



N/0086-BVA/05/2011-EV15

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 9. September 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 Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren "Geräte zur Heimbehandlung von schlafbezogenen Atemstörungen" untersagt wird",

wird

s t a t t g e g e b e n .

Der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse, Josef-Pongratz-Platz 1, Postfach 900, 8011 Graz als Auftraggeberin im Vergabeverfahren "Geräte zur Heimbehandlung von schlafbezogenen Atmungsstörungen" wird für die Dauer des zu N/0086-BVA/05/2011 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

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 9. September 2011 (eingebracht im Bundesvergabeamt innerhalb der Amtsstunden am selben Tag) 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 Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 30. August 2011 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 und auf Akteneinsicht.

Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichsten zusammengefasst – sofern für das Provisorialverfahren von Relevanz – damit, dass die Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig sei. Die dem Angebot der Antragstellerin vorgereichten Angebote von Mitbewerbern wären auszuschneiden, da einerseits dort angebotene Geräte ausschreibungswidrig technische Mindestanforderungen nicht erfüllen würden sowie diesen Angeboten offenbar eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises zu Grunde gelegt worden wäre. Auf Grund einer durchzuführenden vertieften Angebotsprüfung hätte die Auftraggeberin diese Angebote gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG ausscheiden müssen.

Der Antragstellerin drohe ein Schaden zu erwachsen, da sie bei vergabekonformer Zuschlagsentscheidung eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Bei Fortlauf des Vergabeverfahrens würde ihr der Zuschlag nicht erteilt werden. Es könne von einer Mindest-Schadenssumme in Höhe von Euro XXX ausgegangen werden. Da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemeinsam mit

dem Antrag auf Nachprüfung eingebracht werde und dieser Antrag rechtzeitig (innerhalb der in § 321 BVergG bezeichneten Frist) gestellt worden sei, sei auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig. Zur Verhinderung der drohenden Schädigung sei es nötig und geeignet, dass das Bundesvergabeamt die Zuschlagserteilung untersage.

Die Auftraggeberin, vertreten durch X*** übermittelte am 14. September 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 9. September 2011 samt Beilagen (OZ 1 = OZ 10) und vom 9. September 2011 (OZ 7) und der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 14. September 2011 samt den von der Auftraggeberin vorgelegten Verfahrensunterlagen (OZ 14) und unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens in den zu N/0045-BVA/05/2011, N/0046-BVA/05/2011 und N/0047-BVA/05/2011 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahren wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin hat am 26. April 2011 die Bekanntmachung der Ausschreibung "Geräte zur Heimbehandlung von schlafbezogenen Atmungsstörungen" zur Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften übermittelt. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 27. April 2011 unter 2011/S 81-133481. Die Ausschreibung wurde als Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, wobei als Verfahrensart das offene Verfahren gewählt wird, veröffentlicht. Der Umfang wurde mit "Kauf, Lieferung, Servicierung von rund 520 Stück Schlafapnoe-Atemtherapie-Geräten, Servicierung von 3662 Stück vorhandenen Atemtherapie-Geräten und Kauf von Zubehör (Masken und Atemschläuche) pro Jahr" umschrieben.

Die Antragstellerin hat im Zuge des Vergabeverfahrens bereits einen Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG gestellt. Dieses Verfahren wurde unter N/0047-BVA/05/2011 geführt und endete mit Antragszurückziehung durch die Antragstellerin. Die Antragstellerin hat im Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben, welches nicht ausgeschieden wurde.

Das Vergabeverfahren befindet sich im Stadium nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an einen Mitbewerber, welche den Bietern des Vergabeverfahrens jeweils mit Telefax am 30. August 2011 mitgeteilt wurde.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, in welchem die Nichtigklärung der verfahrensgegenständlichen Zuschlagsentscheidung beantragt wurde, wurde an das Bundesvergabeamt am 9. September 2011 während der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes übermittelt.

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 § 318 Abs. 1 Z 4 und 5 und § 1 der Gebührenverordnung, BGBl. II Nr. 2010/72 idF des BGBl. II Nr. 281/2011) entrichtet.

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

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bisherigen Angaben der Parteien und den 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. BVA vom 10. Juni 2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6 und die dort zitierte Vorjudikatur des BVA).

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 iVm § 321 Abs. 1 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 9. September 2011 die Zuschlagsentscheidung angefochten. Bei der Zuschlagsentscheidung, handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt 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 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 der Auftraggeberin bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Der im gegenständlichen Vergabeverfahren logisch folgende nächste Schritt nach Ablauf der Stillhaltefrist wäre die Zuschlagserteilung an die in der Zuschlagsentscheidung genannte beabsichtigte Zuschlagsempfängerin. Das würde bedeuten, dass nach Ende der Stillhaltefrist ohne Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung die Auftragserteilung an eine Mitbewerberin der Antragstellerin droht und die Antragstellerin beim gegenständlichen Lieferauftrag nicht mehr zum Zug kommen könnte. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren zumindest teilweise obsiegt. In einem solchen Fall würde das bedeuten, dass die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären wäre. Das bedeutet, dass der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt 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 Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

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.

Wien, am 15. September 2011
Der Vorsitzende des Senates 5:
Mag. Bernhard Ditz