Fall eines – sehr wahrscheinlichen – Rückzugs auch nur eines der derzeitigen drei Anbieter wäre eine Ausweitung der starken Stellung der verbleibenden Unternehmen am Markt die Folge, mit negativen Konsequenzen für die zukünftige Versorgungsqualität: auch eine weiterführende Oligopolisierung mit zwei statt drei „dominanten/starken“ Unternehmen am Markt sei demnach keinesfalls wünschenswert und führe zum gleichen Ergebnis. Die Gesamtvergabe sei unzulässig. Vielmehr wäre es vergaberechtlich geboten, Fachlose oder aber Lose gegliedert nach den einzelnen Sozialversicherungsträgern zu bilden, um den Bieterkreis zu erweitern, die Eigenschaft der zu liefernden Produkte besser zu definieren und auch zu bewerten, um auch eine qualitativ optimale Versorgung zu gewährleisten und keine Abhängigkeit von Logistikpartnern zu schaffen. Wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte, die eine Gesamtvergabe rechtfertigen würden, lägen nicht vor. Die von den Antragsgegnerinnen erhofften Kosteneinsparungen könnten infolge des großen Auftragsvolumens bzw. allfälliger Synergieeffekte nicht erzielt werden. Die Auftraggeber hätten die Fragebeantwortungen entgegen den Vorgaben des BVergG an die Antragstellerin nicht unverzüglich weitergeleitet. Aus dem Schreiben vom 17. Juni 2011 resultiere

auch, dass die vergebende Stelle bisher offenbar ganz klar die Bieter ungleich behandelt habe, indem sie nicht wie vergaberechtlich geboten, alle Fragebeantwortungen anonymisiert zugleich an alle Interessenten ausgesandt habe. Durch diese Ungleichbehandlung resultiere ein Wettbewerbsvorteil, da manche Interessenten Informationen früher erhalten hätten und diese somit früher bei der Angebotserstellung berücksichtigen können haben. Durch diese Vorgangsweise werde klar gegen den Grundsatz der Transparenz und der Gleichbehandlung verstoßen. Dieser Mangel im Vergabeverfahren sei nach Ansicht der Antragstellerin nicht sanierbar. Es sei daher die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Die Eignungskriterien seien vergaberechtswidrig, da der Umsatz mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nicht abgefragt werde, das verlangte schlüssige Logistikkonzept nicht unter den möglichen Eignungsnachweisen im BVergG genannt sei und ein Qualitätsmanagementsystem unzulässigerweise gefordert werde. Die gegenständliche Ausschreibung fördere auf Grund ihrer Unbestimmtheit sowie der Größe des ausgeschriebenen Volumens spekulative Angebote. Bei dem anzubietenden Einheitspreis handle es sich unzulässigerweise um einen Pauschalpreis, da Art, Güte, Umfang und Rahmenbedingungen der auszuschreibenden Leistung nicht ausreichend bekannt seien. Die Option auf Verlängerung der Rahmenvereinbarung verstoße gegen das Verbot der Beeinträchtigung oder Beschränkung des Wettbewerbs. Das Verbot der Bildung von Bietergemeinschaften beschränke den Wettbewerb auf unzulässige Art und Weise und mache auch die Bildung einer Bietergemeinschaft mit Transport- oder Logistikunternehmen unmöglich.

Die Antragstellerin erhob das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Sie führte dazu im Wesentlichen aus, dass ohne einstweilige Verfügung es der Antragsgegnerin möglich sei, im gegenständlichen Vergabeverfahren fortzufahren und den Zuschlag zu erteilen. In diesem Fall bestehe für die Antragstellerin keine Möglichkeit mehr, den gegenständlichen Auftrag zu vergaberechtskonformen Bedingungen zu erhalten. Mit der beantragten einstweiligen Verfügung sollten Maßnahmen getroffen werden, die in der Folge eine Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und den Abschluss einer vergaberechtskonformen Rahmenvereinbarung ermöglichen. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher unbedingt notwendig. Eine

bloße Feststellung (ex post) einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen vermöchten die Chance der Antragstellerin, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen, zumal eine Schadenersatzklage den vollen Beweis, tatsächlich Bestbieter zu sein, voraussetze. Darüber hinaus könne das Bundesvergabeamt alle geeigneten Maßnahmen anordnen, die nötig und geeignet erschienen, um durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung unmittelbar drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin zu verhindern. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe könne nicht hoch genug bewertet werden. Nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes sei auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse gelegen. Entgegenstehende öffentliche Interessen seien nicht gegeben. Auch entgegenstehende Interessen der Auftraggeberinnen lägen nicht vor. Auf Grund der derzeitigen Lieferpraxis sei auch die Versorgungssicherheit nicht gefährdet. Darüber hinaus werde auch auf die ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes verwiesen, wonach der Auftraggeber eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung zu berücksichtigen habe. Die Interessenabwägung ergebe 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 Mitbewerbern, die durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens geschädigt werden könnten, seien nicht ersichtlich bzw sei bereits ein Nachprüfungsantrag samt Erlass einer einstweiligen Verfügung von einem Interessenten eingebracht worden.

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](http://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 Nichtigerklärung 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 lauterem 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 einstweilige 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, BVergG<sup>2</sup> (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 Exekutionsordnung<sup>2</sup> [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