

TE Verg Bescheid 2012/9/27 VKS-8250/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.09.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs3

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitcc, ee und nn

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §23

BVergG 2006 §41

BVergG 2006 §128

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 23 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 41 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 41 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHIED

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von Aufträgen von Leistungen für den Bereich "Hüft-Prothetik", durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Geschäftsbereich Strategischer Einkauf, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch Schramm-Öhler Rechtsanwälte OG nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

- 1) Der Antrag, die Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe" durch die Antragsgegnerin für nichtig zu erklären, wird abgewiesen. 2) Der Antrag, die "Aufforderung zur Angebotsabgabe" für den Bereich "Hüft-Prothetik" vom 1.8.2012 durch die Antragsgegnerin für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
- 3) Der Antrag, die "sonstige Festlegung" der Antragsgegnerin, "Leistungen für den Bereich "Hüft-Prothetik" in einem äußerst intransparenten Vergabeverfahren beschaffen zu wollen", für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.
- 4) Die einstweilige Verfügung vom 13.8.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
- 5) Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- 6) Die Antragstellerin hat an restlichen Pauschalgebühren € 1,-- an das Land Wien binnen 14 Tagen zu entrichten.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 3, 28, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. cc, ee und nn, 3 Abs 1 Z 1, 6, 23, 41, 128 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins, und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz 3, 28, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c,, ee und nn, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 23, 41, 128, BVergG 2006.

Begründung

Mit dem am 2.8.2012 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin betreffend die Wahl des Vergabeverfahrens "der Direktvergabe", die "Aufforderung zur Angebotsabgabe" für den Bereich "Hüft-Prothetik" sowie "sonstiger Festlegungen" der Antragsgegnerin, "Leistungen für den Bereich "Hüft-Prothetik" in einem äußerst intransparenten Vergabeverfahren beschaffen zu wollen", eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt sie dazu vor, sie sei von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.6.2012 zu einem "Halbjahres-Strategiegespräch" eingeladen worden. In diesem Schreiben sei sie ersucht worden "Firmenvertreter zu entsenden, die über die erforderlichen Entscheidungskompetenzen für Preisverhandlungen bzw. Jahresbonivereinbarungen für Ihre im KAV vertretene Produktpalette verfügen". Daraufhin habe die Antragstellerin die Antragsgegnerin um Klarstellung ersucht, ob im Rahmen dieser Gespräche Leistungsverträge abgeschlossen bzw. bestehende Leistungsverträge verbindlich abgeändert werden sollten. Weiters habe die Antragstellerin um Mitteilung ersucht, welche Produkte bzw. sonstige Leistungen und welches Auftragsvolumen von Beschaffungsmaßnahmen im Rahmen dieser Gespräche erfasst würden. Schließlich habe die Antragstellerin auch um Klarstellung ersucht, ob die Antragsgegnerin selbst oder die EKK eG als Vertragspartner auftrete und ob auch weitere Mitbewerber zu solchen Gesprächen eingeladen seien. Dazu habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 2.7.2012 mitgeteilt, dass nicht vorgesehen sei, "rechtsgültig zustande gekommene Leistungsverträge aus Ausschreibungen zu verhandeln oder abzuändern. Es ergeben sich keinerlei vergaberechtliche Implikationen". Das Gespräch habe am 26.7.2012 stattgefunden, wobei die Antragstellerin feststellen habe müssen, dass offenbar ähnliche Gespräche mit anderen Erzeugern von Hüft-Implantaten geführt worden seien. Im Zuge des Gespräches habe die Antragsgegnerin zu erkennen gegeben, dass ein Bedarf für die Hüftversorgung bestehe, sie habe

es jedoch unterlassen, eine genauere Quantifizierung dieses Bedarfes vorzunehmen. Obwohl die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu einem Vertragsabschluss mit der Einkaufsgemeinschaft EKK eG bewegen habe wollen, habe die Antragstellerin diesem Ansinnen "bis heute" nicht entsprochen. Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.8.2012 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, ein dem Schreiben beigelegtes Formular der EKK eG auszufüllen und der Antragsgegnerin bis 14.8.2012 zu retournieren. Dieses "Formular zur Abfrage der Versorgungsbeispiele Hüfte" enthalte zwar keine von der Antragsgegnerin vorgegebenen Mengen, vielmehr sei die Antragstellerin aufgefordert worden, für drei von ihr selbst zu definierenden Mengengrößen Stück- und Gesamtpreise bekannt zu geben. Daneben sollte die Antragstellerin neben den jeweiligen Produktdetails auch die aktuellen Listenpreise sowie die gültigen Konditionen mit der EKK eG bekannt geben. Bezüglich dieser Information vermutet die Antragstellerin, dass sich die Antragsgegnerin auf das Vertragsverhältnis zwischen der (deutschen) EKK eG und ihrer deutschen Schwestergesellschaft bezogen habe. Im dritten Absatz dieses Schreibens sei die Antragstellerin zur Angebotslegung bis spätestens 14.8.2012 wie folgt aufgefordert worden: "Zur weiteren Information senden sie bitte Preisangebote Hüftversorgung mit, die auch die entsprechenden Preisrabatte enthalten sowie auch ein Angebot für einen Jahresbonus 2012". Der Jahresbedarf der Antragsgegnerin im Bereich "Hüft-Prothetik" wird von der Antragstellerin mit ca.

2.200 Stück zu einem Stückpreis von rund € 1.500,- geschätzt. Damit würde sich der Bedarf im Bereich "Hüft-Prothetik" auf einen Auftragswert von über € 3 Millionen/jährlich belaufen.

In diesem Verhalten der Antragsgegnerin erblickt die Antragstellerin eine unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens durch eine beabsichtigte Direktvergabe, bzw. eine Aufforderung zur Angebotsabgabe an Mitbewerber. Die Antragsgegnerin beabsichtige offenbar auf diesem, vergaberechtlich unzulässigen Weg in einem äußerst intransparenten Vergabeverfahren, ihren Bedarf im Bereich "Hüftprothetik" zu decken. Nachdem die "Halbjahres-Strategiegespräche" auch mit Mitbewerbern geführt würden bzw. geführt worden seien, die Preisverhandlungen, Jahresbonivereinbarungen oder sonstige Verhandlungen über Vertragsabschlüsse und Vertragsänderungen beinhalten, würden vergaberechtliche Bestimmungen massiv verletzt werden.

In einem ergänzenden Schriftsatz vom 10.8.2012 weist die Antragstellerin darauf hin, dass es sich bei dem Schreiben vom 1.8.2012 um eine "Aufforderung zur Angebotsabgabe" handle, wie sich ausdrücklich aus dem letzten Absatz dieses Schreibens ergebe. Ein den Bestimmungen des BVergG 2006 entsprechendes Verfahren sei dieser Aufforderung nicht vorangegangen, insbesondere seien Ausschreibungsunterlagen dafür nicht erstellt worden.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der nachgefragten Leistungen befugt und habe daran auch ein eminentes Interesse. Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise müsste die Antragstellerin aufgrund der beabsichtigten Legung von wirtschaftlich attraktiven Angeboten den Zuschlag (zumindest für große Leistungsteile) auch tatsächlich erhalten bzw. diese Zuschlagserteilung zumindest im Wege des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems entsprechend durchsetzen können. Die geltend gemachten Rechtsverstöße seien wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Durch das Vorgehen der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin insofern ein Schaden zu entstehen, als sie nicht in einem, nach den Vorgaben des BVergG 2006 durchgeführten Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten und einen entsprechenden Gewinn (den sie im einleitenden Schriftsatz näher darstellt) erzielen könnte.

Die Antragstellerin fühlt sich in ihren subjektiven Rechten auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren, transparenter Abwicklung der Auftragsvergabe, Teilnahme an der Angebotsöffnung, transparente Bekanntmachung der zu vergebenden Leistungen, Bewertung der Angebote nach einem transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertungsschema, Bestbieterermittlung nach den Vorgaben des BVergG 2006, Erstellung der Angebote ohne Übernahme nichtkalkulierbarer Risiken, Unterlassung einer Ungleichbehandlung von Bietern die mit den EKK eG in keinem Vertragsverhältnis stehen und gesetzeskonforme Beendigung eines rechtswidrigen Vergabeverfahrens durch Widerruf, verletzt.

Dem zur Sicherung ihrer Rechtsposition gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 13.8.2012 (teilweise) Folge gegeben. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugangenen Bescheides verwiesen werden.

In ihrer am 7.8.2012 eingelangten Stellungnahme hat die Antragsgegnerin die Abweisung bzw. Zurückweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, dass keine gesondert anfechtbaren Entscheidungen vorlägen, weil es sich bei den von der Antragstellerin geschilderten Schritten der Antragsgegnerin lediglich um eine Markterhebung handle, welche zum Ziel habe, eine Übersicht über den Markt für Hüftprothesen zu erstellen. Keinesfalls sei es um die

Einleitung eines Vergabeverfahrens gegangen. Im Rahmen dieser eingeleiteten Marktanalyse soll die Anzahl der Marktteilnehmer sowie deren Produkte hinsichtlich Qualität und Preis dargestellt werden. Bei diesen Schritten handle es sich um Vorbereitungshandlungen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens. Um den geschätzten Auftragswert ermitteln zu können sei es erforderlich gewesen, im Rahmen einer Markterhebung unverbindliche Preisauskünfte über Produkte wie Hüftprothesen einzuholen. Unter Hinweis auf die Judikatur des EUGH vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass die von ihr gesetzten Schritte keine vergaberechtlich nachprüfbaren Handlungen darstellen würden. Bei den mit den wichtigsten Lieferanten geführten Strategiegesprächen habe es sich um eine Sondierung des Marktes gehandelt. Die Beschaffung der Implantate sei bisher nicht zentral geregelt gewesen. Aufbauend auf der durch die gegenwärtige Analyse gewonnenen Marktübersicht prüfe die Antragsgegnerin, in welchem Verfahren eine dem BVergG 2006 in allen Punkten entsprechende Vergabe erfolgen solle. Derzeit würden die benötigten Implantate von den einzelnen Abteilungen im Wege der Direktvergabe beschafft. Auch die Antragstellerin selbst habe im Jahr 2011 diesbezüglich erhebliche Umsätze verzeichnen können. Soweit die Antragstellerin die Wahl des Vergabeverfahrens als gesondert anfechtbare Entscheidung bekämpfe, liege eine solche nicht vor, weil es sich bei den von der Antragsgegnerin gesetzten Schritten lediglich um eine Markterkundung handle. Auch eine Aufforderung zur Angebotsabgabe sei nicht erfolgt.

Darauf hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.8.2012 repliziert und vorgebracht, dass sich das Vorbringen der Antragsgegnerin als nachträgliche Schutzbehauptung darstelle. Unter Hinweis auf einschlägige, von ihr zitierte Judikatur hielt sie insbesondere das Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.8.2012 für eine "Aufforderung zur Angebotsabgabe".

Diesem ergänzenden Vorbringen ist die Antragsgegnerin mit den Schriftsätzen vom

16. und 21.8.2012 entgegen getreten. Darin legt sie ausführlich dar, warum ihrer Ansicht nach gesondert anfechtbare Entscheidungen nicht vorlägen, und die von ihr durchgeführten Erkundigungen nur der Vorbereitung eines vergaberechtskonformen Beschaffungsvorganges dienen würden. Die Einladung zu einem Gespräch, im Zuge dessen die unverbindliche Abfrage von Preisen angestrebt werde, könne von einem durchschnittlich fachkundigen Unternehmer für sich alleine nicht als Einleitung eines Vergabeverfahrens verstanden werden. Alle diese Schritte, die der Marktsondierung gedient hätten, seien daher nicht anfechtbar. Auch wenn das Schreiben vom 1.8.2012 "unglücklich" formuliert sei, handle es sich dabei nicht um die Aufforderung zur Angebotslegung. Auch die Übersendung der von der EKK eG stammenden Formblätter habe lediglich der informellen Markterkundung gedient, um in der Ausschreibung eine Losbildung für eine zukünftige produktneutrale Ausschreibung vornehmen zu können. Die Antragsgegnerin habe auch weitere Strategiegespräche im Hinblick auf die Vorbereitung einer Ausschreibung und die Kooperation mit der EKK eG sowie hinsichtlich genereller Optimierungsmöglichkeiten der Geschäftsbeziehung nicht nur mit der Antragstellerin sondern auch mit anderen Mitbewerbern geführt. Im Rahmen dieser Gespräche sei weder zu einer Angebotslegung aufgefordert noch seien Verhandlungen über Angebote durchgeführt worden. Bei allen Gesprächen sei mehrfach darauf hingewiesen worden, dass es sich nur um informelle Markterkundungen handle und kein Vergabeverfahren durchgeführt werde (Schriftsatz vom 26.9.2012). Im Übrigen verweist sie auf die von ihr vorgelegten Unterlagen, aus denen sich eindeutig ergeben soll, dass ein Beschaffungsvorgang noch nicht eingeleitet worden ist.

Ausgehend vom Vorbringen der Parteien, unter Berücksichtigung der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 27.9.2012 trifft der Vergabekontrollsenat folgende entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine Unternehmung nach § 71 WStV. Eigene Rechtspersönlichkeit kommt ihr nicht zu. Es handelt sich bei ihren Aufträgen unstrittig um Beschaffungen eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Damit unterliegt die Antragsgegnerin bei ihren Beschaffungsvorgängen den Bestimmungen des BVergG 2006. Vorauszuschicken ist, dass in den orthopädischen Abteilungen der der Antragsgegnerin unterstehenden Krankenanstalten jährlich rund 2.200 Stück Implantate aus dem Bereich "Hüft-Prothetik" benötigt werden. Der Stückpreis beträgt rund € 1.500,-. Diese Implantate wurden und werden jeweils im Wege der Direktvergabe dezentral durch die einzelnen orthopädischen Abteilungen bei den jeweiligen Lieferanten besorgt. Im Zuge dieser Beschaffungen stellte die Antragsgegnerin fest, dass bei vielen Lieferanten für ein und dasselbe Produkt je nach Spital verschiedene Preise verrechnet würden. Die Antragsgegnerin hat sich daher dazu entschlossen, im März 2012 eine zentrale Abteilung für den Einkauf von Implantaten einzurichten. Als Facheinkäuferin

für Implantate wurde Frau *** eingesetzt, die bis dahin den Facheinkauf für das AKH vorgenommen hatte. In Zukunft sollen alle Einkäufe über diese zentrale Abteilung erfolgen, um auf diese Art und Weise eine Preisharmonisierung und im Ergebnis eine Ersparnis zu erreichen. Zur Vorbereitung der Tätigkeit dieser zentralen Beschaffungsstelle führte die Antragsgegnerin Strategiegespräche mit ihren wesentlichen Lieferanten. Dabei versuchte sie herauszufinden, welche Preise wo zu welchen Bedingungen angeboten werden. Dadurch beabsichtigte die Antragsgegnerin, einen Überblick über die auf dem Markt befindlichen Produkte zu erhalten, und - um die bisher gehandhabte Direktvergabe in Hinkunft zu vermeiden - eine Ausschreibung zur Beschaffung von Hüft-Implantaten in der ungefähr benötigten Menge vorzubereiten. Es arbeitet bereits seit 2009 eine Fachkommission an der Vorbereitung der Ausschreibung. Es ist geplant, die Ausschreibung in mehrere Lose je nach Typ des Implantates zu teilen. Als Ergebnis einer Ausschreibung soll pro Los möglichst ein Lieferant für den Gesamtbedarf der Wiener Spitäler gefunden werden. Ziel soll es sein, dass jenes Exemplar, das die Ausschreibung pro Los gewinnt, in der Regel eingesetzt werden soll. Benötigt ein Patient nach Ansicht des Operators jedoch ein anderes Implantat, so wird er das nach entsprechender medizinischer Begründung auch erhalten und einbauen können (Protokoll Seite 3f).

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine Unternehmung nach Paragraph 71, WStV. Eigene Rechtspersönlichkeit kommt ihr nicht zu. Es handelt sich bei ihren Aufträgen unstrittig um Beschaffungen eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Damit unterliegt die Antragsgegnerin bei ihren Beschaffungsvorgängen den Bestimmungen des BVergG 2006. Vorauszuschicken ist, dass in den orthopädischen Abteilungen der der Antragsgegnerin unterstehenden Krankenanstalten jährlich rund 2.200 Stück Implantate aus dem Bereich "Hüft-Prothetik" benötigt werden. Der Stückpreis beträgt rund € 1.500,-. Diese Implantate wurden und werden jeweils im Wege der Direktvergabe dezentral durch die einzelnen orthopädischen Abteilungen bei den jeweiligen Lieferanten besorgt. Im Zuge dieser Beschaffungen stellte die Antragsgegnerin fest, dass bei vielen Lieferanten für ein und dasselbe Produkt je nach Spital verschiedene Preise verrechnet würden. Die Antragsgegnerin hat sich daher dazu entschlossen, im März 2012 eine zentrale Abteilung für den Einkauf von Implantaten einzurichten. Als Facheinkäuferin für Implantate wurde Frau *** eingesetzt, die bis dahin den Facheinkauf für das AKH vorgenommen hatte. In Zukunft sollen alle Einkäufe über diese zentrale Abteilung erfolgen, um auf diese Art und Weise eine Preisharmonisierung und im Ergebnis eine Ersparnis zu erreichen. Zur Vorbereitung der Tätigkeit dieser zentralen Beschaffungsstelle führte die Antragsgegnerin Strategiegespräche mit ihren wesentlichen Lieferanten. Dabei versuchte sie herauszufinden, welche Preise wo zu welchen Bedingungen angeboten werden. Dadurch beabsichtigte die Antragsgegnerin, einen Überblick über die auf dem Markt befindlichen Produkte zu erhalten, und - um die bisher gehandhabte Direktvergabe in Hinkunft zu vermeiden - eine Ausschreibung zur Beschaffung von Hüft-Implantaten in der ungefähr benötigten Menge vorzubereiten. Es arbeitet bereits seit 2009 eine Fachkommission an der Vorbereitung der Ausschreibung. Es ist geplant, die Ausschreibung in mehrere Lose je nach Typ des Implantates zu teilen. Als Ergebnis einer Ausschreibung soll pro Los möglichst ein Lieferant für den Gesamtbedarf der Wiener Spitäler gefunden werden. Ziel soll es sein, dass jenes Exemplar, das die Ausschreibung pro Los gewinnt, in der Regel eingesetzt werden soll. Benötigt ein Patient nach Ansicht des Operators jedoch ein anderes Implantat, so wird er das nach entsprechender medizinischer Begründung auch erhalten und einbauen können (Protokoll Seite 3f).

Bis zum März 2012 haben die orthopädischen Abteilungen der jeweiligen Krankenhäuser mit ihren Lieferanten in regelmäßigen Abständen Gespräche über Produkte und Preisgestaltung geführt. Als Ergebnis dieser Gespräche wurden die jeweilig benötigten Exemplare der verschiedensten Firmen in einem sogenannten "Konsignationslager" vorgehalten, aus dem dann das Einzelexemplar bei einer Operation entnommen wurde. Der Bestückung mit Hüften im Konsignationslager gingen und gehen Gespräche zwischen Abteilungsleiter und Vertreter der Firmen voraus, in denen festgelegt wird, wie viele Hüften welchen Typs usw. benötigt würden. Über die Preisgestaltung hat bis zum Frühjahr 2012 die im jeweiligen Spital eingerichtete Wirtschaftsabteilung entschieden, wodurch es zu unterschiedlichen Preisen je nach Anstalt für ein und dasselbe Produkt eines Unternehmens gekommen ist (Protokoll Seite 3f).

Mit 1.3.2012 hat die Antragsgegnerin Frau Sabine *** zur Facheinkäuferin für die Implantate und den medizinischen Verbrauch der Bereiche Orthopädie, Unfallchirurgie und sonstige Knochenchirurgie im Geschäftsbereich Strategischer Einkauf bestellt. In einer Mitteilung vom 31.5.2012 definiert die Antragsgegnerin die Hauptaufgaben der von ihr bestellten FacheinkäuferInnen wie folgt:

"Zu den Hauptaufgaben dieser FacheinkäuferInnen zählen die Preisharmonisierung durch zentrale Vereinbarungen mit den Top-Lieferanten, die inhaltliche Konzeption und fachliche Betreuung von zentralen Ausschreibungen sowie

insbesondere das Vorantreiben der Produktharmonisierung und die Durchführung von Standardisierungsprojekten. Dabei ist die verstärkte Kooperation mit externen Einkaufspartnern insbesondere der deutschen EKK eG (= Dienstleistungs- und Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser eG in Köln) vorgesehen, um vom europäischen Binnenmarkt und von Volumensbündelungen zu profitieren".

Bis zur Bestellung von *** hatte die Antragsgegnerin keine verlässlichen Informationen über die Bedingungen, zu denen die einzelnen Abteilungen die von ihnen benötigten Implantate beschafft haben. Mit Schreiben vom 6.3.2012 hat sich *** bei den wesentlichen Lieferanten für Implantate vorgestellt. Um die für ihre Tätigkeit notwendigen Informationen zu erhalten, hat in der Folge die Antragsgegnerin beschlossen, mit allen relevanten Lieferanten von Implantaten Kontaktgespräche zu führen, wobei sie diese Gespräche als "Halbjahres-Strategiegespräch" bezeichnete. So wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.6.2012 zu einem derartigen Strategiegespräch eingeladen. Derartige Strategiegespräche haben bis dahin nicht in der Generaldirektion der Antragsgegnerin, Geschäftsbereich Strategischer Einkauf, stattgefunden, sondern - wie oben ausgeführt - bei den jeweiligen orthopädischen Abteilungen der einzelnen Spitäler. Das Einladungsschreiben hat folgenden Wortlaut:

"Anknüpfend an die bereits geführten Gespräche in den letzten Monaten laden wir Sie zu einem Halbjahres-Strategiegespräch gemeinsam mit Facheinkäufer/innen und Vertreter/innen der Einkaufsabteilungen unserer Spitäler ein. Dieses steht vor dem Hintergrund der drastischen Einsparungsnotwendigkeit der öffentlichen Haushalte und der neuen Rahmenbedingungen, die sich durch die Reorganisation des Einkaufs und die verstärkte Kooperation mit der EKK eG ergeben. Wir ersuchen Sie, Firmenvertreter zu entsenden, die über die erforderlichen Entscheidungskompetenzen für Preisverhandlungen bzw. Jahresbonivereinbarungen für Ihre im KAV vertretene Produktpalette verfügen."

Diese Einladung hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.6.2012 beantwortet und um Klarstellung ersucht "ob im Rahmen dieser Gespräche Leistungsverträge abgeschlossen bzw. bestehende Leistungsverträge rechtsverbindlich abgeändert werden sollen. Konkret führte die Antragstellerin aus: "Sollte dies der Fall sein, ersuchen wir um Mitteilung welche Produkte bzw. sonstige Leistungen und welches Auftragsvolumen von solchen Beschaffungsmaßnahmen im Rahmen dieser Gespräche erfasst sein sollen. Ferner benötigen wir auch eine Klarstellung, ob der KAV selbst oder die EKK eG als unser Vertragspartner auftreten würde und ob auch weitere Mitbewerber zu solchen Gesprächen eingeladen wurden. Abschließend erlauben wir uns festzuhalten, dass wir nicht nur unternehmensintern gehalten sind, die Einhaltung der vergaberechtlichen Rahmenbedingungen bei Vertragsabschlüssen sicher zu stellen. Im Hinblick auf mögliche vergaberechtliche Implikationen Ihres Schreibens vom 27. Juni 2012 (richtig: 25. Juni 2012) ersuchen wir um eine rasche Antwort und merken uns als Frist für diese den 2. Juli 2012, 17.00 Uhr vor".

Dieses Schreiben hat die Antragsgegnerin am 2.7.2012 wie folgt beantwortet:

"Info zur Einladung zum Halbjahres-Strategiegespräch

<...>

Zu Ihrem Schreiben vom 28.6.2012 betreffend unsere Einladung für ein Halbjahres-Strategiegespräch teile ich Ihnen gerne mit, dass dabei nicht vorgesehen ist, rechtsgültig zustande gekommene Leistungsverträge aus Ausschreibungen zu verhandeln oder abzuändern. Es ergeben sich keinerlei vergaberechtliche Implikationen.

Der Wiener Krankenanstaltenverbund richtet derzeit vor dem Hintergrund der drastischen Einsparungsnotwendigkeit der öffentlichen Haushalte seine Einkaufsorganisation und die Beschaffungsprozesse strategisch neu aus. Im Zuge dessen werden für alle Produktgruppen Facheinkäufer/innen mit KAV-weiter Zuständigkeit etabliert, von denen der strategische Einkauf künftig zentral gesteuert wird. Hauptaufgaben des Facheinkaufes sind die Preisharmonisierung durch zentrale Vereinbarungen mit den Top-Lieferanten, die inhaltliche Konzeption und fachliche Betreuung von Ausschreibungen sowie insbesondere das Vorantreiben der Produktharmonisierung und die Durchführung von Standardisierungsprojekten. Gerne wollen wir Sie über die neue Organisation informieren und die Ansprechpartner vorstellen.

Wichtiges Thema ist auch die verstärkte Kooperation mit externen Einkaufspartnern insbesondere der deutschen EKK eG, durch die wir vom europäischen Binnenmarkt und von Volumensbündelungen profitieren wollen. Da dabei zum Teil massive Preisdifferenzen sichtbar werden, steht natürlich auch die Umsetzung dieser Einsparungspotentiale für uns auf der Agenda.

Weiters ist vorgesehen, wie mit allen TOP-Lieferanten Jahresbonivereinbarungen für Ihre im KAV vertretene Produktpalette zu verhandeln.

Ich hoffe, Ihnen damit ausreichend Information zu dem geplanten Termin gegeben zu haben, und ersuche um Terminabstimmung mit unserem Sekretariat <...>".

Am 26.7.2012 hat die Antragsgegnerin mit der Antragstellerin das "Halbjahres-Strategiegelgespräch" durchgeführt. Derartige Strategiegelgespräche sind auch, teilweise am selben Tag, mit anderen Lieferanten der Antragsgegnerin geführt worden. Der Inhalt dieser Gespräche wurde jeweils protokolliert. Bezüglich des Gespräches mit der Antragstellerin wurde in der Niederschrift festgehalten, dass die Antragstellerin Angebote inklusive Staffelpreise betreffend Versorgung von Hüfte und Knie übermitteln wird. Die Antragstellerin wurde ersucht, der Antragsgegnerin "eine Aufstellung der im Wiener KAV inklusive des AKH's befindlichen Konsignationslager" zu geben. Der Antragstellerin wurde auch eine Abfrage von Frau *** betreffend Versorgung von Hüfte und Knie angekündigt. In der "To-Do-Liste" wird schwerpunktmäßig festgehalten: "Preisangebote für Hüfte und Knie, Preisliste Firma ***, Auflistung der Konsignationslager, FM Abfrage Versorgung Hüfte, Knie" (Niederschrift vom 26.7.2012). Bei diesem Strategiegelgespräch hat die Antragsgegnerin keine Angaben dazu gemacht, wie viel Stück der jeweiligen Produkte von ihr voraussichtlich benötigt werden.

Am 1.8.2012 hat *** folgendes Schreiben an die Antragstellerin gerichtet:

"Versorgungsbeispiele für Hüfte Konsignationslager in Wr. Spitäler

Sehr geehrte Damen und Herren,

Zuerst möchte ich mich für das konstruktive und informative Gespräch vom 26.07.2012 bedanken.

Wie in dieser Besprechung vereinbart, übersende ich Ihnen das Formular zur Abfrage der Versorgungsbeispiele Hüfte.

Ich ersuche Sie, mir dieses Formular ausgefüllt bis spätestens 14.08.2012 zu retournieren.

Zur weiteren Information senden Sie bitte Preisangebote Hüftversorgung mit, die auch die entsprechenden Preisrabatte enthalten sowie auch ein Angebot für einen Jahresbonus 2012.

Weiters habe ich gebeten, dass Sie mir eine Aufstellung der in den Wr. Spitälern befindlichen Konsignationslager zusenden. Um mir rasch einen Überblick über die derzeitigen Konsignationslager verschaffen zu können, ersuche ich Sie, mir die Aufstellung bis Ende August 2012 zukommen zu lassen. Die Aufstellung sollte nach Wr. Spitälern und innerhalb derer nach den einzelnen Systemen getrennt sein. Wenn es Ihnen möglich ist, senden Sie den dazu gehörigen Konsignationsvertrag oder die entsprechende Vereinbarung inkl. Lagerbestandsliste und Preisangebot per Mail mit.

Vielen Dank im Voraus für Ihre Unterstützung."

Diesem Schreiben war ein von der EKK eG ausgearbeitetes Formular angeschlossen, in welchem in den einzelnen Spalten nach Material und Konstruktion verschiedene Total-Endoprothesen bzw. -Teile angeführt sind. Dazu sollte die Antragstellerin in drei Staffeln jeweils die Stück- und Gesamtpreise angeben. Das ausgefüllte Formular sollte der Antragsgegnerin bis 14.8.2012 retourniert werden. Weder im Schreiben vom 1.8.2012 noch im "Formular zur Abfrage der Versorgungsbeispiele Hüfte" sind Mengenangaben enthalten. In diesem Schreiben vom 1.8.2012 erblickt die Antragstellerin eine Aufforderung zur Angebotsabgabe, sowie im gesamten Verhalten der Antragsgegnerin die Vorbereitung einer unzulässigen Direktvergabe.

Aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass nach Einrichtung der zentralen Beschaffungsstelle *** an die ihr aus ihrer Tätigkeit im AKH bekannten Firmen Vorstellungsschreiben gerichtet hat. Insgesamt hat sie mit neun Unternehmen an jeweils verschiedenen Tagen Besprechungstermine abgehalten und dabei ihre zukünftige Tätigkeit im strategischen Einkauf dargestellt. So hat sie auch mit der Antragstellerin am 30.4.2012 ein Kontaktgespräch geführt und dabei ersucht, entsprechende Unterlagen über die angebotenen Produkte zur Verfügung zu stellen. Nach den von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen haben - außer der Antragstellerin - die zu den Strategiegelgesprächen eingeladenen Unternehmen die ihnen zur Verfügung gestellten Formulare ausgefüllt zurückgemittelt.

Nicht festgestellt werden konnte, dass die Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Implantaten

aus dem Bereich der "Hüft-Prothetik" eingeleitet hat, insbesondere Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert hätte. Es steht zwar fest, dass die Antragsgegnerin die von ihr benötigten Implantate sowohl in der Vergangenheit als auch laufend im Wege der Direktvergabe, auch regelmäßig von der Antragstellerin, beschafft, sie jedoch nicht beabsichtigt, den gegenständlichen Bedarf von rund 2.200 Hüftgelenken durch eine Direktvergabe zu beschaffen. Aus den vorgelegten Unterlagen ergibt sich auch eindeutig, dass ab der Schaffung der zentralen Einkaufsstelle für Implantate von der betrauten Leiterin *** versucht wurde, sich einen Überblick über die Marktsituation, insbesondere Preissituation, sowie über die Anzahl der bei den einzelnen orthopädischen Stationen eingerichteten Konsignationslager und deren Bestückung zu verschaffen. Aus den gleichfalls vorgelegten Niederschriften über die Beratungen der Fachkommission Orthopädie ergibt sich, dass eine Ausschreibung vorbereitet wird und dabei durch die Mitglieder der Fachkommission die einzelnen Ausschreibungsbedingungen festgelegt werden sollen.

Nach Erhalt des von der Antragstellerin als Aufforderung zur Angebotsabgabe gewerteten Schreibens der Antragsgegnerin vom 1.8.2012 ist der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens am 2.8.2012 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich auf die von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen sowie das Vorbringen der Parteien, insbesondere in der mündlichen Verhandlung vom 27.9.2012. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragsgegnerin einen jährlichen Bedarf von rund 2.200 Stück Implantaten aus dem Bereich "Hüft-Prothetik" hat, den sie im Wege einer zentralen Ausschreibung für alle orthopädischen Abteilungen der ihr unterstellten Wiener Spitäler zu beschaffen gedenkt. Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen bestätigen ihr Vorbringen, dass sie sich nach Schaffung der zentralen Einkaufsstelle im März 2012 zunächst einen Überblick über die Markt- bzw. Preissituation verschaffen wollte. Offenbar hat die Antragsgegnerin auch nicht über ausreichende Informationen darüber verfügt, bei welchen Spitälern Konsignationslager bestehen und welche Produkte dort vorgehalten werden. Dies ist vor allem der Niederschrift über das Gespräch mit der Antragstellerin (aber auch mit anderen wesentlichen Lieferanten) vom 26.7.2012 und dem Schreiben vom 1.8.2012 zu entnehmen. Welche Überlegungen die Antragsgegnerin dazu veranlasst haben, die zentrale Beschaffungsstelle einzurichten, ergibt sich nicht nur aus dem schriftlichen Vorbringen sondern vor allem aus ihren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vom 27.9.2012. Dass an der Vorbereitung einer Ausschreibung schon längere Zeit durch Fachärzte gearbeitet wird, ist vor allem aus den über die Sitzungen der Fachkommission errichteten Protokollen nachgewiesen, so etwa aus dem vorgelegten Protokoll vom 25.11.2009. Aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin war auch festzustellen, dass Ziel und Zweck der Einrichtung der zentralen Beschaffungsstelle ökonomische Überlegungen sind, um eine möglichst einheitliche Preisgestaltung, auch einzelner Lieferanten, zu erreichen (Protokoll Seite 4). Dass die Antragsgegnerin die von ihr benötigten Implantate derzeit - auch von der Antragstellerin - jeweils im Einzelfall im Wege der Direktvergabe beschafft, war nach den Erklärungen der Antragsgegnerin in Übereinstimmung mit dem Vorbringen der Antragstellerin festzustellen. Dass die von der Antragsgegnerin vorbereitete Ausschreibung dazu dienen soll, diesen von ihr als "vergaberechtlich bedenklich" bezeichneten Beschaffungsvorgang zu beseitigen, gründet sich ebenfalls auf die durchaus nachvollziehbaren Erklärungen der Antragsgegnerin. Wenn die Antragstellerin ausführt, bisher nicht zu Strategiegelgesprächen mit dem KAV eingeladen worden zu sein, deckt sich dies mit den Ergebnissen des Verfahrens, weil die im Juli über Einladung der zentralen Beschaffungsstelle durchgeführten Gespräche erstmalig bei der Antragsgegnerin (im KAV) durchgeführt wurden. Dass jedoch Gespräche gleichen Inhalts schon früher mit der Antragstellerin in einzelnen orthopädischen Abteilungen in den Wiener Spitälern stattgefunden haben, wobei Thema der Gespräche die Einrichtung von Konsignationslagern, Preise, Produktqualitäten, Unterschiede zu anderen Produkten etc. waren, ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung (Seite 2). Die Antragstellerin war daher mit der Art und Weise, wie die einzelnen orthopädischen Abteilungen die Beschaffung von Implantaten vorbereitet haben, vertraut, zumal sie auch bisher an den Direktvergaben der einzelnen Anstalten als Lieferant teilgenommen hat. Ausdrücklich hat sie dazu erklärt, dass diese Vorgangsweise "auch der bisherigen Vergabepaxis der Antragsgegnerin, wobei jedoch geringere Volumina abgefragt wurden" entspricht. Wieso sie in dieser bisherigen Vergabepaxis der Antragsgegnerin nunmehr eine "Aufforderung zur Angebotslegung in einem unzulässigen Vergabeverfahren" erblickt, hat die Antragstellerin nicht nachvollziehbar erklärt (Protokoll Seite 6).

Die Antragstellerin hat beantragt, ihr Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Antragsgegnerin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes zu gewähren. Insbesondere hat sie Einsicht in die für den konkreten Beschaffungsbedarf im Bereich "Hüft-Prothetik" relevanten Unterlagen sowie in sämtliche an Mitbewerber nach dem

Halbjahres-Strategiegespräch ergangenen Schreiben begehrt. Weiters hat sie mit Antrag vom 10.8.2012 Einsicht in das Ergebnisprotokoll der siebenten Fachkommission Orthopädie begehrt. Diese von der Antragstellerin verlangte Akteneinsicht konnte ihr nur in jenem Umfang gewährt werden, als es die von ihr ohnedies vorgelegten Schreiben der Antragsgegnerin betroffen hat. Alle anderen weiteren, der Vorbereitung der Ausschreibung dienenden Unterlagen, die von der Antragsgegnerin vorgelegt wurden, waren der Antragstellerin jedoch gemäß den §§ 17 Abs. 3 AVG 1991, 23 Abs. 1 BVerGG 2006 nicht zugänglich zu machen. Nach § 23 Abs. 1 BVerGG 2006 sind Auftraggeber, Bewerber und Bieter verpflichtet, den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu gewährleisten. Ein Ausfluss dieses Prinzips findet sich in § 128 BVerGG 2006, wonach jedem Bieter Einsicht nur in sein eigenes, allenfalls berichtigtes, Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes zu gewähren ist. Nach Abs. 3 dieser Bestimmung ist jedem Bieter Einsicht (nur) in den seine Angebote betreffenden Teil der Niederschrift über die Angebotsprüfung zu gewähren. Die - das Vergabeverfahren betreffenden - §§ 23 und 128 BVerGG 2006 sind für die Beurteilung der Frage, wann eine Schädigung berechtigter Interessen (hier der Auftraggeberin) im Sinne des § 17 Abs. 3 AVG 1991 vorliegt, maßgeblich, und daher bei der Frage der Gewährung von Akteneinsicht zu berücksichtigen. Es war daher dem Antrag der Antragstellerin auf umfassende Akteneinsicht, insbesondere in die Unterlagen, die die Antragsgegnerin im Zuge der Vorbereitung der von ihr beabsichtigten Ausschreibung beschafft hat, nicht zu gewähren, da dadurch vergleichbare Interessen der Auftraggeberin an der Geheimhaltung verletzt werden könnten und überdies die Antragstellerin dadurch in den Besitz wesentlicher Informationen gelangen würde, die ihr einen nicht unwesentlichen Wettbewerbsvorteil nach Vorliegen der Ausschreibung verschaffen würde. Die Antragstellerin hat beantragt, ihr Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG in alle von der Antragsgegnerin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes zu gewähren. Insbesondere hat sie Einsicht in die für den konkreten Beschaffungsbedarf im Bereich "Hüft-Prothetik" relevanten Unterlagen sowie in sämtliche an Mitbewerber nach dem Halbjahres-Strategiegespräch ergangenen Schreiben begehrt. Weiters hat sie mit Antrag vom 10.8.2012 Einsicht in das Ergebnisprotokoll der siebenten Fachkommission Orthopädie begehrt. Diese von der Antragstellerin verlangte Akteneinsicht konnte ihr nur in jenem Umfang gewährt werden, als es die von ihr ohnedies vorgelegten Schreiben der Antragsgegnerin betroffen hat. Alle anderen weiteren, der Vorbereitung der Ausschreibung dienenden Unterlagen, die von der Antragsgegnerin vorgelegt wurden, waren der Antragstellerin jedoch gemäß den Paragraphen 17, Absatz 3, AVG 1991, 23 Absatz eins, BVerGG 2006 nicht zugänglich zu machen. Nach Paragraph 23, Absatz eins, BVerGG 2006 sind Auftraggeber, Bewerber und Bieter verpflichtet, den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu gewährleisten. Ein Ausfluss dieses Prinzips findet sich in Paragraph 128, BVerGG 2006, wonach jedem Bieter Einsicht nur in sein eigenes, allenfalls berichtigtes, Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes zu gewähren ist. Nach Absatz 3, dieser Bestimmung ist jedem Bieter Einsicht (nur) in den seine Angebote betreffenden Teil der Niederschrift über die Angebotsprüfung zu gewähren. Die - das Vergabeverfahren betreffenden - Paragraphen 23 und 128 BVerGG 2006 sind für die Beurteilung der Frage, wann eine Schädigung berechtigter Interessen (hier der Auftraggeberin) im Sinne des Paragraph 17, Absatz 3, AVG 1991 vorliegt, maßgeblich, und daher bei der Frage der Gewährung von Akteneinsicht zu berücksichtigen. Es war daher dem Antrag der Antragstellerin auf umfassende Akteneinsicht, insbesondere in die Unterlagen, die die Antragsgegnerin im Zuge der Vorbereitung der von ihr beabsichtigten Ausschreibung beschafft hat, nicht zu gewähren, da dadurch vergleichbare Interessen der Auftraggeberin an der Geheimhaltung verletzt werden könnten und überdies die Antragstellerin dadurch in den Besitz wesentlicher Informationen gelangen würde, die ihr einen nicht unwesentlichen Wettbewerbsvorteil nach Vorliegen der Ausschreibung verschaffen würde.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVerGG 2006. Die von ihr geführten Beschaffungsvorgänge unterliegen damit grundsätzlich der Nachprüfung durch den angerufenen Senat im Sinne der § 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß § 20 Abs. 2 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVerGG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten im Verhalten der Antragsgegnerin wie auch den ihr möglicherweise drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitserklärung

richtet sich auch teilweise gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. cc, ee und nn BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen gerade noch den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin primär die ihr mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.8.2012 bekannt gewordene Wahl des Vergabeverfahrens anfecht, ist der am 2.8.2012 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig gemäß § 24 Abs. 3 WVRG 2007. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die von ihr geführten Beschaffungsvorgänge unterliegen damit grundsätzlich der Nachprüfung durch den angerufenen Senat im Sinne der Paragraph eins, Absatz eins und 2 Absatz eins, WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten im Verhalten der Antragsgegnerin wie auch den ihr möglicherweise drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitserklärung richtet sich auch teilweise gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c, e, e und n, n BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen gerade noch den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin primär die ihr mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.8.2012 bekannt gewordene Wahl des Vergabeverfahrens anfecht, ist der am 2.8.2012 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig gemäß Paragraph 24, Absatz 3, WVRG 2007.

Weder der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe", noch der Antrag, die Aufforderung zur Angebotsabgabe für den Bereich "Hüft-Prothetik" für nichtig zu erklären, noch der Antrag, "die sonstige Festlegung der Auftraggeberin, Leistungen für den Bereich "Hüft-Prothetik" in einem äußerst intransparenten Vergabeverfahren beschaffen zu wollen", für nichtig zu erklären, ist berechtigt.

Die Antragstellerin hat zunächst begehrt, die Entscheidung der Antragsgegnerin Implantate im Wege einer Direktvergabe beschaffen zu wollen, für nichtig zu erklären. § 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 2006 bezeichnet bei der Direktvergabe die Wahl des Vergabeverfahrens als gesondert anfechtbare Entscheidung. Direktvergabe ist ein formfreies Vergabeverfahren für wertmäßig relativ geringfügige Leistungen. Sie ist gemäß § 41 Abs. 2 BVergG 2006 i.V.m. der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2010 nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der geschätzte Auftragswert € 100.000,-- nicht erreicht wird oder es sich um ein aus Gemeinschaftsmitteln cofinanziertes Projekt im Unterschwellenbereich handelt. Nun hat das Nachprüfungsverfahren eindeutig ergeben, dass von der Antragsgegnerin weder eine Direktvergabe, schon gar nicht über die Beschaffung von rund 2.200 Hüftimplantaten in einem geschätzten Auftragswert von € 3 Millionen vorbereitet bzw. beabsichtigt wird. Wie das Verfahren dazu ergeben hat, führt die Antragsgegnerin durch die von ihr neu gegründete zentrale Beschaffungsstelle Erhebungen zur Vorbereitung einer umfassenden, in mehrere Lose geteilten Ausschreibung zur Beschaffung von Implantaten aus dem Bereich der "Hüft-Prothetik". Sie hat dazu mit den bisherigen Lieferanten der einzelnen orthopädischen Abteilungen, darunter auch mit der Antragstellerin, Kontakt aufgenommen, sie zu Gesprächen eingeladen und anhand eines ihnen übermittelten Formulars um Preisangebote für Hüfte und Knie, Auflistung der Konsignationslager sowie eine Preisliste ersucht. Dabei handelt es sich, wie auch aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen festzustellen war, um Schritte der Markterkundung und Vorbereitung von Ausschreibungsunterlagen (vgl. EuGH C-26/03, Stadt Halle). Schon im Hinblick auf den, auch von der Antragstellerin angenommenen Auftragswert, musste es ihr klar sein, dass die Beschaffung der rund 2.200 benötigten Implantate im Wege einer Direktvergabe rechtlich nicht möglich ist, dies umso mehr, als bei den mit ihr geführten Kontaktgesprächen eine bestimmte Menge seitens der Antragsgegnerin nicht genannt wurde und ihr überdies von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 2.7.2012 mitgeteilt wurde, dass bei den Strategiegelgesprächen weder geplant sei, "rechtsgültig zustande gekommene Leistungsverträge aus Ausschreibungen zu verhandeln oder abzuändern" noch dass sich daraus irgendwelche "vergaberechtliche Implikationen" ergeben würden. Da es sich sohin nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens bei jenen Schritten, die die Antragsgegnerin zur Vorbereitung einer Ausschreibung entnommen hat, um informelle Erkundigungen bei Unternehmen handelte, um ihr eine

Marktübersicht zu verschaffen, somit um Vorbereitungshandlungen für eine Ausschreibung, nicht aber um verfahrenseinleitende Festlegungen, war ihr zunächst gestellter Antrag, die Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe" für nichtig zu erklären, abzuweisen. Die Antragstellerin hat zunächst begehrt, die Entscheidung der Antragsgegnerin Implantate im Wege einer Direktvergabe beschaffen zu wollen, für nichtig zu erklären. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006 bezeichnet bei der Direktvergabe die Wahl des Vergabeverfahrens als gesondert anfechtbare Entscheidung. Direktvergabe ist ein formfreies Vergabeverfahren für wertmäßig relativ geringfügige Leistungen. Sie ist gemäß Paragraph 41, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2010, nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der geschätzte Auftragswert € 100.000,-- nicht erreicht wird oder es sich um ein aus Gemeinschaftsmitteln cofinanziertes Projekt im Unterschwellenbereich handelt. Nun hat das Nachprüfungsverfahren eindeutig ergeben, dass von der Antragsgegnerin weder eine Direktvergabe, schon gar nicht über die Beschaffung von rund 2.200 Hüftimplantaten in einem geschätzten Auftragswert von € 3 Millionen vorbereitet bzw. beabsichtigt wird. Wie das Verfahren dazu ergeben hat, führt die Antragsgegnerin durch die von ihr neu gegründete zentrale Beschaffungsstelle Erhebungen zur Vorbereitung einer umfassenden, in mehrere Lose geteilten Ausschreibung zur Beschaffung von Implantaten aus dem Bereich der "Hüft-Prothetik". Sie hat dazu mit den bisherigen Lieferanten der einzelnen orthopädischen Abteilungen, darunter auch mit der Antragstellerin, Kontakt aufgenommen, sie zu Gesprächen eingeladen und anhand eines ihnen übermittelten Formulars um Preisangebote für Hüfte und Knie, Auflistung der Konsignationslager sowie eine Preisliste ersucht. Dabei handelt es sich, wie auch aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen festzustellen war, um Schritte der Markterkundung und Vorbereitung von Ausschreibungsunterlagen (vergleiche EuGH C-26/03, Stadt Halle). Schon im Hinblick auf den, auch von der Antragstellerin angenommenen Auftragswert, musste es ihr klar sein, dass die Beschaffung der rund 2.200 benötigten Implantate im Wege einer Direktvergabe rechtlich nicht möglich ist, dies umso mehr, als bei den mit ihr geführten Kontaktgesprächen eine bestimmte Menge seitens der Antragsgegnerin nicht genannt wurde und ihr überdies von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 2.7.2012 mitgeteilt wurde, dass bei den Strategiegelgesprächen weder geplant sei, "rechtsgültig zustande gekommene Leistungsverträge aus Ausschreibungen zu verhandeln oder abzuändern" noch dass sich daraus irgendwelche "vergaberechtliche Implikationen" ergeben würden. Da es sich sohin nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens bei jenen Schritten, die die Antragsgegnerin zur Vorbereitung einer Ausschreibung entnommen hat, um informelle Erkundigungen bei Unternehmen handelte, um ihr eine Marktübersicht zu verschaffen, somit um Vorbereitungshandlungen für eine Ausschreibung, nicht aber um verfahrenseinleitende Festlegungen, war ihr zunächst gestellter Antrag, die Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe" für nichtig zu erklären, abzuweisen.

Ferner bekämpft die Antragstellerin die gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. cc und ee BVergG 2006 gesondert anfechtbare Aufforderung zur Angebotsabgabe an Mitbewerber. Damit bezieht sie sich offenbar auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.8.2012, worin sie wörtlich ersucht wurde: "Zur weiteren Information senden sie bitte Preisangebote Hüftversorgung mit, die auch die entsprechenden Preisrabatte enthalten sowie auch ein Angebot für einen Jahresbonus 2012". Ferner bekämpft die Antragstellerin die gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c und e, e BVergG 2006 gesondert anfechtbare Aufforderung zur Angebotsabgabe an Mitbewerber. Damit bezieht sie sich offenbar auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.8.2012, worin sie wörtlich ersucht wurde: "Zur weiteren Information senden sie bitte Preisangebote Hüftversorgung mit, die auch die entsprechenden Preisrabatte enthalten sowie auch ein Angebot für einen Jahresbonus 2012".

Richtig ist, dass nach § 2 Z 16 lit. a sublit. cc und sublit. ee BVergG 2006 im nichtoffenen Verfahren bzw. im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb, die Aufforderung zur Angebotsabgabe eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers darstellt. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist in dem Schreiben vom 1.8.2012 eine derartige gesondert anfechtbare Entscheidung nicht zu erblicken. Aufgrund der Vorkorrespondenz und des am 26.7.2012 geführten Strategiegelgesprächs sowie des Umstandes, dass die Antragstellerin bisher als Lieferantin einzelner orthopädischer Abteilungen deren Bedarf an Implantaten im Wege der Direktvergabe gedeckt hat, sie sohin mit den bis dahin von den einzelnen orthopädischen Abteilungen eingehaltenen Beschaffungsvorgängen vertraut sein musste, hätte ihr klar sein müssen, dass das Schreiben vom 1.8.2012 eine Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht enthält. Dies umso mehr, als ihr von der Antragsgegnerin bereits mitgeteilt worden war, dass keinesfalls beabsichtigt ist, vergaberechtlich relevante Vertragsabschlüsse - oder Änderungen vorzunehmen. Auch aus dem Schreiben vom 1.8.2012 ergibt sich, dass dieses in Fortsetzung der Ergebnisse der mit der Antragstellerin geführten Strategielbesprechung vom 26.7.2012 nur dazu

gedient hat, die in der dort enthaltenen To-Do-Liste angeführten Preisangebote zu veranlassen. Richtig verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf, dass diese Preisangebote Hüftversorgung "zur weiteren Information" von der Antragsgegnerin verlangt wurden, wie offenbar bereits in der Besprechung vom 26.7.2012 erörtert. Dass es sich bei dem Schreiben vom 1.8.2012 auch nicht um die von der Antragstellerin behauptete Aufforderung zur Angebotslegung handeln kann, ergibt sich daraus, dass diesem Schreiben keinerlei Teilnahmeunterlagen angeschlossen waren bzw. darin eine bestimmte Menge der zu beschaffenden Implantate nicht genannt wird. Da davon auszugehen ist, dass nicht nur die Antragstellerin (worauf sie in ihrem Aufklärungsersuchen vom 28.6.2012 verweist) sondern auch der Antragsgegnerin die zwingend für ihre Beschaffungsvorgänge anzuwendenden Bestimmungen des BVergG 2006 bekannt sind, musste ihr bei rechtskonformer Interpretation der Schritte der Antragsgegnerin klar sein, dass mit dem Schreiben vom 1.8.2012 eben keine vergaberechtswidrige Einleitung einer Direktvergabe oder einer Aufforderung zur Angebotsabgabe in einem nicht-offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Antragsgegnerin beabsichtigt ist. Sowie die Antragstellerin offenbar vermeiden möchte, gegen Grundsätze des Vergabeverfahrens zu verstoßen, muss dies auch bei der Antragsgegnerin angenommen werden, zumal Indizien für ein gegenteiliges Verhalten in den von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht erblickt werden können. Aus diesen Gründen war auch der Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe für den Bereich "Hüft-Prothetik", abzuweisen. Richtig ist, dass nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c und Sub-Litera, e, e, BVergG 2006 im nichtoffenen Verfahren bzw. im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb, die Aufforderung zur Angebotsabgabe eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers darstellt. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist in dem Schreiben vom 1.8.2012 eine derartige gesondert anfechtbare Entscheidung nicht zu erblicken. Aufgrund der Vorkorrespondenz und des am 26.7.2012 geführten Strategiegespräches sowie des Umstandes, dass die Antragstellerin bisher als Lieferantin einzelner orthopädischer Abteilungen deren Bedarf an Implantaten im Wege der Direktvergabe gedeckt hat, sie sohin mit den bis dahin von den einzelnen orthopädischen Abteilungen eingehaltenen Beschaffungsvorgängen vertraut sein musste, hätte ihr klar sein müssen, dass das Schreiben vom 1.8.2012 eine Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht enthält. Dies umso mehr, als ihr von der Antragsgegnerin bereits mitgeteilt worden war, dass keinesfalls beabsichtigt ist, vergaberechtlich relevante Vertragsabschlüsse - oder Änderungen vorzunehmen. Auch aus dem Schreiben vom 1.8.2012 ergibt sich, dass dieses in Fortsetzung der Ergebnisse der mit der Antragstellerin geführten Strategiebesprechung vom 26.7.2012 nur dazu gedient hat, die in der dort enthaltenen To-Do-Liste angeführten Preisangebote zu veranlassen. Richtig verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf, dass diese Preisangebote Hüftversorgung "zur weiteren Information" von der Antragsgegnerin verlangt wurden, wie offenbar bereits in der Besprechung vom 26.7.2012 erörtert. Dass es sich bei dem Schreiben vom 1.8.2012 auch nicht um die von der Antragstellerin behauptete Aufforderung zur Angebotslegung handeln kann, ergibt sich daraus, dass diesem Schreiben keinerlei Teilnahmeunterlagen angeschlossen waren bzw. darin eine bestimmte Menge der zu beschaffenden Implantate nicht genannt wird. Da davon auszugehen ist, dass nicht nur die Antragstellerin (worauf sie in ihrem Aufklärungsersuchen vom 28.6.2012 verweist) sondern auch der Antragsgegnerin die zwingend für ihre Beschaffungsvorgänge anzuwendenden Bestimmungen des BVergG 2006 bekannt sind, musste ihr bei rechtskonformer Interpretation der Schritte der Antragsgegnerin klar sein, dass mit dem Schreiben vom 1.8.2012 eben keine vergaberechtswidrige Einleitung einer Direktvergabe oder einer Aufforderung zur Angebotsabgabe in einem nicht-offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Antragsgegnerin beabsichtigt ist. Sowie die Antragstellerin offenbar vermeiden möchte, gegen Grundsätze des Vergabeverfahrens zu verstoßen, muss dies auch bei der Antragsgegnerin angenommen werden, zumal Indizien für ein gegenteiliges Verhalten in den von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht erblickt werden können. Aus diesen Gründen war auch der Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe für den Bereich "Hüft-Prothetik", abzuweisen.

Bei der von der Antragstellerin weiters begehrten Nichtigerklärung der "sonstigen Festlegung der Auftraggeberin, Leistungen für den Bereich "Hüft-Prothetik" in einem äußerst intransparenten Vergabeverfahren beschaffen zu wollen", für nichtig zu erklären, handelt es sich nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a BVergG 2006. Um welche konkreten Entscheidungen der Auftraggeberin es sich in Übrigen dabei handeln soll, wird von der Antragstellerin entgegen der Bestimmung des § 23 Abs. 1 WVRG 2007 nicht dargestellt. Es war daher dieser Antrag zurückzuweisen. Bei der von der Antragstellerin weiters begehrten Nichtigerklärung der "sonstigen

Festlegung der Auftraggeberin, Leistungen für den Bereich "Hüft-Prothetik" in einem äußerst intransparenten Vergabeverfahren beschaffen zu wollen", für nichtig zu erklären, handelt es sich nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006. Um welche konkreten Entscheidungen der Auftraggeberin es sich in Übrigen dabei handeln soll, wird von der Antragstellerin entgegen der Bestimmung des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007 nicht dargestellt. Es war daher dieser Antrag zurückzuweisen.

Da mit diesen Entscheidungen das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 die mit Bescheid vom 13.8.2012 erlassene einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit diesen Entscheidungen das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 die mit Bescheid vom 13.8.2012 erlassene einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung, wonach die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen hat, gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007. Die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung, wonach die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen hat, gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007. Die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Da die Antragstellerin die nach § 18 WVRG 2007 vorgeschriebene Pauschalgebühr von € 328,50 nicht vollständig entrichtet hat, war ihr der fehlende Betrag von € 1,-- zur Entrichtung an das Land Wien binnen 14 Tagen aufzuerlegen. Da die Antragstellerin die nach Paragraph 18, WVRG 2007 vorgeschriebene Pauschalgebühr von € 328,50 nicht vollständig entrichtet hat, war ihr der fehlende Betrag von € 1,-- zur Entrichtung an das Land Wien binnen 14 Tagen aufzuerlegen.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe"; Abweisung; Vorbereitungshandlungen für eine Ausschreibung; Aufforderung zur Angebotsabgabe; Abweisung; keine vergaberechtswidrige Einleitung einer Direktvergabe bzw. Aufforderung zur Angebotsabgabe;

Zuletzt aktualisiert am

06.02.2013

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