

TE Verg Bescheid 2012/8/13 VKS-8250/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.08.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §6 Abs3

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19 Abs2

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §27

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdc und nn

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Bescheid

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** (§ 6 Abs. 3 WVRG 2007) 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, wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** (Paragraph 6, Absatz 3, WVRG 2007) 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, wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Zur Prüfung der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten wird ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet.

1. 2.Ziffer 2

Folgende einstweilige Verfügung wird erlassen:

Der Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, wird im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen im Bereich "Hüft-Prothetik" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens für die Dauer von sechs Wochen, die Führung von Verhandlungen sowie die Öffnung von allfällig eingelangten Angeboten und die Erteilung von Aufträgen, untersagt.

Das Mehrbegehren, der Antragsgegnerin die Fortsetzung des eingeleiteten Vergabeverfahrens zur Beschaffung von Leistungen im Bereich "Hüft-Prothetik" zu untersagen, wird abgewiesen.

Gemäß § 31 Abs. 8 WVRG 2007 ist diese Verfügung sofort vollstreckbar. Gemäß Paragraph 31, Absatz 8, WVRG 2007 ist diese Verfügung sofort vollstreckbar.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 3, 11 Abs. 2, 18, 19 Abs. 2, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 27, 28, 29 Abs. 2, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dc und nn, 5, 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 6, Absatz 3, 11, Absatz 2, 18, 19, Absatz 2, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 27, 28, 29, Absatz 2, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, sublit. dc und nn, 5, 12 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Begründung

Mit dem am 2.8.2012 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe, die Aufforderung zur Angebotsabgabe für den Bereich "Hüft-Prothetik" durch die Antragsgegnerin, 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" für Ende Juli 2012 eingeladen worden. In diesem Schreiben sei sie ersucht worden, "Firmenvertreter zu entsenden, die über die erforderlichen Entscheidungskompetenzen für Preisverhandlungen bzw. Jahresboni Vereinbarungen 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 sollen. 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 Bedarfs vorzunehmen. Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.8.2012 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, ein dem Schreiben beigelegtes Formular der EKKeG auszufüllen und der Antragsgegnerin spätestens bis 14.8.2012 zu retournieren. Dieses "Formular zur Abfrage der Versorgungsbeispiele Hüfte" enthalte zwar keine von der Auftraggeberin vorgegebenen Mengen, vielmehr sei die Antragstellerin aufgefordert worden, für drei von ihr selbst zu definierende Mengenstaffeln Stück- und Gesamtpreise bekannt zugeben. Daneben hatte die Antragstellerin neben den jeweiligen Produktdetails auch die aktuellen Listenpreise sowie die gültigen Konditionen mit der EKKeG bekannt zu geben. Bezüglich dieser Information vermutet die Antragstellerin, dass sich die Antragsgegnerin auf das Vertragsverhältnis zwischen der (deutschen) EKKeG und der deutschen Schwestergesellschaft der Antragstellerin bezogen hat. 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 Auftraggeberin im Bereich "Hüft-Prothetik" wird von der Antragstellerin mit ca. 2.200 Stück, zu einem Stückpreis von Euro 1.500,--, geschätzt. Damit würde sich der Bedarf im Bereich "Hüft-Prothetik" auf einen Auftragswert von über Euro 3.000.000,-- 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 Auftraggeberin beabsichtigte offenbar auf diesem, vergaberechtlich unzulässigen Weg, ihren Bedarf im Bereich "Hüft-Prothetik" in einem äußerst intransparenten Vergabeverfahren zu decken. Nachdem die "Halbjahres-Strategiesprache" auch mit Mitbewerberin geführt wurden bzw. werden, die Preisverhandlungen, Jahresboni Vereinbarungen oder sonstige Verhandlungen über Vertragsabschlüsse und Vertragsänderungen beinhalten, werden vergaberechtliche Bestimmungen massiv verletzt.

In einem ergänzenden Schriftsatz vom 10.8.2012 weist die Antragstellerin darauf hin, dass es sich bei dem Schreiben vom 1. August 2012 um eine "Aufforderung zur Angebotsabgabe" handle, wie sich ausdrücklich aus dem letzten Absatz dieses Schreibens ergebe. Ein den Bestimmungen des BVergG 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 durchgeführten, Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten und einen entsprechenden Gewinn (den sie im einleitenden Schriftsatz näher darstellt) erzielen könne.

Die Antragstellerin fühlt sich in ihren subjektiven Rechten auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren, transparente 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, Erstellung der Angebote ohne Übernahme nichtkalkulierbarer Risiken, Unterlassung einer Ungleichbehandlung von Bietern, die mit dem EKKeG in keinem Vertragsverhältnis stehen und gesetzeskonforme Beendigung eines rechtswidrigen Vergabeverfahrens durch Widerruf, verletzt.

Zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem Begehren, der Auftraggeberin "mittels einstweiliger Verfügung" die Fortsetzung des eingeleiteten Vergabeverfahrens zur Beschaffung von Leistungen im Bereich "Hüft-Prothetik und dabei insbesondere die Führung von Verhandlungen sowie die Annahme und Öffnung von Angeboten sowie die Erteilung von Aufträgen (des Zuschlages) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen und diese Maßnahmen mit einer Hemmung der Angebotsfrist" zu verbinden. Für den Fall der Nichtstattgebung ihres Hauptantrages stellt sie drei Eventualanträge.

Zur Begründung ihres Begehrens stützt sie sich zunächst auf ihr Vorbringen zum Nichtigerklärungsantrag. Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung stünden keine besonderen oder öffentlichen Interessen der Auftraggeberin, die über die Interessen der Antragstellerin an der Erlangung des Auftrages hinausgingen, gegenüber. Die Erlassung der

einstweiligen Verfügung sei notwendig, weil die Antragstellerin nur so die Chance hätte, den Auftrag selbst zu erhalten.

Mit Schriftsatz vom 7.8.2012 hat die Antragsgegnerin vom Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und geltend gemacht, dass gesondert anfechtbare Entscheidungen nicht vorliegen würden, da es sich bei den von der Antragstellerin gerügten "Vorgängen" lediglich um eine Markterkundung handelt. Diese habe zum Ziel, eine Übersicht über den Markt für Hüft-Prothesen zu erstellen. Keinesfalls handle es sich um die Einleitung eines Vergabeverfahrens. Im Rahmen der Marktanalyse sollen die Anzahl der Marktteilnehmer sowie deren Produkte hinsichtlich Qualität und Preis dargestellt werden und auf Basis der so gewonnenen Marktübersicht ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Hüft-Prothesen durchgeführt werden. Sofern die Antragstellerin eine Entscheidung über die zukünftige Durchführung eines Vergabeverfahrens anfechte, handle es sich dabei nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, da es sich um einen inneren Vorgang des "KAV handle, der keinerlei Einfluss auf eine durch das BVergG 2006 rechtlich geschützte Position der Marktteilnehmer" habe. Durch die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2006 könne sich die Antragstellerin nicht beschwert erachten. Bei den angefochtenen Vorgängen handle es sich um bloße Vorbereitungshandlungen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens, die im Rahmen einer Markterkundung in Erscheinung getreten seien, aber keinerlei Einfluss auf die Rechtsposition der Marktteilnehmer hätten. Auch nach der Judikatur des EuGH müsse es zulässig sein, bestimmte Handlungen, die vor Einleitung eines Vergabeverfahrens erfolgen, wie gegenständlich die Markterkundung, von der Nachprüfbarkeit auszunehmen. Auch die mit den wichtigsten Lieferanten der Antragsgegnerin geführten Strategiegelgespräche hätten nur dazu gedient, eine aktuelle Marktübersicht sowohl hinsichtlich der lieferbaren Produktpalette als auch der aktuellen Preise zu erlangen. Ebenso sollten künftige Bearbeitungsschwerpunkte ausgelotet werden und eine effiziente weitere Zusammenarbeit diskutiert werden. Aus den "Halbjahres-Strategiegelgesprächen" sollten sich - wie der Antragstellerin auch mitgeteilt - "daraus keinerlei vergaberechtlichen Implikationen ergeben". An diesen Gesprächen hätten auch Vertreter der EKKeG (Dienstleistungs- und Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser im deutschen Städtetag eG) teilgenommen, welcher die Antragsgegnerin seit mehr als einem Jahr angehöre. Durch die Vertreter dieser Einkaufsgemeinschaft seien auch mögliche Vertragsabschlüsse zwischen der Antragstellerin und der EKK angesprochen worden. Die Vertreter der EKKeG würden jedoch keinerlei Rolle im zukünftig durchzuführenden Vergabeverfahren spielen. Sowohl bei den Gesprächen als auch im Schriftverkehr mit der Antragstellerin wurden keine Mengen angegeben, sondern lediglich abgefragt, ob bei der Abnahme bestimmter Mengen Preisnachlässe vorgesehen seien. Es gehöre zu "einer gewissenhaft durchgeführten Markterkundung im Rahmen der Vorbereitung der Durchführung von Vergabeverfahren, neben den Produkten möglichst vieler Unternehmen auch deren Preise und Konditionen abzufragen". Aus der "vielleicht etwas missglückten Formulierung Preisangebote abzuleiten", dass hier bereits ein Vergabeverfahren durchgeführt wird, scheine "aber weit überzogen". Aus dem Inhalt des Schreibens vom 2.7.2012 sei eindeutig ersichtlich, dass es sich gerade nicht um ein Vergabeverfahren handelt, dies ergebe sich auch aus dem Wortlaut des Schreibens vom 1.8.2012, in dem betont werde, dass die Übersendung der Preisangebote "zur Information erfolgen soll".

Ausgehend vom Vorbringen der Antragstellerin sowie nach Einsicht in die von ihr vorgelegten Urkunden hat der Vergabekontrollsenat zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erwogen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie beabsichtigt offenbar die Durchführung eines Beschaffungsvorganges, nämlich zum Ankauf von Hüft-Prothesen. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie beabsichtigt offenbar die Durchführung eines Beschaffungsvorganges, nämlich zum Ankauf von Hüft-Prothesen.

Der Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist im Hinblick darauf, dass der Antragstellerin das Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.8.2012, mit dem sie zur "Angebotslegung bis spätestens 14.8.2012" aufgefordert wird, am gleichen Tage zugegangen ist, rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 bzw. 36 WVRG 2007). Die Verständigung der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist erfolgt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel (vgl. VwGH v. 23.5.2007, Zl. 2007/04/0010) dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht formal auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2007. Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Der Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist im Hinblick darauf, dass

der Antragstellerin das Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.8.2012, mit dem sie zur "Angebotslegung bis spätestens 14.8.2012" aufgefordert wird, am gleichen Tage zugegangen ist, rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, bzw. 36 WVRG 2007). Die Verständigung der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist erfolgt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel vergleiche VwGH v. 23.5.2007, Zl. 2007/04/0010) dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens entspricht formal auch sonst den Bestimmungen der Paragraphen 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, WVRG 2007. Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Für die Behandlung des gegenständlichen Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates gemäß § 11 Abs. 2 Z 1 WVRG 2007 gegeben, wobei der Vorsitzende gemäß § 6 Abs. 3 WVRG 2007 i.d.F. LGBL 2009/18 allein zu entscheiden hatte. Für die Behandlung des gegenständlichen Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer eins, WVRG 2007 gegeben, wobei der Vorsitzende gemäß Paragraph 6, Absatz 3, WVRG 2007 in der Fassung LGBL 2009/18 allein zu entscheiden hatte.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war aus folgenden Erwägungen stattzugeben, wobei von folgendem, als bescheinigt anzusehenden Sachverhalt auszugehen war:

Die Antragsgegnerin beabsichtigt offenbar ein Verfahren zur Beschaffung von Hüft-Prothesen durchzuführen. Nach ihrem Vorbringen führt sie derzeit Schritte zur Markterkundung durch, wobei sie Erzeuger der in Frage kommenden Produkte zu sogenannten "Halbjahres-Strategiegesprächen" eingeladen hat. Dazu hat sie die eingeladenen Unternehmen ersucht, zu der Besprechung "Firmenvertreter zu entsenden, die über die erforderlichen Entscheidungskompetenzen für Preisverhandlung bzw. Jahresboni Vereinbarungen für ihre im KAV vertretene Produktpalette verfügen". An einem derartigen Gespräch hat die Antragstellerin teilgenommen. Bei diesen Gesprächen wurde von der Antragsgegnerin nicht die Größe ihres Bedarfes dargestellt. Die Antragstellerin wurde jedoch in der Folge mit Schreiben vom 1.8.2012 aufgefordert, für drei von ihr selbst zu definierende Mengenstaffeln Stück- und Gesamtpreise bekannt zu geben. Weiters wurde die Antragstellerin ersucht, "zur weiteren Information senden Sie bitte Preisangebote Hüftversorgung mit, die auch die entsprechenden Preisrabatte enthalten sowie auch ein Angebot für einen Jahresbonus 2012". Der im Bereich "Hüft-Prothetik" bestehende Jahresbedarf der Antragsgegnerin ist nach dem Vorbringen der Antragstellerin bei vorsichtiger Schätzung mit ca. 2.200 Stück anzunehmen, was von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 7.8.2012 als nicht unrichtig bezeichnet wurde. Der Auftragswert beträgt damit bei einem Stückpreis von rund Euro 1.500,-- über Euro 3.000.000,-- jährlich.

Von der Antragsgegnerin wurden außer der Kopie eines Ergebnisprotokolls der siebenten Fachkommission "Orthopädie" vom 25.11.2009 keine weiteren Unterlagen, die den Beschaffungsvorgang betreffen, vorgelegt. Die Antragsgegnerin hat den Standpunkt vertreten, dass es sich bei der von ihr durchgeführten "Markterkundung" um bloße Vorbereitungshandlungen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens handelt.

Dieser als bescheinigt anzusehende Sachverhalt ergibt sich sowohl aus dem Vorbringen beider Teile als auch aus den von der Antragstellerin mit dem einleitenden Schriftsatz vorgelegten Kopien der Schreiben der Antragsgegnerin vom 25.6.2012, 2.7.2012 und vom 1.8.2012. Aufgrund dieser Schreiben ist als eindeutig bescheinigt anzusehen, was letztlich von der Antragsgegnerin auch gar nicht bestritten wurde, dass sie die Beschaffung von Hüft-Prothesen beabsichtigt, wobei sie freilich den Standpunkt vertritt, erst Vorbereitungshandlungen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens gesetzt zu haben.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des eingeleiteten Vergabeverfahrens zur Beschaffung von Leistungen im Bereich Hüft-Prothetik untersagt werden soll, insbesondere die Führung von Verhandlungen sowie die Annahme und Öffnung von Angeboten sowie die Erteilung von Aufträgen, erweist sich als teilweise berechtigt.

Primär richtet sich der Nachprüfungsantrag (soweit erkennbar) dagegen, dass nach Ansicht der Antragstellerin die Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 1.8.2012, ohne entsprechende Teilnahmeunterlagen, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eingeleitet hat (§ 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006) bzw. beabsichtigt, im Wege einer Direktvergabe den Beschaffungsvorgang durchzuführen (§ 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 2006). Die im Rahmen der von der Antragsgegnerin behaupteten "Markterkundung" nach außen gesetzten Schritte

sind durchaus geeignet, die Annahme zu rechtfertigen, dass die Antragsgegnerin einen Beschaffungsvorgang beabsichtigt, der nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entspricht. Insbesondere das Schreiben vom 1.8.2012 kann durchaus als Aufforderung zur Angebotsabgabe gewertet werden, wobei diesem Teilnahmebedingungen bzw. Ausschreibungsunterlagen nicht vorangegangen sind. Wenn daher die Antragstellerin aufgrund dieses Sachverhaltes befürchtet, die Antragsgegnerin werde in einem nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entsprechenden Verfahren den Ankauf der von ihr benötigten Hüft-Prothesen durchführen bzw. allenfalls sogar im Wege der Direktvergabe die benötigten Prothesen beschaffen, ist diese Annahme nicht ungerechtfertigt. Ob jedoch tatsächlich ein derartiger, nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entsprechender Beschaffungsvorgang eingeleitet bzw. beabsichtigt ist, wird erst nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gesagt werden können. Dazu ist aber die Vorlage der Dokumentation der bisherigen Schritte zur behaupteten Einleitung eines Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin sowie die Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung notwendig. Primär richtet sich der Nachprüfungsantrag (soweit erkennbar) dagegen, dass nach Ansicht der Antragstellerin die Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 1.8.2012, ohne entsprechende Teilnahmeunterlagen, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eingeleitet hat (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006) bzw. beabsichtigt, im Wege einer Direktvergabe den Beschaffungsvorgang durchzuführen (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006). Die im Rahmen der von der Antragsgegnerin behaupteten "Markterkundung" nach außen gesetzten Schritte sind durchaus geeignet, die Annahme zu rechtfertigen, dass die Antragsgegnerin einen Beschaffungsvorgang beabsichtigt, der nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entspricht. Insbesondere das Schreiben vom 1.8.2012 kann durchaus als Aufforderung zur Angebotsabgabe gewertet werden, wobei diesem Teilnahmebedingungen bzw. Ausschreibungsunterlagen nicht vorangegangen sind. Wenn daher die Antragstellerin aufgrund dieses Sachverhaltes befürchtet, die Antragsgegnerin werde in einem nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entsprechenden Verfahren den Ankauf der von ihr benötigten Hüft-Prothesen durchführen bzw. allenfalls sogar im Wege der Direktvergabe die benötigten Prothesen beschaffen, ist diese Annahme nicht ungerechtfertigt. Ob jedoch tatsächlich ein derartiger, nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entsprechender Beschaffungsvorgang eingeleitet bzw. beabsichtigt ist, wird erst nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gesagt werden können. Dazu ist aber die Vorlage der Dokumentation der bisherigen Schritte zur behaupteten Einleitung eines Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin sowie die Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung notwendig.

Gemäß § 28 WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat, sobald ein Nichtigerklärungsverfahren eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind bei ihrem Vorliegen durchaus geeignet, im Ergebnis die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen herbeizuführen. Dabei wird vor allem zu klären sein, ob tatsächlich ein Beschaffungsvorgang, der nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entspricht, vorliegt oder ob die Antragsgegnerin, entsprechend ihrem Vorbringen, lediglich eine Markterkundung zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens durchführt. Gemäß Paragraph 28, WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat, sobald ein Nichtigerklärungsverfahren eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind bei ihrem Vorliegen durchaus geeignet, im Ergebnis die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen herbeizuführen. Dabei wird vor allem zu klären sein, ob tatsächlich ein Beschaffungsvorgang, der nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entspricht, vorliegt oder ob die Antragsgegnerin, entsprechend ihrem Vorbringen, lediglich eine Markterkundung zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens durchführt.

Gemäß § 31 Abs. 4 WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bewerberinnen oder Bieter oder Bieterinnen und des Auftraggebers oder der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf deren Erlassung abzuweisen. Vorliegend hat die Antragstellerin ihr Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausführlich dargelegt und ausgeführt, dass dem Schutz

ihrer Interessen entsprechend der Judikatur der Nachprüfungsbehörden der Vorrang gegenüber den Interessen der Auftraggeberin an einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens einzuräumen wäre. Gemäß Paragraph 31, Absatz 4, WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bewerberinnen oder Bieter oder Bieterinnen und des Auftraggebers oder der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf deren Erlassung abzuweisen. Vorliegend hat die Antragstellerin ihr Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausführlich dargelegt und ausgeführt, dass dem Schutz ihrer Interessen entsprechend der Judikatur der Nachprüfungsbehörden der Vorrang gegenüber den Interessen der Auftraggeberin an einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens einzuräumen wäre.

Wenn auch die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 7.8.2012 ausgeführt hat, derzeit kein Vergabeverfahren zu führen und auch eine Direktvergabe nicht zu beabsichtigen, hat sie dennoch darauf hingewiesen, dass "massive Interessen" gegen eine einstweilige Verfügung bestehen, da der Betrieb in den orthopädischen Abteilungen des KAV nicht mehr gesichert und eine Gefährdung der Patientenversorgung die Folge wäre.

Gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 ist im Rahmen einer einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme anzuwenden. Nach Ansicht der Nachprüfungsbehörde reichen in diesem Zusammenhang die Untersagung der Führung von Verhandlungen sowie der Öffnung von allfällig eingelangten Angeboten und der Erteilung von Aufträgen vollkommen aus, um der Interessenslage beider Parteien gerecht zu werden. Durch diese angeordnete Maßnahme ist die Antragsgegnerin nicht gehindert, ein den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechendes Vergabeverfahren einzuleiten, andererseits ist die Antragstellerin dahingehend abgesichert, dass nur nach einem derartigen Vergabeverfahren Zuschlagsentscheidungen oder Zuschlagserteilungen stattfinden können. Es war daher das Mehrbegehren der Antragstellerin, der Antragsgegnerin die Fortsetzung des eingeleiteten Vergabeverfahrens zur Beschaffung von Leistungen im Bereich "Hüft-Prothetik" zu untersagen, abzuweisen. Gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 ist im Rahmen einer einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme anzuwenden. Nach Ansicht der Nachprüfungsbehörde reichen in diesem Zusammenhang die Untersagung der Führung von Verhandlungen sowie der Öffnung von allfällig eingelangten Angeboten und der Erteilung von Aufträgen vollkommen aus, um der Interessenslage beider Parteien gerecht zu werden. Durch diese angeordnete Maßnahme ist die Antragsgegnerin nicht gehindert, ein den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechendes Vergabeverfahren einzuleiten, andererseits ist die Antragstellerin dahingehend abgesichert, dass nur nach einem derartigen Vergabeverfahren Zuschlagsentscheidungen oder Zuschlagserteilungen stattfinden können. Es war daher das Mehrbegehren der Antragstellerin, der Antragsgegnerin die Fortsetzung des eingeleiteten Vergabeverfahrens zur Beschaffung von Leistungen im Bereich "Hüft-Prothetik" zu untersagen, abzuweisen.

Bei Festlegung der Gültigkeitsdauer der einstweiligen Verfügung hat sich die Nachprüfungsbehörde an die Entscheidungsfrist des § 27 WVRG 2007 gehalten. Bei Festlegung der Gültigkeitsdauer der einstweiligen Verfügung hat sich die Nachprüfungsbehörde an die Entscheidungsfrist des Paragraph 27, WVRG 2007 gehalten.

Der Hinweis auf die sofortige Vollstreckbarkeit der einstweiligen Verfügung gründet sich auf § 31 Abs. 8 WVRG 2007. Der Hinweis auf die sofortige Vollstreckbarkeit der einstweiligen Verfügung gründet sich auf Paragraph 31, Absatz 8, WVRG 2007.

Gemäß § 19 Abs. 2 WVRG 2007 ist über den Gebührenersatzanspruch erst mit der Entscheidung über das Hauptbegehren abzusprechen. Gemäß Paragraph 19, Absatz 2, WVRG 2007 ist über den Gebührenersatzanspruch erst mit der Entscheidung über das Hauptbegehren abzusprechen.

Aus diesen Gründen war daher die beantragte einstweilige Verfügung wie aus dem Spruche ersichtlich zu erlassen.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung;

Zuletzt aktualisiert am

07.11.2012

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