

TE Verg Bescheid 2012/10/18 F/0007-BVA/11/2012-25

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.10.2012

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §29 Abs2 Z2

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, Mag. Wolfgang Pointner als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs 3 BVergG 2006, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Stoßwellenbehandlungsgeräten in einem Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 23. Juli 2012, (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 24. Juli 2012), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, Mag. Wolfgang Pointner als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Stoßwellenbehandlungsgeräten in einem Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 23. Juli 2012, (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 24. Juli 2012), wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag auf Feststellung, "dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird stattgegeben. Im Vergabeverfahren "Lieferung von Stoßwellenbehandlungsgeräten in einem Verfahren ohne

vorherige Bekanntmachung" wird festgestellt, dass dieses Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung erfolgt ist.

Der zwischen der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA) und der Auftragnehmerin B*** abgeschlossene Vertrag (Auftragsschreiben am 12.07.2012) wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Dem Antrag auf Ersatz der für den gegenständlichen Antrag entrichteten Pauschalgebühren wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65 hat der A***, vertreten durch X***, den Betrag von Euro 1.000,-- für die von der Antragstellerin gemäß § 318 Abs 1 BVergG für den Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 1 BVergG entrichteten Pauschalgebühren binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu Handen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65 hat der A***, vertreten durch X***, den Betrag von Euro 1.000,-- für die von der Antragstellerin gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG für den Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG entrichteten Pauschalgebühren binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu Handen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

In ihrem Antrag vom 23.07.2012 brachte die Antragstellerin vor, sie habe im Juli 2012 von einem Vertriebspartner erfahren, dass die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (im Folgenden Auftraggeberin) mehrere Stoßwellenbehandlungsgeräte mit einem Auftragswert von über Euro 100.000 beschafft habe. Diese Geräte würden der Behandlung von Wundheilungsstörungen, Knochenheilungsstörungen, orthopädischen Beschwerden, chronischen Entzündungen und anderen Leiden dienen. Die Auftraggeberin soll im Juli 2012 einen Lieferauftrag für solche Geräte abgeschlossen haben. Auftragnehmerin sei vermutlich die B*** (im Folgenden Zuschlagsempfängerin). Für den abgeschlossenen Liefervertrag sei durch die Auftraggeberin vorher keine Bekanntmachung erfolgt, obwohl der Schwellenwert für ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung überschritten sei und auch kein sonstiger Ausnahmetatbestand vorliege, der die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtfertigen könnte.

Geschäftsgegenstand der Antragstellerin sei unter anderem die Herstellung und der Vertrieb von Stoßwellenbehandlungsgeräten. Hätte die Auftraggeberin eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt, so hätte sich die Antragstellerin daran beteiligt und im Auftragsfall einen entsprechenden Gewinn erwirtschaften können. Aufgrund des rechtswidrigen Vorgehens der Auftraggeberin, entstehe der Antragstellerin ein Schaden aus entgangenem Gewinn sowie ein Schaden aus dem Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Vergabeverfahren.

Mit Schriftsatz vom 26.07.2012 nahm die Auftraggeberin zum Antragsvorbringen Stellung und führte aus, es sollten drei "große" und vier "kleine" Stoßwellentherapiegeräte durch die Abteilung Betriebswirtschaft- und Einkauf der Auftraggeberin beschafft werden. In der Folge sei festgelegt worden, welche technischen und funktionellen Eigenschaften die Stoßwellentherapiegeräte aufweisen müssten. Im Zuge einer Marktforschung sei ermittelt worden, dass im Prinzip verschiedene Therapiemöglichkeiten zur Behandlung von Knochenpathologien unter Vollnarkose als auch zur Behandlung von Weichteilen ohne Anästhesie bestünden. Da den mit der Anschaffung betrauten Mitarbeitern die fachspezifischen Kenntnisse zur Beurteilung, welche Geräte zur Behandlung in den erwähnten Fällen in Frage kämen, fehlten, sei Dr. M***, Oberarzt am UKH XXXX, als Sachverständiger beigezogen worden. Dr. M*** sei ein ausgewiesener Experte in der Behandlung von Patienten mit Stoßwellentherapiegeräten. Er sei ersucht worden, zu erläutern, welche Erfolgswahrscheinlichkeit der Behandlungen bestünde, welche Belastungen der Patienten mit der Behandlung verbunden wären, sowie, in wie weit die OP- Kapazitäten beansprucht würden. In seiner Stellungnahme vom April 2012 habe Dr. M*** auf vier verschiedene Therapiemöglichkeiten verwiesen, wobei für die Behandlung von Knochenheilungsstörungen nur hinsichtlich der elektromagnetischen und der elektrohydraulischen Therapie (für die Beurteilung) relevante Publikationen vorlägen. Ein Vergleich der beiden Systeme habe, bezogen auf die Behandlung von Knochenheilungsstörungen mit "großen" Geräten zum Ergebnis geführt, dass nach einmaliger Therapie das elektromagnetische Gerät eine durchschnittliche Heilungswahrscheinlichkeit von 67% erziele, während das elektrohydraulische Gerät 81% erziele. Dieses Ergebnis sei auch darauf zurückzuführen, dass bei elektromagnetischen Therapien durchschnittlich drei Sitzungen erforderlich seien, während bei elektrohydraulischen Geräten nur eine Sitzung erforderlich sei. Mit Schriftsatz vom 26.07.2012 nahm die Auftraggeberin zum Antragsvorbringen Stellung und

fürhte aus, es sollten drei "große" und vier "kleine" Stoßwellentherapiegeräte durch die Abteilung Betriebswirtschaft- und Einkauf der Auftraggeberin beschafft werden. In der Folge sei festgelegt worden, welche technischen und funktionellen Eigenschaften die Stoßwellentherapiegeräte aufweisen müssten. Im Zuge einer Marktforschung sei ermittelt worden, dass im Prinzip verschiedene Therapiemöglichkeiten zur Behandlung von Knochenpathologien unter Vollnarkose als auch zur Behandlung von Weichteilen ohne Anästhesie bestünden. Da den mit der Anschaffung betrauten Mitarbeitern die fachspezifischen Kenntnisse zur Beurteilung, welche Geräte zur Behandlung in den erwähnten Fällen in Frage kämen, fehlten, sei Dr. M***, Oberarzt am UKH römisch 40, als Sachverständiger beigezogen worden. Dr. M*** sei ein ausgewiesener Experte in der Behandlung von Patienten mit Stoßwellentherapiegeräten. Er sei ersucht worden, zu erläutern, welche Erfolgswahrscheinlichkeit der Behandlungen bestünde, welche Belastungen der Patienten mit der Behandlung verbunden wären, sowie, in wie weit die OP-Kapazitäten beansprucht würden. In seiner Stellungnahme vom April 2012 habe Dr. M*** auf vier verschiedene Therapiemöglichkeiten verwiesen, wobei für die Behandlung von Knochenheilungsstörungen nur hinsichtlich der elektromagnetischen und der elektrohydraulischen Therapie (für die Beurteilung) relevante Publikationen vorlägen. Ein Vergleich der beiden Systeme habe, bezogen auf die Behandlung von Knochenheilungsstörungen mit "großen" Geräten zum Ergebnis geführt, dass nach einmaliger Therapie das elektromagnetische Gerät eine durchschnittliche Heilungswahrscheinlichkeit von 67% erziele, während das elektrohydraulische Gerät 81% erziele. Dieses Ergebnis sei auch darauf zurückzuführen, dass bei elektromagnetischen Therapien durchschnittlich drei Sitzungen erforderlich seien, während bei elektrohydraulischen Geräten nur eine Sitzung erforderlich sei.

Auch bei der Behandlung von Weichteilen (also mit "kleinen" Geräten) habe Dr. M*** eine kürzere Behandlungsdauer festgestellt. Im Ergebnis sei der Sachverständige zu dem Schluss gekommen, dass elektrohydraulische Geräte wegen der Erforderlichkeit einer lediglich einmaligen Anwendung sowohl dem Patientenwohl als auch der Entlastung von OP-Kapazitäten in ungleich höherem Maße entsprächen als elektromagnetische. Auf Basis der eindeutigen Stellungnahme sei durch die Auftraggeberin erneut Marktforschung betrieben worden, welche zum Ergebnis geführt habe, dass die Firma O*** der einzige Hersteller von elektrohydraulischen Geräten in der europäischen Union sei und deren Geräte in Österreich exklusiv von der Firma B*** vertrieben würden.

Die Auftraggeberin stütze ihre Entscheidung, sich des Verfahrens nach § 29 Abs 2 Z 2 BVergG zu bedienen, darauf, dass Stoßwellentherapiegeräte, welche die erforderlichen technischen und funktionalen Anforderungen erfüllten, nur von einem Unternehmer, nämlich der Firma B***, geliefert werden könnten. Aus der Stellungnahme des Sachverständigen ergebe sich zweifelsfrei, dass es unbedingt erforderlich sei, den Auftrag an den einzigen Anbieter dieser Geräte zu vergeben. Der Unterschied zwischen einer erforderlichen Behandlung (was zu einer Vollnarkose und einem stationären Aufenthalt führe) und durchschnittlich drei erforderlichen Behandlungen (also drei Vollnarkosen und drei stationären Aufenthalten) rechtfertige aus Sicht der Auftraggeberin in Hinblick auf die evidente unterschiedliche Belastung des Patienten sowie der Ressourcen der Krankenanstalt die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Bieter. Hätte die Auftraggeberin ein offenes Verfahren angestrebt, so wäre der Auftragsgegenstand ausschließlich ein elektrohydraulisches Stoßwellentherapiegerät gewesen. Es sei denkunmöglich, dass der Antragstellerin, welche nur elektromagnetische Stoßwellentherapiegeräte vertreibe, wie von ihr behauptet, ein Gewinn bzw ein wichtiges Referenzprojekt entgehen könne. Die Auftraggeberin stütze ihre Entscheidung, sich des Verfahrens nach Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu bedienen, darauf, dass Stoßwellentherapiegeräte, welche die erforderlichen technischen und funktionalen Anforderungen erfüllten, nur von einem Unternehmer, nämlich der Firma B***, geliefert werden könnten. Aus der Stellungnahme des Sachverständigen ergebe sich zweifelsfrei, dass es unbedingt erforderlich sei, den Auftrag an den einzigen Anbieter dieser Geräte zu vergeben. Der Unterschied zwischen einer erforderlichen Behandlung (was zu einer Vollnarkose und einem stationären Aufenthalt führe) und durchschnittlich drei erforderlichen Behandlungen (also drei Vollnarkosen und drei stationären Aufenthalten) rechtfertige aus Sicht der Auftraggeberin in Hinblick auf die evidente unterschiedliche Belastung des Patienten sowie der Ressourcen der Krankenanstalt die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Bieter. Hätte die Auftraggeberin ein offenes Verfahren angestrebt, so wäre der Auftragsgegenstand ausschließlich ein elektrohydraulisches Stoßwellentherapiegerät gewesen. Es sei denkunmöglich, dass der Antragstellerin, welche nur elektromagnetische Stoßwellentherapiegeräte vertreibe, wie von ihr behauptet, ein Gewinn bzw ein wichtiges Referenzprojekt entgehen könne.

In ihrer Stellungnahme vom 06.08.2012 führte die Antragstellerin aus, soweit sich die Auftraggeberin auf die Expertise

von Dr. M*** berufe, sei darauf hinzuweisen, dass dieser seit 2005 medizinischer Direktor bei der Firma P*** sei, wobei die Firma O*** ein Unternehmen der P*** sei. Dr. M*** sei darüber hinaus Gesellschafter der Firma P***. Die Auftraggeberin habe zur Rechtfertigung der Auftragsvergabe zu Gunsten von Produkten der Firma O*** lediglich den Rat eines maßgeblichen wissenschaftlichen Leiters und Gesellschafters der Muttergesellschaft P*** eingeholt, wobei dieser Sachverständige sogar nach seiner Selbsteinschätzung nicht als unbefangen qualifiziert werden könne. Die Auftraggeberin habe somit das Objektivitätsgebot verletzt, welches im § 122 BVergG ausdrücklich vorschreibe, dass der Auftraggeber bei der Prüfung und Beurteilung von Angeboten nur unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beiziehen dürfe. In ihrer Stellungnahme vom 06.08.2012 führte die Antragstellerin aus, soweit sich die Auftraggeberin auf die Expertise von Dr. M*** berufe, sei darauf hinzuweisen, dass dieser seit 2005 medizinischer Direktor bei der Firma P*** sei, wobei die Firma O*** ein Unternehmen der P*** sei. Dr. M*** sei darüber hinaus Gesellschafter der Firma P***. Die Auftraggeberin habe zur Rechtfertigung der Auftragsvergabe zu Gunsten von Produkten der Firma O*** lediglich den Rat eines maßgeblichen wissenschaftlichen Leiters und Gesellschafters der Muttergesellschaft P*** eingeholt, wobei dieser Sachverständige sogar nach seiner Selbsteinschätzung nicht als unbefangen qualifiziert werden könne. Die Auftraggeberin habe somit das Objektivitätsgebot verletzt, welches im Paragraph 122, BVergG ausdrücklich vorschreibe, dass der Auftraggeber bei der Prüfung und Beurteilung von Angeboten nur unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beiziehen dürfe.

Auch die übrigen Behauptungen der Auftraggeberin seien unzureichend, nachweislich unrichtig sowie nicht belegt. Eine wesentliche Voraussetzung für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 29 Abs 2 Z 2 BVergG sei, dass die nachgefragte Leistung nur von einem einzigen bestimmten Unternehmer erbracht werden könne. Die Auftraggeberin habe für diesen Umstand bislang überhaupt keinen Beweis erbracht, sondern sich lediglich unspezifisch und undokumentiert auf angebliche "Marktforschung" berufen. Die zentrale Behauptung der Auftraggeberin bestehe darin, dass die Firma O*** der einzige Hersteller von elektrohydraulischen Geräten in der europäischen Union sei. Darauf komme es jedoch nicht an. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung könnte nur dann in Betracht gezogen werden, wenn O*** überhaupt der einzige Hersteller wäre und deren Geräte allein über die Firma B*** zu beziehen wären. Eine derartige Behauptung habe die Auftraggeberin nicht aufgestellt. Aus diesem Grund sei mangels Vorliegen relevanter Beweismittel bzw Behauptungen die Wahl des Vergabeverfahrens rechtswidrig. Es sei auch festzuhalten, dass die Behauptungen der Auftraggeberin nachweislich unrichtig seien. Die Behauptung der Auftraggeberin, wonach die Firma O*** der einzige Hersteller elektrohydraulischer Geräte in der europäischen Union sei, werde schon dadurch widerlegt, als auch andere Unternehmen solche Geräte herstellen oder über ihre europäischen Tochtergesellschaften vertreiben würden. In diesem Zusammenhang nannte die Antragstellerin zwei Unternehmen. Auch die übrigen Behauptungen der Auftraggeberin seien unzureichend, nachweislich unrichtig sowie nicht belegt. Eine wesentliche Voraussetzung für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG sei, dass die nachgefragte Leistung nur von einem einzigen bestimmten Unternehmer erbracht werden könne. Die Auftraggeberin habe für diesen Umstand bislang überhaupt keinen Beweis erbracht, sondern sich lediglich unspezifisch und undokumentiert auf angebliche "Marktforschung" berufen. Die zentrale Behauptung der Auftraggeberin bestehe darin, dass die Firma O*** der einzige Hersteller von elektrohydraulischen Geräten in der europäischen Union sei. Darauf komme es jedoch nicht an. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung könnte nur dann in Betracht gezogen werden, wenn O*** überhaupt der einzige Hersteller wäre und deren Geräte allein über die Firma B*** zu beziehen wären. Eine derartige Behauptung habe die Auftraggeberin nicht aufgestellt. Aus diesem Grund sei mangels Vorliegen relevanter Beweismittel bzw Behauptungen die Wahl des Vergabeverfahrens rechtswidrig. Es sei auch festzuhalten, dass die Behauptungen der Auftraggeberin nachweislich unrichtig seien. Die Behauptung der Auftraggeberin, wonach die Firma O*** der einzige Hersteller elektrohydraulischer Geräte in der europäischen Union sei, werde schon dadurch widerlegt, als auch andere Unternehmen solche Geräte herstellen oder über ihre europäischen Tochtergesellschaften vertreiben würden. In diesem Zusammenhang nannte die Antragstellerin zwei Unternehmen.

In ihrer Stellungnahme zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 06.08.2012 führte die Auftraggeberin aus, Dr. M*** sei zwar in die Vorbereitung der Ausschreibung gemäß § 78 Abs 9 BVergG einbezogen worden, nicht jedoch in die Prüfung und Beurteilung des Angebotes gemäß § 122 leg cit. Dr. M*** sei ein ausgewiesener Experte im Bereich der Stoßwellentherapie und seine Stellungnahme sowohl auf zahlreiche internationale Studien als auch auf Herstellerangaben und eigene Versuche im Unfallkrankenhaus Meidling gestützt. Die Auftraggeberin sehe keinen

Grund an seiner fachlichen Unabhängigkeit zu zweifeln. Aus der dem Bundesvergabeamt übermittelten Dokumentation der durchgeführten Marktforschung ergebe sich aus Sicht der Auftraggeberin zweifelsfrei, dass die gewünschten elektrohydraulischen Stoßwellentherapiegeräte zur orthopädischen Behandlung in der europäischen Union lediglich von der Firma O***, in Österreich über die Firma B*** beziehbar seien. Die Antragstellerin verweise in ihrer Stellungnahme auf die Firmen R*** und S***, welche ebenfalls elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte vertreiben würden. Dem sei jedoch entgegen zu halten, dass die elektrohydraulischen Geräte der Firmen R*** und S*** nicht im orthopädischen, sondern lediglich im urologischen Bereich zur Lithotripsie, also der Zertrümmerung von Nierensteinen, verwendet würden. Verfahrensgegenständlich seien jedoch ausschließlich Geräte zur orthopädischen Behandlung. In ihrer Stellungnahme zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 06.08.2012 führte die Auftraggeberin aus, Dr. M*** sei zwar in die Vorbereitung der Ausschreibung gemäß Paragraph 78, Absatz 9, BVergG einbezogen worden, nicht jedoch in die Prüfung und Beurteilung des Angebotes gemäß Paragraph 122, leg cit. Dr. M*** sei ein ausgewiesener Experte im Bereich der Stoßwellentherapie und seine Stellungnahme sowohl auf zahlreiche internationale Studien als auch auf Herstellerangaben und eigene Versuche im Unfallkrankenhaus Meidling gestützt. Die Auftraggeberin sehe keinen Grund an seiner fachlichen Unabhängigkeit zu zweifeln. Aus der dem Bundesvergabeamt übermittelten Dokumentation der durchgeführten Marktforschung ergebe sich aus Sicht der Auftraggeberin zweifelsfrei, dass die gewünschten elektrohydraulischen Stoßwellentherapiegeräte zur orthopädischen Behandlung in der europäischen Union lediglich von der Firma O***, in Österreich über die Firma B*** beziehbar seien. Die Antragstellerin verweise in ihrer Stellungnahme auf die Firmen R*** und S***, welche ebenfalls elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte vertreiben würden. Dem sei jedoch entgegen zu halten, dass die elektrohydraulischen Geräte der Firmen R*** und S*** nicht im orthopädischen, sondern lediglich im urologischen Bereich zur Lithotripsie, also der Zertrümmerung von Nierensteinen, verwendet würden. Verfahrensgegenständlich seien jedoch ausschließlich Geräte zur orthopädischen Behandlung.

Mit Schreiben vom 01.08.2012 gab die Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme ab und führte aus, sie könne bestätigen, dass es in Europa neben O*** keinen weiteren Hersteller für Funkenstoßwellengeräte zur Behandlung von Pseudoarthrosen gebe. Die elektrohydraulische Technologie sei technologisch aufwendiger als die verbreitete elektromagnetische Technologie. Das von der Zuschlagsempfängerin gelieferte Gerät XXXX sei in seiner technischen Ausstattung einmalig am Markt. Mit Schreiben vom 01.08.2012 gab die Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme ab und führte aus, sie könne bestätigen, dass es in Europa neben O*** keinen weiteren Hersteller für Funkenstoßwellengeräte zur Behandlung von Pseudoarthrosen gebe. Die elektrohydraulische Technologie sei technologisch aufwendiger als die verbreitete elektromagnetische Technologie. Das von der Zuschlagsempfängerin gelieferte Gerät römisch 40 sei in seiner technischen Ausstattung einmalig am Markt.

Das Bundesvergabeamt führte amtswegig Erhebungen durch, ob auch noch andere Unternehmen als die Zuschlagsempfängerin elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte für die Behandlung von orthopädischen Indikationen anbieten. Das Ergebnis dieser Erhebungen war, dass zumindest noch ein anderes Unternehmen, nämlich S***, derartige Geräte anbietet. Die von S*** übermittelten Informationsunterlagen betreffend elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte wurden der Auftraggeberin im Rahmen des Parteiengehörs zugemittelt.

Mit Schreiben vom 05.09.2012 gab die Auftraggeberin eine Stellungnahme ab und führte aus, das von der S*** angebotene Gerät würde für sie nicht in Frage kommen, da dieses Gerät im Gegensatz zum beschafften Gerät nur über einen starren Therapiekopf verfüge, welcher es notwendig mache, den Patienten zum Therapiekopf hin zu lagern, was nicht den orthopädischen und unfallchirurgischen Standards in der europäischen Union entspreche. Darüber hinaus bezweifelte die Auftraggeberin die Antragslegitimation der Antragstellerin, da diese keine elektrohydraulischen Stoßwellentherapiegeräte herstelle bzw. vertreibe. Daher könne der Antragstellerin auch kein Schaden aus dem durch die Auftraggeberin geführten Vergabeverfahren entstanden sein.

In der mündlichen Verhandlung vom 09.10.2012 führte die Vertreterin der Auftraggeberin, Dr. L***, zur Frage bezüglich des Ablaufes der konkreten Beschaffung aus, im Rahmen des Investitionsplanes der Auftraggeberin sei die Beschaffung von Stoßwellentherapiegeräten vorgesehen gewesen. Aufgrund des Umfanges der zu beschaffenden Geräte (Wert) sei eine zentrale Anschaffung notwendig gewesen. Die Auftraggeberin habe hinsichtlich der Technologien bei Stoßwellentherapiegeräten eine Marktforschung durchgeführt und sei zum Schluss gekommen, dass entweder elektromagnetische oder elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte beschafft werden sollten. Zur genaueren Festlegung sei ein Gutachten bei Dr. M*** - einem ausgewiesenen Experten auf diesem Gebiet, der im UKH

XXXX als Oberarzt tätig sei - in Auftrag gegeben worden. Auf Grundlage dieses Gutachtens habe die Auftraggeberin beschlossen, dass elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte beschafft werden sollten. Eine weitere Marktforschung bezüglich der Frage, welches Unternehmen derartige Geräte liefern könnte, habe ergeben, dass nur die Fa. O*** derartige Geräte herstelle und die Zuschlagsempfängerin als exklusiver Vertriebspartner in Österreich diese Geräte liefern könnte. In der mündlichen Verhandlung vom 09.10.2012 führte die Vertreterin der Auftraggeberin, Dr. L***, zur Frage bezüglich des Ablaufes der konkreten Beschaffung aus, im Rahmen des Investitionsplanes der Auftraggeberin sei die Beschaffung von Stoßwellentherapiegeräten vorgesehen gewesen. Aufgrund des Umfanges der zu beschaffenden Geräte (Wert) sei eine zentrale Anschaffung notwendig gewesen. Die Auftraggeberin habe hinsichtlich der Technologien bei Stoßwellentherapiegeräten eine Marktforschung durchgeführt und sei zum Schluss gekommen, dass entweder elektromagnetische oder elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte beschafft werden sollten. Zur genaueren Festlegung sei ein Gutachten bei Dr. M*** - einem ausgewiesenen Experten auf diesem Gebiet, der im UKH römisch 40 als Oberarzt tätig sei - in Auftrag gegeben worden. Auf Grundlage dieses Gutachtens habe die Auftraggeberin beschlossen, dass elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte beschafft werden sollten. Eine weitere Marktforschung bezüglich der Frage, welches Unternehmen derartige Geräte liefern könnte, habe ergeben, dass nur die Fa. O*** derartige Geräte herstelle und die Zuschlagsempfängerin als exklusiver Vertriebspartner in Österreich diese Geräte liefern könnte.

Zur Frage, ob der Auftraggeberin zum Zeitpunkt der Einholung des Gutachtens bekannt gewesen sei, dass Dr. M*** Teilhaber der Herstellerfirma O*** sei, führte ein weiterer Vertreter der Auftraggeberin, Mag. K***, aus, dass Dr. M*** lediglich aus objektiver Sicht fachbezogene Angaben bezüglich der medizinischen Indikationen sowie medizinischer Studienergebnisse wiedergegeben habe. Er sei auch nicht als externer unbefangener Gutachter beigezogen worden, sondern als fachkundiger Dienstnehmer der Auftraggeberin.

Herr J*** führt aus, derzeit seien in den Unfallkrankenhäusern sowohl elektromagnetische als auch elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte unterschiedlicher Hersteller im Einsatz. Es hätten jedoch zwischenzeitig technische Änderungen stattgefunden. Aufgrund dieser Änderungen und des Gutachtens von Dr. M***, der ausreichend Erfahrung auf diesem Gebiet habe, habe die Auftraggeberin beschlossen, elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte zu beschaffen.

Dr. L*** ergänzte, dass klar gewesen sei, dass vorrangig Knochenbrüche und Weichteilverletzungen behandelt werden müssten. Aus dem Gutachten von Dr. M*** habe sich ergeben, dass die Anzahl der Behandlungen mit elektrohydraulischen Stoßwellentherapiegeräten geringer sei, als mit elektromagnetischen Geräten. Ein Leistungsverzeichnis mit technischen Vorgaben sei nicht erstellt worden. Es gebe nur das Leistungsverzeichnis, in welchem das Stoßwellentherapiegerät XXXX ausdrücklich genannt sei. Auf Basis dieser Ausschreibungsunterlage habe die Fa. B*** ihr Angebot gelegt. Dr. L*** ergänzte, dass klar gewesen sei, dass vorrangig Knochenbrüche und Weichteilverletzungen behandelt werden müssten. Aus dem Gutachten von Dr. M*** habe sich ergeben, dass die Anzahl der Behandlungen mit elektrohydraulischen Stoßwellentherapiegeräten geringer sei, als mit elektromagnetischen Geräten. Ein Leistungsverzeichnis mit technischen Vorgaben sei nicht erstellt worden. Es gebe nur das Leistungsverzeichnis, in welchem das Stoßwellentherapiegerät römisch 40 ausdrücklich genannt sei. Auf Basis dieser Ausschreibungsunterlage habe die Fa. B*** ihr Angebot gelegt.

Mag. K*** führte aus, es handele sich im gegenständlichen Fall um ein Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter, daher sei ein Leistungsverzeichnis nicht notwendig gewesen. Die Definitionen der technischen Anforderungen an das Gerät seien über die Nennung des konkreten Gerätes im Leistungsverzeichnis erfolgt. Die Auftraggeberin habe dieses konkrete Gerät beschaffen wollen und daher von der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses, wie es für ein offenes Verfahren üblich sei, abgesehen. Dass das zu beschaffende Gerät über einen beweglichen Therapiekopf verfügen müsse, sei im Leistungsverzeichnis zwar nicht festgelegt, jedoch für die Auftraggeberin immer klar gewesen. Dies sei State of the art. Auf die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses habe verzichtet werden können, da sich aus der Marktforschung ergeben habe, dass es keine unterschiedlichen Firmen auf dem Markt gebe, die Stoßwellentherapiegeräte nach den Vorstellungen der Auftraggeberin liefern könnten. Das im Rahmen des Parteiengehörs der Auftraggeberin zur Kenntnis gebrachte Stoßwellentherapiegerät "YYYY" der Fa. S*** sei für den orthopädischen Bereich nicht brauchbar. Dr. M*** habe ausgesagt, dass es bezüglich der orthopädischen Anwendung hinsichtlich des Gerätes "YYYY" keine wissenschaftlichen Publikationen gebe. Daher sei die Beschaffung dieses Gerätes nie in Frage gekommen.

Dr. L*** gab an, dass die Auftraggeberin von der Existenz des Gerätes "YYYY" erstmals durch die vom Bundesvergabeamt im Rahmen des Parteiengehörs übermittelten Unterlagen Kenntnis erlangt habe.

Herr. J*** führte aus, aufgrund des Gutachtens von Dr. M*** sei für die Auftraggeberin klar gewesen, dass das Gerät "XXXX" beschafft werden sollte. Andere Geräte seien weder in Erwägung gezogen noch geprüft worden. Dr. L*** erklärte, dass drei Geräte speziell für Knochenbehandlungen eingesetzt würden; die übrigen Geräte für Weichteilbehandlungen. Mag. X***, der Vertreter der Antragstellerin, führte bezüglich der Antragslegitimation aus, laut Handelsregister des Kantons XXXX sei die Antragstellerin zum Handel mit medizintechnischen Geräten befugt und könnte daher auch elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte liefern. Zum Beweis legte Mag. X*** den entsprechenden Handelsregisterausdruck vor, der dem Verhandlungsprotokoll angeschlossen wurde. Herr. J*** führte aus, aufgrund des Gutachtens von Dr. M*** sei für die Auftraggeberin klar gewesen, dass das Gerät "XXXX" beschafft werden sollte. Andere Geräte seien weder in Erwägung gezogen noch geprüft worden. Dr. L*** erklärte, dass drei Geräte speziell für Knochenbehandlungen eingesetzt würden; die übrigen Geräte für Weichteilbehandlungen. Mag. X***, der Vertreter der Antragstellerin, führte bezüglich der Antragslegitimation aus, laut Handelsregister des Kantons römisch 40 sei die Antragstellerin zum Handel mit medizintechnischen Geräten befugt und könnte daher auch elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte liefern. Zum Beweis legte Mag. X*** den entsprechenden Handelsregisterausdruck vor, der dem Verhandlungsprotokoll angeschlossen wurde.

Dr. Y***, der Vertreter der Zuschlagsempfängerin, führte aus, der Handelsregisterauszug liefere keinen Beweis für die tatsächliche geschäftliche Tätigkeit der Antragstellerin. Die Angaben bezüglich der geschäftlichen Tätigkeit seien im Handelsregister üblicher Weise weit gefasst, um allenfalls später hinzukommende Geschäftsfelder abdecken zu können. Konkret gebe es aber derzeit keine Informationen oder marktrelevante Beweise, dass die Antragstellerin elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte liefern könnte. Dr. L*** ergänzte dazu, es werde in diesem Zusammenhang auf den Aktenvermerk vom 8.5.2012 verwiesen, in dessen Beilage ein Überblick über europäische Hersteller extrakorporaler Stoßwellentherapiesysteme geboten werde. Daraus gehe hervor, dass die Antragstellerin lediglich elektromagnetische und ballistische Systeme herstelle.

Mag. X*** erklärte, dass die Ausschreibung nicht auf die Herstellung sondern lediglich auf die Lieferung von elektrohydraulischen Stoßwellentherapiegeräten abziele. Eine Lieferung wäre für die Antragstellerin möglich.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt ist Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs.1 Z 2 BVergG Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt ist Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag gem. § 5 BVergG zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich (Auftragswert rd. Euro 600.000) zuzuordnende Auftrag wurde nach dem Billigstbieterprinzip in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter vergeben. Der Zuschlag wurde am 12.07.2012 erteilt. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag gem. Paragraph 5, BVergG zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich (Auftragswert rd. Euro 600.000) zuzuordnende Auftrag wurde nach dem Billigstbieterprinzip in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter vergeben. Der Zuschlag wurde am 12.07.2012 erteilt.

Zur Frage der Antragslegitimation, die von der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin in Zweifel gezogen werden, ist darauf hinzuweisen, dass es sich im vorliegenden Fall um einen Lieferauftrag handelt, es also nicht erforderlich ist, dass die zu beschaffenden Geräte vom Lieferanten selbst hergestellt werden. Derartige Anforderungen sind auch nicht in der dem Bundesvergabeamt vorliegenden Ausschreibung enthalten. Eine Lieferung der durch die Auftraggeberin beschafften Geräte wäre auch der Antragstellerin möglich, da diese ein solches Gerät kaufen und an die Auftraggeberin weiterverkaufen könnte. In diesem Zusammenhang ist auch auf den von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Handelsregisterauszug zu verweisen, wonach die Antragstellerin zum Handel mit Medizintechnikprodukten befugt ist. Da die Antragstellerin also grundsätzlich die Möglichkeit hätte, elektrohydraulische Stoßwellengeräte zu liefern und ihr daher aus der behaupteten rechtswidrigen Vergabe des gegenständlichen Auftrages ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, ist auch die Antragslegitimation gegeben.

Zu Spruchpunkt 1.):

Die Auftraggeberin beruft sich bezüglich der Wahl des gegenständlichen Vergabeverfahrens auf den Ausnahmetatbestand des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG, wonach Lieferaufträge in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden können. Die von der Auftraggeberin beschafften, die erforderlichen technischen und funktionalen Anforderungen erfüllenden Stoßwellentherapiegeräte könnten nämlich nur durch die Zuschlagsempfängerin geliefert werden. In diesem Zusammenhang beruft sich die Auftraggeberin auf von ihr im Vorfeld durchgeführte Markterhebungen. Diese Markterhebungen betreffende Unterlagen waren in dem von der Auftraggeberin ursprünglich vorgelegten Vergabeakt nicht enthalten. Nach Urgenz durch das Bundesvergabeamt wurde ein diese Markterhebungen betreffender Aktenvermerk nachgereicht (OZ 8). In diesem Aktenvermerk hält die Auftraggeberin selbst fest, dass sie um sich auf § 29 Abs 2 Z 2 BVergG berufen zu können, Marktforschungen anstellen müsste. Die durch die Auftraggeberin durchgeführten Internetrecherchen hätten gezeigt, dass es mehrere Anbieter von Stoßwellentherapiegeräten gebe. Da aus den jeweiligen Informationsblättern nicht ersichtlich gewesen sei, ob es sich um elektromagnetische oder um elektrohydraulische Geräte handle, holte der Mitarbeiter der Auftraggeberin eine telefonische Auskunft bei der Q***, einer Gesellschaft, die laut Eigendefinition gegründet wurde, um die Methoden der extrakorporalen Stoßwellentherapie am Stütz- und Bewegungsapparat zu erforschen, zu fördern und der Allgemeinheit zugänglich zu machen, ein. Laut dieser Auskunft würden elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte in Europa ausschließlich von der Zuschlagsempfängerin angeboten. Die Auftraggeberin beruft sich bezüglich der Wahl des gegenständlichen Vergabeverfahrens auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, wonach Lieferaufträge in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden können. Die von der Auftraggeberin beschafften, die erforderlichen technischen und funktionalen Anforderungen erfüllenden Stoßwellentherapiegeräte könnten nämlich nur durch die Zuschlagsempfängerin geliefert werden. In diesem Zusammenhang beruft sich die Auftraggeberin auf von ihr im Vorfeld durchgeführte Markterhebungen. Diese Markterhebungen betreffende Unterlagen waren in dem von der Auftraggeberin ursprünglich vorgelegten Vergabeakt nicht enthalten. Nach Urgenz durch das Bundesvergabeamt wurde ein diese Markterhebungen betreffender Aktenvermerk nachgereicht (OZ 8). In diesem Aktenvermerk hält die Auftraggeberin selbst fest, dass sie um sich auf Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG berufen zu können, Marktforschungen anstellen müsste. Die durch die Auftraggeberin durchgeführten Internetrecherchen hätten gezeigt, dass es mehrere Anbieter von Stoßwellentherapiegeräten gebe. Da aus den jeweiligen Informationsblättern nicht ersichtlich gewesen sei, ob es sich um elektromagnetische oder um elektrohydraulische Geräte handle, holte der Mitarbeiter der Auftraggeberin eine telefonische Auskunft bei der Q***, einer Gesellschaft, die laut Eigendefinition gegründet wurde, um die Methoden der extrakorporalen Stoßwellentherapie am Stütz- und Bewegungsapparat zu erforschen, zu fördern und der Allgemeinheit zugänglich zu machen, ein. Laut dieser Auskunft würden elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte in Europa ausschließlich von der Zuschlagsempfängerin angeboten.

Die vom Bundesvergabeamt durchgeführten Ermittlungen ergaben hingegen, dass die S*** ebenfalls elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte für orthopädische Indikationen anbietet. Dass das von der S*** angebotene Gerät "XXXX" dem von der Auftraggeberin beschafften Gerät "YYYY" vergleichbar sei, wurde von der Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 05.09.2012 (OZ 16) auf Grundlage der durch das Bundesvergabeamt übermittelten Produktinformationen das Gerät "XXXX" betreffend, ausdrücklich bestätigt. Die Auftraggeberin behauptete jedoch, das Gerät "XXXX" verfüge über keinen beweglichen Therapiekopf und entspreche überdies nicht den europäischen Standards.

Dieses Vorbringen kann der Auftraggeberin jedoch nicht zum Erfolg verhelfen. Wie sich aus den dem Bundesvergabeamt vorliegenden Unterlagen sowie dem Verhandlungsergebnis ergibt, hatte die Auftraggeberin, als sie das zu beschaffende Gerät ausschrieb, offensichtlich bereits die Entscheidung getroffen, das Gerät "YYYY" zu beschaffen. Definitionen dahingehend, welchen Anforderungen das zu beschaffende Gerät zu entsprechen habe, enthält die Ausschreibung nämlich nicht. In der mündlichen Verhandlung betonten die Vertreter der Auftraggeberin übereinstimmend, dass im konkreten Vergabeverfahren auf die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses bewusst verzichtet wurde, da die Auftraggeberin aufgrund der gutachterlichen Stellungnahme von Dr. M*** entschieden hatte, das Gerät "YYYY" zu beschaffen. Daher wurde auch nirgendwo festgelegt, dass das zu beschaffende Gerät über einen beweglichen Therapiekopf verfügen muss, da schon alleine durch die Nennung des Gerätes "YYYY" in der Ausschreibung diese Anforderung festgelegt wurde.

Die Auftraggeberin ging also davon aus, dass ausschließlich das Gerät "YYYY" jenes Gerät sei, das ihren Anforderungen

entspreche. Das wird auch durch die Ausführungen der Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 05.09.2012 (OZ 16) ausdrücklich bestätigt. Die Grundlage für diese Entscheidung bildet nach den übereinstimmenden Aussagen der Vertreter der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung sowie in ihren schriftlichen Stellungnahmen das den Vergabeunterlagen angeschlossene Gutachten von Dr. M***, der von der Auftraggeberin als Experte in der Stoßwellentherapie zur Beratung herangezogen wurde. Nach den Ausführungen von Dr. M*** sind aufgrund klinischer Erfahrungen elektrohydraulische Systeme zur Behandlung von Knochenpathologien aus verschiedenen im Gutachten angeführten Gründen besser geeignet als elektromagnetische Geräte. Weiters verweist Dr. M*** darauf, dass derzeit das Gerät ZZZZ 280 im UKH Meidling zur Behandlung von Knochenpathologien in Verwendung stehe. Für die Weichteilbehandlung stehe das Gerät ZZZZ 180c leihweise zur Verfügung, welches aber nicht mehr produziert werde und durch das Gerät YYY 100 ersetzt worden sei. Beide Geräte würden von der Firma O*** hergestellt. Technische Anforderungen an die zu beschaffenden Geräte enthält das Gutachten nicht.

Die Aussage von Dr. M***, dass es seines Wissens in Europa nur einen Anbieter für elektrohydraulische Systeme mit großem Reflektor zur Behandlung von Knochenpathologien gebe, kann jedoch nicht die alleinige Grundlage für die Entscheidung der Auftraggeberin für die Beschaffung eines der im Gutachten genannten Geräte bilden.

Zum einen ist der von der Auftraggeberin herangezogene Sachverständige Dr. M***, dessen Gutachten die einzige entscheidungsrelevante Grundlage für die Anschaffung des Gerätes "YYY 280" des Herstellers O*** bildete, selbst wissenschaftlicher Leiter und Gesellschafter der Muttergesellschaft der O*** nämlich der Fa. P***. Auch wenn Dr. M*** unbestritten ein Fachmann auf dem Gebiet der Stoßwellentherapie ist, so erweckt bereits sein Naheverhältnis zur Herstellerfirma den Anschein, dass wirtschaftliche Interessen die Basis seines Gutachtens bilden könnten und aus diesem Grund das Heranziehen seines Gutachtens als alleinige Entscheidungsgrundlage für die Anschaffung des Gerätes "YYY" jedenfalls nicht mit den Grundsätzen des § 19 Abs. 1 BVergG vereinbar ist. Zum anderen hat die Auftraggeberin keine Festlegungen hinsichtlich der technischen und medizinischen Anforderungen getroffen. Es wurden ihrerseits auch nie die technischen Besonderheiten, deretwegen kein Vergabeverfahren durchgeführt werden müsste, aufgezeigt. Die Auftraggeberin beschränkte sich vielmehr alleine auf die Behauptung, aufgrund ihrer Recherchen könnte ein elektrohydraulisches Stoßwellentherapiegerät nur von der Zuschlagsempfängerin geliefert werden und unterließ laut den Aussagen der Vertreter der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, bewusst ein Leistungsverzeichnis zu verfassen, da sie allein aufgrund der Aussagen von Dr. M*** bereits beschlossen hatte, das Gerät "YYY 280" anzukaufen. Damit folgte die Auftraggeberin zur Gänze den Aussagen des Gutachters Dr. M***, der - wie das Ermittlungsverfahren zweifelsfrei ergeben hat - selbst wissenschaftlicher Leiter und Gesellschafter der Muttergesellschaft (Fa. P***) des Herstellers O*** ist. Bei der im Gutachten enthaltenen Erklärung, es gebe nur einen Anbieter von elektrohydraulischen Systemen mit großem Reflektor, nämlich die Firma O***, liegt im vorliegenden Fall jedoch eindeutig ein wirtschaftlicher Interessenkonflikt vor, was von der Auftraggeberin, wie aus den Aussagen zu diesem Thema in der mündlichen Verhandlung hervorgeht, wissentlich in Kauf genommen wurde. Zum einen ist der von der Auftraggeberin herangezogene Sachverständige Dr. M***, dessen Gutachten die einzige entscheidungsrelevante Grundlage für die Anschaffung des Gerätes "YYY 280" des Herstellers O*** bildete, selbst wissenschaftlicher Leiter und Gesellschafter der Muttergesellschaft der O*** nämlich der Fa. P***. Auch wenn Dr. M*** unbestritten ein Fachmann auf dem Gebiet der Stoßwellentherapie ist, so erweckt bereits sein Naheverhältnis zur Herstellerfirma den Anschein, dass wirtschaftliche Interessen die Basis seines Gutachtens bilden könnten und aus diesem Grund das Heranziehen seines Gutachtens als alleinige Entscheidungsgrundlage für die Anschaffung des Gerätes "YYY" jedenfalls nicht mit den Grundsätzen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG vereinbar ist. Zum anderen hat die Auftraggeberin keine Festlegungen hinsichtlich der technischen und medizinischen Anforderungen getroffen. Es wurden ihrerseits auch nie die technischen Besonderheiten, deretwegen kein Vergabeverfahren durchgeführt werden müsste, aufgezeigt. Die Auftraggeberin beschränkte sich vielmehr alleine auf die Behauptung, aufgrund ihrer Recherchen könnte ein elektrohydraulisches Stoßwellentherapiegerät nur von der Zuschlagsempfängerin geliefert werden und unterließ laut den Aussagen der Vertreter der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, bewusst ein Leistungsverzeichnis zu verfassen, da sie allein aufgrund der Aussagen von Dr. M*** bereits beschlossen hatte, das Gerät "YYY 280" anzukaufen. Damit folgte die Auftraggeberin zur Gänze den Aussagen des Gutachters Dr. M***, der - wie das Ermittlungsverfahren zweifelsfrei ergeben hat - selbst wissenschaftlicher Leiter und Gesellschafter der Muttergesellschaft (Fa. P***) des Herstellers O*** ist. Bei der im Gutachten enthaltenen Erklärung, es gebe nur einen

Anbieter von elektrohydraulischen Systemen mit großem Reflektor, nämlich die Firma O***, liegt im vorliegenden Fall jedoch eindeutig ein wirtschaftlicher Interessenkonflikt vor, was von der Auftraggeberin, wie aus den Aussagen zu diesem Thema in der mündlichen Verhandlung hervorgeht, wissentlich in Kauf genommen wurde.

Die Auftraggeberin entschloss sich, wie ihre Vertreter in der Verhandlung wiederholt betonten, ausschließlich auf Basis dieses Gutachtens zur Beschaffung elektrohydraulischer Geräte, da diese nach Ansicht des Gutachters besser zur Behandlung bestimmter Indikationen geeignet sind. Aus vergaberechtlicher Sicht wäre es jedoch Aufgabe der Auftraggeberin gewesen, einen technischen sowie medizinischen Anforderungskatalog zu formulieren - wie im BVergG für einen Beschaffungsvorgang grundsätzlich vorgesehen -, aufgrund dessen überhaupt erst die Möglichkeit zur Auswahl eines bestimmten Gerätes geschaffen worden wäre.

Dass das zu beschaffende Gerät über einen beweglichen Therapiekopf verfügen müsse - wie von der Auftraggeberin nunmehr im Nachprüfungsverfahren vorgebracht wird -, geht weder aus den Ausschreibungsunterlagen oder dem Gutachten von Dr. M*** noch aus dem vorgelegten Aktenvermerk (OZ 8) hervor. Dies wurde von den Vertretern der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung auch ausdrücklich bestätigt. Die Vertreter der Auftraggeberin zogen sich in der mündlichen Verhandlung lediglich auf die Behauptung zurück, dass ein Stoßwellentherapiegerät über einen beweglichen Therapiekopf verfügen müsse, da dies "State of the art" sei. Diese Rechtfertigung erweckt in dieser Sachverhaltskonstellation den Anschein einer nachträglichen Schutzbehauptung für die nicht mit den Bestimmungen des BVergG in Einklang stehende Vorgehensweise der Auftraggeberin bei der gegenständlichen Beschaffung.

Dieser Eindruck wird auch durch die Ausführungen der Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 05.09.2012 (OZ16) bestätigt, in der das Gerät "XXXX" als nicht den Standards der europäischen Union entsprechend dargestellt wird. Laut den dem Bundesvergabeamt vorliegenden Unterlagen ist das Gerät nämlich zertifiziert (ISO 9001/EN46001 sowie CE 0482). Auch der von der Auftraggeberin angelegte Aktenvermerk vom 08.05.2012 (OZ 8) ist aufgrund des Vorbringens der Auftraggeberin vom 05.09.2012 (OZ 16) nunmehr unglaubwürdig. In diesem AV hält die Auftraggeberin nämlich fest, dass ihre Recherchen ergeben hätten, dass es keinen anderen Anbieter von elektrohydraulischen Stoßwellentherapiegeräten als O*** gebe. In ihrem Schreiben vom 05.09.2012 hingegen gesteht die Auftraggeberin zu, dass es sich bei dem Gerät "XXXX" um ein dem Gerät "YYYY" vergleichbares Gerät zur Behandlung derselben medizinischen Indikationen handelt.

Aus den Aussagen eines Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung geht hervor, dass die Auftraggeberin die das Gerät "XXXX" betreffenden Unterlagen, die ihr im Rahmen des Parteiengehörs vom Bundesvergabeamt übermittelt worden waren, offenbar Dr. M*** zur Beurteilung vorgelegt hat. Wie aus den Aussagen weiters hervorgeht, erklärte Dr. M***, dass bezüglich "XXXX" keine wissenschaftlichen Publikationen hinsichtlich der Anwendung im orthopädischen Bereich vorlägen. Auf Grund dieser Beurteilung sei die Beschaffung des Gerätes "XXXX" für die Auftraggeberin nicht mehr in Frage gekommen. Bereits die Heranziehung von Dr. M*** zur Beurteilung des Gerätes "XXXX" ist mit den in § 19 BVergG festgelegten Grundsätzen unvereinbar. Die Teilhaberschaft von Dr. M*** an der Muttergesellschaft der Herstellerfirma des Gerätes "YYYY", erweckt zumindest den Anschein, dass dieser ein wirtschaftliches Interesse an der Beschaffung des Gerätes "YYYY" durch die Auftraggeberin hat. Dies wiederum lässt eine objektive Beurteilung eines Konkurrenzproduktes durch ihn zumindest als äußerst zweifelhaft erscheinen, was jedoch dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs widerspricht. Aus den Aussagen eines Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung geht hervor, dass die Auftraggeberin die das Gerät "XXXX" betreffenden Unterlagen, die ihr im Rahmen des Parteiengehörs vom Bundesvergabeamt übermittelt worden waren, offenbar Dr. M*** zur Beurteilung vorgelegt hat. Wie aus den Aussagen weiters hervorgeht, erklärte Dr. M***, dass bezüglich "XXXX" keine wissenschaftlichen Publikationen hinsichtlich der Anwendung im orthopädischen Bereich vorlägen. Auf Grund dieser Beurteilung sei die Beschaffung des Gerätes "XXXX" für die Auftraggeberin nicht mehr in Frage gekommen. Bereits die Heranziehung von Dr. M*** zur Beurteilung des Gerätes "XXXX" ist mit den in Paragraph 19, BVergG festgelegten Grundsätzen unvereinbar. Die Teilhaberschaft von Dr. M*** an der Muttergesellschaft der Herstellerfirma des Gerätes "YYYY", erweckt zumindest den Anschein, dass dieser ein wirtschaftliches Interesse an der Beschaffung des Gerätes "YYYY" durch die Auftraggeberin hat. Dies wiederum lässt eine objektive Beurteilung eines Konkurrenzproduktes durch ihn zumindest als äußerst zweifelhaft erscheinen, was jedoch dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs widerspricht.

Da das Bundesvergabeamt auf Grund seiner eigenen Ermittlungen bereits ein Unternehmen finden konnte, das - wie auch die Auftraggeberin ausdrücklich zugestanden hat - ein dem beschafften Gerät vergleichbares Gerät liefern

könnte, hat sich die Auftraggeberin zu Unrecht auf den Ausnahmetatbestand des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG berufen. Der Tatbestand ist nämlich nur dann erfüllt, wenn der Auftrag wegen seiner technischen Besonderheit nur von einem bestimmten Unternehmer erfüllt werden kann. Wenn feststeht, dass die gewünschte Leistung von zwei oder von einer sonstigen Anzahl von Unternehmern erbracht werden kann, kommt die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zur Anwendung. Die fehlende Erkennbarkeit eines potentiellen Auftragnehmers ist nicht ausreichend, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich bei ordnungsgemäßer Bekanntmachung andere potentielle Auftragnehmer gefunden hätten (J.Schramm/M.Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel §§ 28-30 Rz 40). Der EuGH stellt in seiner Judikatur darauf ab, ob zumindest ein weiterer Bieter hätte mitbieten können (EuGH 05.10.2000, Rs C-337/98, Matra Transport). Da das Bundesvergabeamt auf Grund seiner eigenen Ermittlungen bereits ein Unternehmen finden konnte, das - wie auch die Auftraggeberin ausdrücklich zugestanden hat - ein dem beschafften Gerät vergleichbares Gerät liefern könnte, hat sich die Auftraggeberin zu Unrecht auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG berufen. Der Tatbestand ist nämlich nur dann erfüllt, wenn der Auftrag wegen seiner technischen Besonderheit nur von einem bestimmten Unternehmer erfüllt werden kann. Wenn feststeht, dass die gewünschte Leistung von zwei oder von einer sonstigen Anzahl von Unternehmern erbracht werden kann, kommt die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zur Anwendung. Die fehlende Erkennbarkeit eines potentiellen Auftragnehmers ist nicht ausreichend, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich bei ordnungsgemäßer Bekanntmachung andere potentielle Auftragnehmer gefunden hätten (J.Schramm/M.Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraphen 28 -, 30, Rz 40). Der EuGH stellt in seiner Judikatur darauf ab, ob zumindest ein weiterer Bieter hätte mitbieten können (EuGH 05.10.2000, Rs C-337/98, Matra Transport).

§ 29 Abs2 Z 2 BVergG knüpft an zwei Voraussetzungen, die kumulativ zu erfüllen sind. Einerseits die Arbeiten, die Gegenstand des Auftrages sind, müssen technische Besonderheiten aufweisen, und andererseits, es muss auf Grund dieser Besonderheiten unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben. Das heißt, nur dieses Unternehmen ist in der Lage, die Leistung zu erbringen (J.Schramm/M.Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel §§ 28-30 Rz 41). Paragraph 29, Abs2 Ziffer 2, BVergG knüpft an zwei Voraussetzungen, die kumulativ zu erfüllen sind. Einerseits die Arbeiten, die Gegenstand des Auftrages sind, müssen technische Besonderheiten aufweisen, und andererseits, es muss auf Grund dieser Besonderheiten unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben. Das heißt, nur dieses Unternehmen ist in der Lage, die Leistung zu erbringen (J.Schramm/M.Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraphen 28 -, 30, Rz 41).

Darüber hinaus sind nach der Judikatur des EuGH Bestimmungen, die die Ausnahmen von Vorschriften zulassen, die die Wirksamkeit der durch die Vergaberichtlinien eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen. Die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen von solchen außergewöhnlichen Umständen, die die Anwendung eines solchen Tatbestandes rechtfertigen, obliegt demjenigen, der sich darauf berufen will (Rindler in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 1 zu § 29). Darüber hinaus sind nach der Judikatur des EuGH Bestimmungen, die die Ausnahmen von Vorschriften zulassen, die die Wirksamkeit der durch die Vergaberichtlinien eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen. Die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen von solchen außergewöhnlichen Umständen, die die Anwendung eines solchen Tatbestandes rechtfertigen, obliegt demjenigen, der sich darauf berufen will (Rindler in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 1 zu Paragraph 29,).

Im vorliegenden Fall ist die Auftraggeberin jedoch jeden Nachweis dafür, dass nur die Zuschlagsempfängerin ein geeignetes Gerät liefern hätte können, schuldig geblieben. Sowohl der als Begründung für ihr Vorgehen ins Treffen geführte Aktenvermerk als auch das von der Auftraggeberseite wiederholt als für ihre Entscheidung ins Treffen geführte Gutachten von Dr. M*** haben aufgrund der durch das Bundesvergabeamt durchgeführten Ermittlungen und der Reaktion der Auftraggeberin darauf jede Glaubwürdigkeit verloren. Die in Beantwortung des Vorhalts des Bundesvergabeamtes erstattete Stellungnahme der Auftraggeberin vom 05.09.2012 (OZ 16) bestätigt vielmehr, dass es sehr wohl noch - zumindest einen - weiteren Anbieter für elektrohydraulische Stoßwellentherapiegeräte für orthopädische Indikationen gibt. Ebenso bestätigten die Vertreter der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung einhellig, dass alleine auf Grundlage des von Dr. M*** erstellten Gutachtens die Entscheidung gefällt wurde, das Gerät

"YYYY" von der Zuschlagsempfängerin zu kaufen und daher auch von der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses Abstand genommen wurde. Dabei handelt es sich eindeutig um ein den Grundsätzen des Bundesvergabegesetzes widersprechendes Vorgehen der Auftraggeberin.

Da, wie die Vertreter der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll gaben, aufgrund des vorliegenden Feststellungsantrages bislang keine Lieferung der verfahrensgegenständlichen Stoßwellengeräte an die Auftraggeberin erfolgt ist, wird der mit Auftragsschreiben vom 12.07.2012 zustande gekommene Vertrag für nichtig erklärt.

Zu Spruchpunkt 2.):

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Da - wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt - dem Feststellungsantrag vom 23.07.2012 auf Nichtigerklärung des Vertrages stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen der Antragstellerin iSv § 319 Abs. 1 BVergG vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 1 BVergG stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt - dem Feststellungsantrag vom 23.07.2012 auf Nichtigerklärung des Vertrages stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen der Antragstellerin iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG stattzugeben.

Zuletzt aktualisiert am

12.12.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at