

TE Verg Bescheid 2012/3/16 N/0028-BVA/10/2012-EV15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.03.2012

Norm

BVergG 2006 §312 Abs2

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Beschaffung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf durch die Sozialversicherungsanstalt der Bauern" des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB) vertreten durch die vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** 1020 Wien vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 29. Februar 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Beschaffung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf durch die Sozialversicherungsanstalt der Bauern" des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB) vertreten durch die vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** 1020 Wien vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 29. Februar 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens das gegenständliche Vergabeverfahren ausgesetzt wird, in eventuelle, das BVA Wien möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wird, in eventuelle, das BVA Wien möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Bezug von FSME-Impfstoffen und die Verwendung der gelieferten FSME-Impfstoffe in der Hauptstelle sowie den Regionalbüros Wien/Niederösterreich, Burgenland, Steiermark, Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Tirol und Vorarlberg der Sozialversicherungsanstalt der Bauern untersagt wird", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 312 Abs 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 312, Absatz 2, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH stellte am 29. Februar 2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe, in eventuelle auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, in eventuelle auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht und auf Nichtigerklärung des geschlossenen Liefervertrags. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren über die Lieferung von FSME-Impfstoffen samt Zubehör und die Lieferung an die Regionalbüros der Auftraggeberin zur Durchführung einer Impfkation führen. In diesem Vergabeverfahren habe das BVA die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt (BVA 3. 2. 2012, N/0004-BVA/10/2012-38) und die Auftraggeberin prüfe gerade die Angebotspreise vertieft. Eine neuerliche Zuschlagsentscheidung sei noch nicht ergangen. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin in den vergangenen Jahren mit FSME-Impfstoff beliefert. Das Interesse am Vertragsabschluss zeige sich an Bedeutung des Auftrags als wesentliches Referenzprojekt, an der Beteiligung an der Ausschreibung und an der Stellung des Nachprüfungsantrags. Der Schaden bestehe in dem Verlust der Möglichkeit der Beteiligung an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren, dem entgangenen Gewinn, den Kosten der Rechtsvertretung, den Kosten der Pauschalgebühr und des Verlusts eines wesentlichen Referenzprojekts. Die Antragstellerin erachtet sich in dem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens im Wege einer zulässigen Verfahrensart, im Recht auf Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, im Recht auf Unterlassung einer unzulässigen Direktvergabe und im Recht auf Unterlassung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung verletzt. Es handle sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, weshalb eine Direktvergabe gemäß § 41 BVergG nicht zulässig sei. Daher sei die Wahl des Verfahrens der Direktvergabe für nichtig zu erklären. Auch sei die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unzulässig, da keiner der eng auszulegenden Rechtfertigungstatbestände vorliege. Sollte ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bereits abgeschlossen sein, sei der abgeschlossene Vertrag für nichtig zu erklären.

Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH stellte am 29. Februar 2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe, in eventuelle auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, in eventuelle auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht und auf Nichtigerklärung des geschlossenen Liefervertrags. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren über die Lieferung von FSME-Impfstoffen samt Zubehör und die Lieferung an die Regionalbüros der Auftraggeberin zur Durchführung einer Impfkation führen. In diesem Vergabeverfahren habe das BVA die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt (BVA 3. 2. 2012, N/0004-BVA/10/2012-38) und die Auftraggeberin prüfe gerade die Angebotspreise vertieft. Eine neuerliche Zuschlagsentscheidung sei noch nicht ergangen. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin in den vergangenen Jahren mit FSME-Impfstoff beliefert. Das Interesse am Vertragsabschluss zeige sich an Bedeutung des Auftrags als wesentliches Referenzprojekt, an der Beteiligung an der Ausschreibung und an der Stellung des Nachprüfungsantrags. Der Schaden bestehe in dem Verlust der Möglichkeit der Beteiligung an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren, dem entgangenen Gewinn, den Kosten der Rechtsvertretung, den Kosten der Pauschalgebühr und des Verlusts eines wesentlichen Referenzprojekts. Die Antragstellerin erachtet sich in dem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens im Wege einer zulässigen Verfahrensart, im Recht auf Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, im Recht auf Unterlassung

einer unzulässigen Direktvergabe und im Recht auf Unterlassung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung verletzt. Es handle sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, weshalb eine Direktvergabe gemäß Paragraph 41, BVergG nicht zulässig sei. Daher sei die Wahl des Verfahrens der Direktvergabe für nichtig zu erklären. Auch sei die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unzulässig, da keiner der eng auszulegenden Rechtfertigungstatbestände vorliege. Sollte ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bereits abgeschlossen sein, sei der abgeschlossene Vertrag für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin erhob ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und führte im Wesentlichen aus, dass ein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin einer einstweiligen Aussetzung des Vergabeverfahrens oder einer Untersagung der Zuschlagserteilung nicht entgegenstehe. Nach dem Grundgedanken der Rechtsmittelrichtlinie sei dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen und eine einstweilige Verfügung nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung erforderten. Solche besonderen Gründe seien im gegenständlichen Fall nicht gegeben. Zur unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen der Antragstellerin sei ergänzend festzuhalten, dass die einstweilige Verfügung schon deshalb zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin durch die rechtswidrige Direktvergabe unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Einer einstweiligen Untersagung der Aussetzung des Vergabeverfahrens sowie einer Untersagung der Zuschlagserteilung stünden keine vergleichbaren Interessen der Auftraggeberin und der sonstigen Mitbewerber entgegen. Zudem seien öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Verfahrensverzögerungen auf Grund von Nachprüfungsverfahren in ihrem Zeitplan zu berücksichtigen. Darüber hinaus sei ein der Auftraggeberin allfällig entstehender Schaden schon deswegen weniger stark zu gewichten, weil sie durch ihre grob rechtswidrige Vorgehensweise die Situation geschaffen habe, welche diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst notwendig gemacht habe. Eine einstweilige Verfügung stelle daher für die Auftraggeberin und die Mitbewerber keine unverhältnismäßige Belastung dar. Einer einstweiligen Verfügung stünden auch keine anderen öffentlichen Interessen, insbesondere nicht der Schutz von Leib und Leben, entgegen. Es sei daher die einstweilige Verfügung zu erlassen. Die beantragten Maßnahmen stellten auch die gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahmen dar.

Mit Schriftsatz vom 2. März 2012 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und brachte im Wesentlichen vor, dass im Vergabeverfahren, in dem das BVA die Zuschlagsentscheidung für nicht erklärt habe, noch keine neue Zuschlagsentscheidung gefällt worden sei. In diesem Vergabeverfahren bestehe daher keine bekämpfbare Entscheidung der Auftraggeberin. Eine Direktvergabe sei nicht erfolgt und auch nicht beabsichtigt. Eine Entscheidung, eine Direktvergabe vornehmen zu wollen, existiere nicht und könne daher auch nicht für nichtig erklärt werden. Es sei kein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eingeleitet worden, daher könne auch nicht das Unterlassen einer Aufforderung zur Angebotsabgabe für nichtig erklärt werden. Festgehalten werde, dass das gegenständliche Verfahren im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich durchgeführt werde und nicht in einem Verhandlungsverfahren. Aus dem offenen Vergabeverfahren seien keine Leistungen abgerufen worden. Die bei den Impfterminen im Februar und Anfang März verwendeten Impfstoffe seien aus einer im November 2011 abgeschlossenen Rahmenvereinbarung zur "Lieferung von Arzneimitteln" mit der Laufzeit von 1. Dezember 2011 bis 30. November 2014 abgerufen worden. Dieses Vergabeverfahren sei am 7. Juni 2011 über Lieferanzeiger.at zur EUweiten Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekanntgemacht worden. Das Angebot der späteren Bestbieterin sei am 19. Juli 2011 gelegt worden. Der Ausschreibungsumfang habe gemäß Punkt 3.2.1 (Seite 29 des Angebots) alle in Österreich zugelassenen Produkte des Warenverzeichnisses I - III, jeweils herausgegeben vom Österreichischen Apothekerverband, herausgegeben. Das Warenverzeichnis I umfasse auch FSME-Impfstoffe. Die diesbezügliche Vergabe sei am 14. November 2011. Dieses Vergabeverfahren sei unbeeinträchtigt geblieben. Eine Beeinträchtigung dieses Vergabeverfahrens sei daher zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr möglich. Aus dieser Rahmenvereinbarung seien im Februar 2012 zwei Abrufe zum Bezug von FSME-Impfstoff getätigt worden. Die Auftraggeberin beantragte daher die Zurück- in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags. Mit Schriftsatz vom 2. März 2012 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und brachte im Wesentlichen vor, dass im Vergabeverfahren, in dem das BVA die Zuschlagsentscheidung für nicht erklärt habe, noch keine neue Zuschlagsentscheidung gefällt worden sei. In diesem Vergabeverfahren bestehe daher keine bekämpfbare Entscheidung der Auftraggeberin. Eine Direktvergabe sei nicht erfolgt und auch nicht beabsichtigt. Eine Entscheidung, eine Direktvergabe vornehmen zu wollen, existiere nicht und könne daher auch nicht für nichtig erklärt werden. Es sei

kein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eingeleitet worden, daher könne auch nicht das Unterlassen einer Aufforderung zur Angebotsabgabe für nichtig erklärt werden. Festgehalten werde, dass das gegenständliche Verfahren im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich durchgeführt werde und nicht in einem Verhandlungsverfahren. Aus dem offenen Vergabeverfahren seien keine Leistungen abgerufen worden. Die bei den Impfterminen im Februar und Anfang März verwendeten Impfstoffe seien aus einer im November 2011 abgeschlossenen Rahmenvereinbarung zur "Lieferung von Arzneimitteln" mit der Laufzeit von 1. Dezember 2011 bis 30. November 2014 abgerufen worden. Dieses Vergabeverfahren sei am 7. Juni 2011 über Lieferanzeiger.at zur EUweiten Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekanntgemacht worden. Das Angebot der späteren Bestbieterin sei am 19. Juli 2011 gelegt worden. Der Ausschreibungsumfang habe gemäß Punkt 3.2.1 (Seite 29 des Angebots) alle in Österreich zugelassenen Produkte des Warenverzeichnisses römisch eins - römisch drei, jeweils herausgegeben vom Österreichischen Apothekerverband, herausgegeben. Das Warenverzeichnis römisch eins umfasse auch FSME-Impfstoffe. Die diesbezügliche Vergabe sei am 14. November 2011. Dieses Vergabeverfahren sei unbeeinträchtigt geblieben. Eine Beeinträchtigung dieses Vergabeverfahrens sei daher zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr möglich. Aus dieser Rahmenvereinbarung seien im Februar 2012 zwei Abrufe zum Bezug von FSME-Impfstoff getätigt worden. Die Auftraggeberin beantragte daher die Zurück- in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass derzeit keine gesondert anfechtbare Entscheidung und damit eine Gefährdung der Antragstellerin nicht vorliege. Daher drohe der Antragstellerin kein Schaden und habe sie kein rechtliches Interesse an der beantragten einstweiligen Verfügung. Vielmehr überwiege das Interesse der Antragsgegnerin, das gegenständliche Vergabeverfahren fortsetzen zu können, insbesondere die vertiefte Angebotsprüfung abschließen zu können, allfällige Ausscheidensentscheidungen und die Zuschlagsentscheidung fassen zu können und den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern zustellen zu können. Jedem Bieter stehe es dann frei, eine ihn beschwerende gesondert anfechtbare Entscheidung zu bekämpfen. In Ansehung der am 14. November 2011 abgeschlossenen Rahmenvereinbarung sei ein Antrag auf einstweilige Verfügung nicht mehr möglich, weil das seinerzeitige Vergabeverfahren bereits beendet sei. Mangels Erfolgsaussichten habe die Interessenabwägung zugunsten der Auftraggeberin auszufallen.

Am 6. März 2012 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum falschen Vergabeverfahren erteilt habe. Die Antragstellerin habe bei der Direktvergabe die Wahl des Vergabeverfahrens bzw die rechtswidrig unterlassene Aufforderung zur Angebotsabgabe bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung angefochten. Die Berufung auf die am 14. November 2011 abgeschlossene Rahmenvereinbarung sei unglaubwürdig, da die Auftraggeberin noch im Provisorialverfahren zu N/0004-BVA/10/2012 mit der Gefahr für Leib und Leben argumentiert habe. Die Existenz der Rahmenvereinbarung habe sie im gesamten Nachprüfungsverfahren nicht argumentiert. Auch führe die Auftraggeberin seit Wochen eine vertiefte Angebotsprüfung durch, was die Dringlichkeit widerlege. Wäre die Auftraggeberin berechtigt, aus der Rahmenvereinbarung abzurufen, fehle ihr der Beschaffungswille in dem offenen Vergabeverfahren. Ob ein Abruf aus der Rahmenvereinbarung erfolgt sei, sei nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens, sondern des Hauptverfahrens. Es könne vorweggenommen ausgeschlossen werden, dass die Rahmenvereinbarung den exakten Auftragsgegenstand des Vergabeverfahrens abdecke. Vor allem werde die Lieferung des FSME-Impfstoffes sowie des Impfbedarfs an die unterschiedlichen (acht) Erfüllungsorte laut den Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren (durch die Rahmenvereinbarung) nicht gedeckt sein; auch werde die Partei der Rahmenvereinbarung nicht den erforderlichen Kühltransport des Serums sicherzustellen zu haben sowie die Verpflichtung treffen, die Lieferungen in so wenig verschiedenen Chargen als möglich durchzuführen. Aus alldem folge, dass der Abruf aus der Rahmenvereinbarung samt Auslieferung (dh den Leistungen der Logistik) rechtswidrig sei; es handle sich hierbei somit um eine unzulässige Direktvergabe, weil nicht durch die Rahmenvereinbarung gedeckt. Die Interessensabwägung habe daher zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen, da ihre Interessen bei (rechtswidrigem) Bezug und Lieferung des FSME-Impfstoffes wesentlich bedroht seien. Zweck einer einstweiligen Verfügung sei es daher gerade das Nichtigkeitsbegehren der Antragstellerin zu sichern. Die Antragstellerin erweiterte das EV-Begehren wie in dem letzten Eventualbegehren im Spruch wiedergegeben.

Am 12. März 2012 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin das zu N/0004-BVA/10/2012 angefochtene Vergabeverfahren gemeint habe. Es existiere kein anderes Vergabeverfahren. Bei dem angeblich rechtswidrigen Unterlassen einer Aufforderung zur Angebotsabgabe bei der

Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung handle es sich nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Existenz der Rahmenvereinbarung vom 14. November 2011 sei nicht unglaubwürdig, sondern eine Tatsache. Eine Rahmenvereinbarung sei eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung. Daher sei es der Auftraggeberin freigestanden, eine gesonderte Ausschreibung für die gegenständlich benötigten FSME-Impfstoffe durchzuführen. Die Auftraggeberin wollte die gegenständliche Leistung zu jedem Zeitpunkt zur Vergabe bringen und wolle dies nach wie vor. Nach Abschluss der vertieften Angebotsprüfung im gegenständlichen Vergabeverfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung sei neuerlich eine Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, gefasst und den Bietern am 9. März 2012 übermittelt worden. Der behauptete frustrierte Projektaufwand sei darin begründet, dass die Antragstellerin nicht das günstigste Angebot gelegt habe. Die Rahmenvereinbarung vom 14. November 2011 über die Lieferung von Arzneimittel habe auch FSME-Impfstoffe umfasst und der Abruf sei auf Basis dieser Rahmenvereinbarung erfolgt und sei rechtens gewesen. Mangels Beteiligung am Vergabeverfahren komme der Antragstellerin keine Antragslegitimation hinsichtlich dieses Verfahrens zu. Die konkret angesprochenen Vergabeverfahren der Direktvergabe und des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung existierten nicht und schon aus diesem Grund könne keine einstweilige Verfügung erlassen werden. Mit einstweiliger Verfügung könne der Bezug aus einem abgeschlossenen Vertrag nicht untersagt werden.

Am 12. März 2012, beim BVA am 13. März 2012 eingelangt, nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass es selbstverständlich völlig unglaubwürdig sei, dass die Auftraggeberin berechtigt sei, die FSME-Impfstoffe plötzlich aufgrund einer (im November 2011 geschlossenen) Rahmenvereinbarung rechtskonform abzurufen. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens betreffend das Vergabeverfahren sei die Existenz der Rahmenvereinbarung nicht einmal behauptet worden. Hierdurch hat die Auftraggeberin auch selbstverständlich einen frustrierten Aufwand erlitten. Dabei resultiere der frustrierte Projektaufwand auch selbstverständlich nicht, wie von der Auftraggeberin aufgeführt, darin, dass die Antragstellerin nicht das preislich günstigste Angebot gelegt habe. Richtig sei vielmehr, dass die Auftraggeberin eine rechtswidrige Entscheidung getroffen habe, indem sie nicht die Antragstellerin als Partnerin der Rahmenvereinbarung ausgewählt habe. Sofern die Auftraggeberin tatsächlich zum Abruf aus der Rahmenvereinbarung berechtigt gewesen sei - was bestritten werde -, habe die Antragstellerin überdies frustrierte Kosten aufgrund des Nachprüfungsverfahrens erlitten. Alleine fraglich sei, ob der Abruf der FSME-Impfstoffe aus der Rahmenvereinbarung zu Recht erfolgt sei. Sofern der Abruf nicht gedeckt sei, liege jedoch eine unzulässige Wahl des Verfahrens der Direktvergabe (in eventu eine unzulässige Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren) vor. Genau diese Entscheidungen seien auch von der Antragstellerin gemäß den Vorgaben des BVergG bekämpft worden. Diese Frage sei aber nicht im Provisorialverfahren sondern im Hauptverfahren zu klären.

Am 16. März 2012 brachte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Bekanntmachung der am 14. November 2011 abgeschlossenen Rahmenvereinbarung "Lieferung von Arzneimittel" im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 26. November 2011 zur Zahl 2011/S 228-359465 erfolgt sei. Beide Abrufe seien vollständig ausgeführt worden, nämlich die erste Lieferung in der ersten Hälfte des Monats Februar, die zweite Lieferung in der ersten Hälfte des Monats März. Auch ein Gutteil der Impfungen sei bereits erfolgt, wobei der Transport der Impfstoffe von den jeweiligen Zentrallagern der SVB zu den jeweiligen Importen durch Mitarbeiter der SVB erfolgt sei. Es sei nicht erkennbar, auf welche gesondert anfechtbare Entscheidung sich die beantragte einstweilige Verfügung beziehen könnte.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Sozialversicherungsanstalt der Bauern führt eine FSME-Impfkation mit Impfungen im Februar und im März 2012 durch. (Vorbringen der Antragstellerin; den Verfahrensparteien bekannter Verfahrensakt zu N/0004-BVA/10/2012)

Sie führt ein Vergabeverfahren zur Lieferung von FSME-Impfstoffen, Tupfern, Desinfektionsmittel und Impfpflaster an alle Regionalbüros, in dem die Zuschlagsentscheidung vom Bundesvergabeamt für nichtig erklärt wurde. (BVA 3. 2. 2012, N/0004-BVA/10/2012-38)

Die SVD Büromanagement GmbH veröffentlichte im Namen der Auftraggeber Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Sozialversicherungsanstalt der Bauern

(SVB) und Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung mit einem Bieter mit der Bezeichnung "Rahmenvereinbarung über Lieferung von Arzneimitteln". Gegenstand des Auftrags war eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung an Arzneispezialitäten und Mittel gemäß dem Warenverzeichnis I, Homöopathika gemäß dem Warenverzeichnis II, Gesundheitsprodukte und Ergänzungssortiment gemäß dem Warenverzeichnis III, jeweils herausgegeben vom Österreichischen Apothekerverlag und die Erbringung von Konsiliarapothekerleistungen. Die Veröffentlichung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl 2011/S 109-180093. Sie wurde am 7. Juni 2011 abgesandt. (Beilage ./1 zur Stellungnahme der Auftraggeberin OZ 4; amtliche Einschau unter ted.europa.eu) Die SVD Büromanagement GmbH veröffentlichte im Namen der Auftraggeber Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB) und Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung mit einem Bieter mit der Bezeichnung "Rahmenvereinbarung über Lieferung von Arzneimitteln". Gegenstand des Auftrags war eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung an Arzneispezialitäten und Mittel gemäß dem Warenverzeichnis römisch eins, Homöopathika gemäß dem Warenverzeichnis römisch zwei, Gesundheitsprodukte und Ergänzungssortiment gemäß dem Warenverzeichnis römisch drei, jeweils herausgegeben vom Österreichischen Apothekerverlag und die Erbringung von Konsiliarapothekerleistungen. Die Veröffentlichung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl 2011/S 109-180093. Sie wurde am 7. Juni 2011 abgesandt. (Beilage ./1 zur Stellungnahme der Auftraggeberin OZ 4; amtliche Einschau unter ted.europa.eu)

Mit Schreiben vom 14. November 2011 nahm die SVD Büromanagement GmbH im Namen und auf Rechnung der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB) und Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) das Angebot der Bestbieterin an, die den Gegenschlussbrief unterzeichnete. (Beilage ./3 zur Stellungnahme der Auftraggeberin OZ 4)

Dieser Abschluss der Rahmenvereinbarung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 26. November 2011 zur Zahl 2011/S 228-359465 bekannt gemacht. (Vorbringen der Auftraggeberin; amtliche Einschau unter ted.europa.eu)

Inhalt der Rahmenvereinbarung ist in der Kategorie II der Ausschreibung ua die Belieferung von österreichweiten sonstigen Dienststellen der Auftraggeber unter ärztlicher Leitung ohne Medikamentendepot mit allen in Österreich zugelassenen Produkten aus den Warenverzeichnissen I-III, jeweils herausgegeben vom Österreichischen Apotheker-Verlag. (Beilage ./2 zur Stellungnahme der Auftraggeberin OZ 4) Inhalt der Rahmenvereinbarung ist in der Kategorie römisch zwei der Ausschreibung ua die Belieferung von österreichweiten sonstigen Dienststellen der Auftraggeber unter ärztlicher Leitung ohne Medikamentendepot mit allen in Österreich zugelassenen Produkten aus den Warenverzeichnissen I-III, jeweils herausgegeben vom Österreichischen Apotheker-Verlag. (Beilage ./2 zur Stellungnahme der Auftraggeberin OZ 4)

Mit Schreiben vom 6. Februar 2012 rief die Sozialversicherungsanstalt der Bauern die benötigten Impfstoffe, Tupfer, Desinfektionsmittel und Impfpflaster für die erste FSME-Teilimpfung ab. (Beilage ./4 zur Stellungnahme der Auftraggeberin OZ 4)

Mit Schreiben vom 29. Februar 2012 rief die Sozialversicherungsanstalt der Bauern die benötigten Impfstoffe, Tupfer, Desinfektionsmittel und Impfpflaster für die zweite FSME-Teilimpfung ab. (Beilage ./5 zur Stellungnahme der Auftraggeberin OZ 4)

Beide Abrufe wurden bereits durchgeführt und die Lieferungen größtenteils verwendet. (Auskunft der Auftraggeberin)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Sozialversicherungsanstalt der Bauern. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der Auftragswert der beiden Abrufe liegt jedenfalls jeweils über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Sozialversicherungsanstalt der Bauern. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der Auftragswert der beiden Abrufe liegt jedenfalls jeweils über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG.

Die Auftraggeberin hat FSME-Impfstoffe aus der Rahmenvereinbarung, die am 14. November 2011 abgeschlossen wurde. Die Antragstellerin bestreitet, dass ein solcher Abruf möglich war. Dazu ist anzumerken, dass eine Rahmenvereinbarung einer Parallelbeschaffung nicht entgegensteht (Zellhofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG2 § 150 Rz 7) und der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, überhaupt Leistungen aus einer Rahmenvereinbarung abzurufen (Schiefer/Wiedermair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 863; Zellhofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel² § 150 Rz 7). Weiters wurde durch die Anforderung der Impfstoffe durch die Auftraggeberin und die Lieferung durch die Partnerin der Rahmenvereinbarung ein Vertrag abgeschlossen. Selbst wenn man dem Vorbringen der Antragstellerin folgt, dass eine Direktvergabe oder ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt wurde, ist dieses Verfahren abgeschlossen. Die Auftraggeberin hat FSME-Impfstoffe aus der Rahmenvereinbarung, die am 14. November 2011 abgeschlossen wurde. Die Antragstellerin bestreitet, dass ein solcher Abruf möglich war. Dazu ist anzumerken, dass eine Rahmenvereinbarung einer Parallelbeschaffung nicht entgegensteht (Zellhofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG2 Paragraph 150, Rz 7) und der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, überhaupt Leistungen aus einer Rahmenvereinbarung abzurufen (Schiefer/Wiedermair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 863; Zellhofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel² Paragraph 150, Rz 7). Weiters wurde durch die Anforderung der Impfstoffe durch die Auftraggeberin und die Lieferung durch die Partnerin der Rahmenvereinbarung ein Vertrag abgeschlossen. Selbst wenn man dem Vorbringen der Antragstellerin folgt, dass eine Direktvergabe oder ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt wurde, ist dieses Verfahren abgeschlossen.

Dem Bundesvergabeamt kommt daher gemäß § 312 Abs 2 BVergG keine Zuständigkeit mehr zu, einstweilige Verfügungen zu erlassen oder Entscheidungen der Auftraggeberin für nichtig zu erklären. Dem Bundesvergabeamt kommen nur noch die Zuständigkeiten gemäß § 312 Abs 3 BVergG zu. Dem Bundesvergabeamt kommt daher gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG keine Zuständigkeit mehr zu, einstweilige Verfügungen zu erlassen oder Entscheidungen der Auftraggeberin für nichtig zu erklären. Dem Bundesvergabeamt kommen nur noch die Zuständigkeiten gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG zu.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung; Unzuständigkeit des BVA;

Zuletzt aktualisiert am

23.07.2012

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