



**N/0082-BVA/08/2011-EV16**

**Betreff:** Vergabeverfahren *betreffend Langzeitemschutzgeräte (BBG - interne GZ. 4601.01400)*, Antrag auf Erlassung einer eV

## **B E S C H E I D**

**Das Bundesvergabeamt hat** durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Anfechtung einer sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase im Vergabeverfahren der beiden Auftraggeber Bund und Bundesbeschaffung GmbH *betreffend Langzeitemschutzgeräte (BBG - interne GZ. 4601.01400)*, über den betreffend dieses Vergabeverfahren und diese Anfechtung am 1.9.2011 seitens der Antragstellerin A\*\*\* gestellten und letztlich am 8.9.2011 geänderten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt **entschieden:**

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

**Dem Begehren,** *das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung mit Gültigkeit bis zum Ablauf des 13.10.2011, spätestens jedoch für die Dauer des gegenständlichen beim Bundesvergabeamt zur GZ N/0082-BVA/08/2011 geführten Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit welcher den Auftraggebern bei sonstiger Nichtigkeit verboten wird, die Bieter zur Vergabe eines last-and-final-offers aufzufordern und eine Rahmenvereinbarung in gegenständlichem Vergabeverfahren abzuschließen,*

**wird insoweit stattgegeben, als es** dem Bund und der Bundesbeschaffung GmbH hiermit für die Dauer des beim Bundesvergabeamt zur Geschäftszahl N/0082-BVA/08/2011 geführten Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 13.10.2011 **verboten wird, die Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren**

**betreffend Langzeitemschutzgeräte mit der BBG - internen GZ. 4601.01400 -**  
bei sonstiger Nichtigkeit gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 - abzuschließen.

**Für die Dauer des vorstehenden Verbots** des Abschlusses der Rahmenvereinbarung **ist es** den beiden Auftraggebern Bund und Bundesbeschaffung GmbH **weilers verboten, die Bieter zur Abgabe eines Letztangebots**, mit anderen Worten zur Abgabe eines *last-and-final-offers* in diesem Vergabeverfahren **aufzufordern**.

**Das Mehrbegehren**, *mit welchem es den Auftraggebern bei sonstiger Nichtigkeit verboten werden sollte, die Bieter zur Vergabe eines last-and-final-offers aufzufordern,*  
**wird zurückgewiesen.**

**Rechtsgrundlagen:** §§ 313, 328 und 329 Abs 1, 2, 3 und 4 BVergG 2006, BGBl I  
2006/17 idF BGBl I 2010/15; § 13 AVG

## **B e g r ü n d u n g**

### **1. Verfahrensgang/Sachverhalt**

Die beiden Auftraggeber (= Auftraggeberseite) mit der Zweitauftraggeberin Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) als vergebender Stelle führen aktuell das im Spruch ersichtliche Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durch.

Nach Legung eines Erstangebots und Durchführung einer ersten Verhandlungsrunde mit der Antragstellerin bewertete die Antragstellerin eine Äußerung der Auftraggeberseite als unzulässige Änderung des Ausschreibungsgegenstands und stellte diesbezüglich am 1.9.2011 einen Nachprüfungsantrag.

Die diesbezüglichen Tatsachen- und Rechtsfragen erfordern eine gehörige Erörterung im Nachprüfungsverfahren, zumal die Auftraggeberseite eine derartige Festlegung bestreitet.

Zur Absicherung des gestellten Nichtigerklärungsbegehrens formulierte die Antragstellerin am 1.9.2011 mehrere Sicherungsbegehren, gerichtet ua auf ein Zuschlagsverbot in Relation zur abzuschließen angestrebten Rahmenvereinbarung,

wobei die ursprünglichen Sicherungsbegehren nach einem behördlichen (Schlüssigkeits-) Vorhalt insb im Lichte des aktuellen § 329 Abs 2 BVergG 2006 schließlich am 8.9.2011, wie im Spruch ersichtlich, modifiziert wurden.

Die Interessen an der einstweiligen Verfügung (= eV) werden von der Antragstellerin mit einem drohende Auftragsentgang und damit einhergehenden finanziellen Nachteilen bzw damit begründet, dass nunmehr weitere Vergabeverfahrensaufwendungen durch die Änderung der Leistung im Vergabeverfahren drohen würden - Seiten 10f der verfahrenseinleitenden Eingabe.

Die Antragstellerin hat bislang die nach § 318 BVergG 2006 geschuldeten Pauschalgebühren im Ausmaß von nunmehr insgesamt 2.626,50 Euro entrichtet und sohin jedenfalls die für den eV - Antrag geschuldeten Pauschalgebühren bereits bezahlt - § 1416 ABGB.

Die allfällig gebotene Zurückweisung des Nachprüfungsantrags gemäß § 322 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 nach dem vom ersten Vertreter des Senatsvorsitzenden verfassten Gebührenverbesserungsauftrag, lfd Nr 4 des Verwaltungsakts, wird - vor dem Hintergrund der unions- und verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung der Rundungsvorschrift in § 318 Abs 1 Z 2 letzter Satz BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 - Gegenstand einer Senatsbeschlussfassung gemäß § 303 BVergG 2006 zu sein haben, die bislang aus zeitlichen Gründen noch nicht erfolgt ist.

Die Auftraggeberseite gab mit der Eingabe, lfd Nr 7 des Akts, an, dass sie kein besonderes Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens habe, dass sie jedoch nicht beurteilen könne, inwieweit andere Bieter rechtserhebliche Interessen wider die beantragte eV hätten.

Mit der Eingabe, lfd Nr 11, erklärte die Auftraggeberseite, dass bislang noch keine Letztangebotsaufforderung versandt worden ist; und dass insoweit jedenfalls bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag zugewartet würde.

Nach Vorhalt der Begehrensmodifikation der Antragstellerin erklärte die Auftraggeberseite schließlich mit der Eingabe, lfd Nr 15, verfahrensökonomisch, dass insoweit auf die Ausführungen zum Sicherungsbegehren in der Eingabe, lfd Nr 7, verwiesen wird.

Die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamts über den eV - Antrag endet unbeachtlich allfälliger verbesserungsbedingter Entscheidungsfristverlängerungen

gegenständlich gemäß § 330 Abs 3 BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 frühestens am 9.9.2011.

## **2. Beweismittel und Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0082-BVA/08/2011 und den vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

## **3. Rechtliche Beurteilung**

3.0. Die zentral einschlägigen Gesetzesbestimmungen des BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 für die hier zu treffende Provisorialentscheidung lauten:

### ***Einstweilige Verfügungen***

#### ***Antragstellung***

*§ 328. (1) Das Bundesvergabeamt hat 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.*

[...]

#### ***Erlassung der einstweiligen Verfügung***

*§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt 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.*

*(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.*

*(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können 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.*

*(4) In einer einstweiligen Verfügung ist 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.*

*(5) [...].*

#### ***Verfahrensrechtliche Bestimmungen***

*§ 330. (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.*

*(2) Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind der Antragsteller und der Auftraggeber.*

*(3) Über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen ist unverzüglich, längstens jedoch binnen sieben Werktagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Musste der Antrag zur Verbesserung zurückgestellt werden, ist über ihn längstens binnen zehn Werktagen zu entscheiden. Die Frist ist gewahrt, wenn die Erledigung an alle Parteien nachweislich vor ihrem Ablauf abgesendet wurde.*

[...]

### **3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Formelles**

Der Bund und die BBG sind unstrittig öffentliche Auftraggeber, die der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts gemäß §§ 3 und 291 Abs 2 BVergG 2006 unterliegen.

Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich mangels anderweitiger Angabe in diesem Bescheid auf das BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

Die Pauschalgebühren für den Sicherungsantrag sind jedenfalls entrichtet - § 328 Abs 7 BVergG 2006, der Sicherungsantrag genügt auch sonst unstrittig den Erfordernissen des § 328 BVergG 2006

### 3.2. Inhaltliche Beurteilung

Andere rechtserhebliche Interessen, die die auftraggeberseits unbestritten gebliebenen Sicherungsinteressen der Antragstellerin laut obigen Tatsachenangaben iSd § 329 Abs 1 BVergG 2006 überwiegen würden, sind nicht feststellbar gewesen.

Wenn die Auftraggeberseite nämlich selbst vorläufig davon Abstand nimmt, Letztangebotsaufforderungen zu verschicken, können andere Bieter derart nicht durch die verfügten Sicherungsmaßnahmen in ihren Interessen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 beeinträchtigt werden.

Besondere öffentliche Interessen wider die eV sind gleichfalls nicht ersichtlich.

Das verfügte Verbot der Letztangebotsaufforderung dient zur Vermeidung weiteren Vergabeverfahrensaufwands. Das verfügte Verbot des Abschlusses der Rahmenvereinbarung sichert das Nichtigkeitsbegehren der Antragstellerin vor dem Hintergrund des § 312 Abs 2 BVergG 2006 gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 vorläufig absolut.

Die Sicherungsmaßnahmen sind - als gelindeste Mittel - auch notwendig und geeignet, um das Nichtigkeitsbegehren der Antragstellerin vorläufig zu schützen bzw der Antragstellerin vorläufig weiteren Verfahrensaufwand im Vergabeverfahren zu ersparen, welcher sich ex post nach diesem Nachprüfungsverfahren als frustriert herausstellen könnte.

Zur Teilzurückweisung: Da dem BVA bereits abstrakt keine Zuständigkeit zukommt, die nach dem objektiven Begehrenswortlaut verlangte Nichtigkeitsanktion betreffend eine auftraggeberseitig erfolgende Aufforderung zur Letztangebotslegung in einem

Vergabeverfahren auszusprechen - *arg e contrario* aus § 329 Abs 2 BVergG 2006 - war in diesem Punkte mit Teilzurückweisung vorzugehen.

Wien, am 9.9.2011  
Der Vorsitzende des Senats 8

OR Mag Reinhard Grasböck